

RESOLUCIÓN ORDINARIA No. 1000.30.00.24.038
(04 de junio de 2024)

**“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA
DENTRO DEL PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL
DISTINGUIDO CON EL No. 1600.20.11.21.1462”**

ENTIDAD AFECTADA:	EMCALI E.I.C.E. E.S.P.
PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES PARA LA ÉPOCA DE LOS HECHOS:	<p>DIANA MERCEDES HOLGUÍN PALACIOS, C.C. No. 52.715.145, GERENTE ÁREA DE ABASTECIMIENTO EMPRESARIAL DE EMCALI E.I.C.E. E.S.P.</p> <p>FRANCISCO ANTONIO BURBANO MARÍN, C.C. No. 16.596.149, GERENTE DE UNIDAD DE NEGOCIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EMCALI E.I.C.E. E.S.P.</p> <p>JORGE HUMBERTO BEDOYA ACOSTA, C.C. No. 16.545.662, SUPERVISOR DEL CONTRATO DE OBRA No. 300-GAA-CO-1277-2017 - INGENIERO DE PROYECTOS I - DEPARTAMENTO DE INTERVENTORÍA GUENAA, REGISTRO No. 831.</p> <p>JOSÉ ISAAC CAJIGAS CASTRO, C.C. No. 3.227.071, REPRESENTANTE LEGAL DE LA FIRMA CONTRATISTA - CONSORCIO REDES COMUNA 20.</p>
TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLES – GARANTES	<p>ALLIANZ - PÓLIZA DE MANEJO No. 22753049 - NIT. 860.026.182-5-VIGENCIA 21 DE 09 DE 2020 HASTA EL 20 DE 09 DE 2021 - VALOR TOTAL ASEGURADO \$800.000.000</p> <p>COASEGURADOS</p> <p>ALLIANZ SEGUROS S.A. 80% LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS 20%</p> <p>COMPAÑÍA DE SEGUROS:</p> <p>ALLIANZ - PÓLIZA DE MANEJO No. 22155640 - NIT. 860.026.182-5-VIGENCIA 20 DE 09 DE 2017 HASTA EL 20 DE 09 DE 2018 – VALOR TOTAL ASEGURADO \$800.000.000</p> <p>COASEGURADOS</p> <p>ALLIANZ SEGUROS S.A. 80% LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS 20%</p> <p>COMPAÑÍA DE SEGUROS</p> <p>ALLIANZ - PÓLIZA DE MANEJO No. 22335903 - NIT. 860.026.182 - 5 - VIGENCIA 21 DE 09 DE 2018 HASTA EL 20 DE 09 DE 2019 - VALOR TOTAL ASEGURADO \$800.000.000</p> <p>COASEGURADOS</p>

	<p>ALLIANZ SEGUROS S.A. 80% LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS 20%</p> <p>COMPAÑÍA DE SEGUROS:</p> <p>ALLIANZ - PÓLIZA DE MANEJO No. 22556891 - NIT. 860.026.182 - 5 - VIGENCIA 21 DE 10 DE 2019 HASTA EL 20 - 09 - 2020 - VALOR TOTAL ASEGURADO \$800.000.000</p> <p>COASEGURADOS</p> <p>ALLIANZ SEGUROS S.A. 80% PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS 20%</p>
CUANTÍA DEL PRESUNTO DAÑO:	OCHO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y UN MIL SETECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$8.381.775) M/CTE.

I. COMPETENCIA

El Contralor General de Santiago de Cali en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial, de las conferidas por las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011, el Acuerdo Municipal No. 0160 del 02 de agosto de 2005 y demás disposiciones que las desarrollan o complementan, procede a resolver el Grado de Consulta ordenado mediante Auto No. 1600.20.11.24.002 del 02 de mayo de 2024, dentro del Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal distinguido con el No. 1600.20.11.21.1462.

II. ANTECEDENTES

El Contralor General de Santiago de Cali (E), JEFFERSON ANDRÉS NÚÑEZ ALBÁN, mediante Oficio No. 0100.08.01.21.336 del 24 de junio de 2020¹, remitió al Director Operativo de Responsabilidad Fiscal de esta Entidad, CAMPO ELÍAS QUINTERO NAVARRETE, el Formato de Traslado de Hallazgo Fiscal No. 1 elaborado por la Dirección Técnica ante EMCALI E.I.C.E. E.S.P. de este Organismo de Control, dentro del Informe denominado: "INFORME FINAL DE ACTUACIÓN ESPECIAL DE FISCALIZACIÓN DE ATENCIÓN DE DENUNCIA FISCAL NÚMERO 543-2020".

La Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal, Cobro Coactivo y Sanciones de la Contraloría General de Santiago de Cali, previas las actuaciones que se decantan de manera subsiguiente, profirió Auto No. 1600.20.11.24.002 del 02 de mayo de 2024, dentro del Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal distinguido con el No. 1600.20.11.21.1462.

III. HECHOS

Las circunstancias fácticas y jurídicas apreciadas en el desarrollo de la Auditoría, descritas en el formato de traslado de hallazgo fiscal, mismas que determinaron la Apertura e Imputación dentro del presente Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal, se detallan a continuación de manera concisa:

¹ Ver folio 2 del Cuaderno Principal No. 1 del Expediente.

El Equipo Auditor adscrito a la Dirección Técnica ante EMCALI E.I.C.E. E.S.P. de la Contraloría General de Santiago de Cali, encontró al realizar la evaluación del Contrato de Obra No. 300-GAA-CO-1277-2017, suscrito el 27 de diciembre de 2017, entre los señores **DIANA MERCEDES HOLGUÍN PALACIOS, FRANCISCO ANTONIO BURBANO MARÍN y JOSÉ ISAAC CAJIGAS CASTRO, Gerente Área de Abastecimiento Empresarial, Gerente de Área de Negocio de Acueducto y Alcantarillado de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. y Representante Legal** de la firma Contratista denominada "**CONSORCIO REDES COMUNA 20**", respectivamente, cuyo objeto consistió en la "**OPTIMIZACIÓN REDES DE ACUEDUCTO Y SISTEMA DE DRENAJE COMUNA 20**", que EMCALI E.I.C.E. E.S.P., ocasionó un detrimento por **\$8.381.775**, al ordenar y pagar mediante las causaciones Nos. 637264 y 648472 del 24 de julio y 26 de diciembre de 2018, respectivamente, por concepto de obras no efectuadas y relacionadas en las Actas Parciales No. 2 y 4 de Julio 5 y 04 de diciembre de 2018, como se referencia en el siguiente cuadro:

Obras no realizadas contrato No. 300-GAA-CO- 1277-2017

Item	Descripción	Unidad	Cantidad	Valor Unitario	Valor Parcial (cifra en pesos)
360	Relleno con material seleccionado de la excavación compactado con equipo mecánico en capas de 0.30 m. al 90% del proctor modificado.	M3	150,04	\$ 8.425	1.264.087
AL6465	Suministro y colocación de triturado o grava de río, para cimentación de tuberías y filtros Compactado con equipo vibro compactador (incluye acarreo).	M3	18,46	\$ 61.200	1.129.752
AL6362	Suministro, transporte e instalación de tubería para alcantarillado unión mecánica de doble pared en PVC (según norma NTC 3722-1) o polietileno de alta densidad (rigidez mínima PS 14psi), ø=8" (200mm) (incluye acarreo interno).	ML	78,8	\$ 36.450	2.872.260
AL6520	Demolición caja domiciliar sencilla (0.60x0.60x1.00m). incluye retiro hasta 20 kmy acarreo.	UND	6	41.700	250.200
AL6437	Construcción caja domiciliar sencilla 0.60 x 0.60 x 1.00 m en concreto 3000 psi. (incluye excavación, relleno con material importado, retiro de sobrantes hasta 20 km. y acarreo).	UND	4	323.000	1.292.000
AL6547	Demolición y retiro hasta 20 km. tubería hormigón simple diámetro 6", 8" y 10" sin excavación (incluye acarreo)	ML	82	6.850	561.700
	Costo Directo				7.369.999
	Administración 27%				1.989.900
	Imprevistos 1%				73.700
	Utilidad 5%				368.500
	Sub total costo Indirecto A.I.U (33%)				2.432.100
	Costo Total				9.802.099
	(-) Valor anticipo 14,49%				1.420.324
	Total de detrimento				8.381.775

Fuente: Acta de visita Fiscal 5 de abril de 2021.

El Equipo Auditor señaló como presunto responsable al señor **JORGE HUMBERTO BEDOYA ACOSTA**, con C.C. No. 16.545.662, **Supervisor del Contrato**, Ingeniero de Proyectos I, Departamento de Interventoría GUENAA, Registro No. 831.

IV. ACTUACIONES PROCESALES

La Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal, Cobro Coactivo y Sanciones de la Contraloría General de Santiago de Cali, realizó las siguientes actuaciones:

1. Auto No. 1600.20.11.21.159 del 06 de septiembre de 2021 "POR MEDIO DEL CUAL SE APERTURA E IMPUTA RESPONSABILIDAD FISCAL EN EL PROCESO No. 1600.20.11.21.1462 MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO VERBAL" - Folios 128 al 163 del Cuaderno Principal No. 01 del Expediente.
2. Auto de Trámite del 24 de septiembre de 2021 "POR MEDIO DEL CUAL SE SE (SIC) FIJA NUEVA FECHA PARA AUDIENCIA DE DESCARGOS EN EL EXPEDIENTE No. 1600.20.11.21.1462" - Folios 186, 187 y 187 vuelto del Cuaderno Principal No. 02 del Legajo Investigativo.
3. Auto No. 1600.20.11.21.195 del 25 de octubre de 2021 "POR MEDIO DEL CUAL SE SUSPENDEN LOS TÉRMINOS DENTRO DEL EXPEDIENTE 1600.20.11.21.1462 Y SE ORDENA EL TRASLADO A LA CONTRALORÍA DELEGADA PARA EL SECTOR VIVIENDA Y SANEAMIENTO BÁSICO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA" - Folios 212 y 212 vuelto del Cuaderno Principal No. 02 del Expediente.
4. Auto No. 1600.20.11.22.052 del 23 de febrero de 2022 "POR MEDIO DEL CUAL SE LEVANTAN Y SE REANUDAN LOS TÉRMINOS DENTRO DEL EXPEDIENTE 1600.20.11.21.1462" - Folios 220 y 220 vuelto del Cuaderno Principal No. 02 del Legajo Investigativo.
5. ACTA AUDIENCIA DE DESCARGOS PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL EXPEDIENTE No. 1600.20.11.21.1462 - Folios 239 al 241 del Cuaderno Principal No. 02 del Expediente.
6. ACTA RESUMEN CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA DE DESCARGOS PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL EXPEDIENTE No. 1600.20.11.21.1462 MARZO 28 DE 2022 - Folios 248 al 249 vuelto del Cuaderno Principal No. 02 del Legajo Investigativo.
7. ACTA RESUMEN CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA DE DESCARGOS PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL EXPEDIENTE No. 1600.20.11.21.1462 ABRIL 27 DE 2022 - Folios 333 y 334 del Cuaderno Principal No. 02 del Expediente.
8. ACTA RESUMEN CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA DE DESCARGOS PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL EXPEDIENTE No. 1600.20.11.21.1462 AGOSTO 25 DE 2022 - Folios 415 y 415 vuelto del Cuaderno Principal No. 03 del Legajo Investigativo.

9. ACTA RESUMEN CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA DE DESCARGOS PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL EXPEDIENTE No. 1600.20.11.21.1462 OCTUBRE 27 DE 2022 - Folios 424 y 424 vuelto del Cuaderno Principal No. 03 del Expediente.
10. ACTA RESUMEN CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA DE DESCARGOS PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL EXPEDIENTE No. 1600.20.11.21.1462 NOVIEMBRE 21 DE 2022 - Folios 440 y 440 vuelto del Cuaderno Principal No. 03 del Legajo Investigativo.
11. ACTA CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA DE DESCARGOS PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL EXPEDIENTE No. 1600.20.11.21.1462 DICIEMBRE 06 DE 2022 - Folios 448 al 450 del Cuaderno Principal No. 03 del Expediente.
12. ACTA RESUMEN CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA DE DESCARGOS PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL EXPEDIENTE No. 1600.20.11.21.1462 DICIEMBRE 12 DE 2022 - Folios 466 y 466 vuelto del Cuaderno Principal No. 03 del Legajo Investigativo.
13. ACTA RESUMEN CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA DE DESCARGOS PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL EXPEDIENTE No. 1600.20.11.21.1462 ENERO 26 DE 2023 - Folios 477 y 477 vuelto del Cuaderno Principal No. 03 del Expediente.
14. ACTA RESUMEN CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA DE DESCARGOS PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL EXPEDIENTE No. 1600.20.11.21.1462 FEBRERO 10 DE 2023 - Folios 484 y 485 del Cuaderno Principal No. 03 del Legajo Investigativo.
15. ACTA RESUMEN CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA DE DESCARGOS PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL EXPEDIENTE No. 1600.20.11.21.1462 MARZO 21 DE 2023 - Folios 517 y 518 del Cuaderno Principal No. 03 del Expediente.
16. ACTA RESUMEN CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA DE DECISIÓN (SIC) PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL EXPEDIENTE No. 1600.20.11.21.1462 ABRIL 11 DE 2023 - Folios 520 y 520 vuelto del Cuaderno Principal No. 03 del Legajo Investigativo.
17. ACTA RESUMEN CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA DE DESCARGOS PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL EXPEDIENTE No. 1600.20.11.21.1462 ABRIL 27 DE 2023 - Folios 543 y 544 del Cuaderno Principal No. 04 del Expediente.
18. ACTA CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA DE DECISIÓN (SIC) PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL EXPEDIENTE No. 1600.20.11.21.1462 MAYO 29 DE 2023 - Folios 625 al 628 del Cuaderno Principal No. 04 del Legajo Investigativo.

19. ACTA REINICIO DE AUDIENCIA DE DESCARGOS PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL EXPEDIENTE No. 1600.20.11.21.1462 MAYO 29 DE 2023 - Folios 629 al 634 del Cuaderno Principal No. 04 del Expediente.
20. ACTA CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA DE DESCARGOS PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL EXPEDIENTE No. 1600.20.11.21.1462 FEBRERO 06 DE 2024 - Folios 736 al 738 del Cuaderno Principal No. 04 del Legajo Investigativo.
21. Auto No. 1600.20.11.24.002 del 02 de mayo de 2024 "AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE FALLA UN PROCESO DE APERTURA E IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL - PROCEDIMIENTO VERBAL" - Folios 780 al 794 vuelto del Cuaderno Principal No. 04 del Expediente.

V. MATERIAL PROBATORIO

Obran en el Plenario, las pruebas que fueron incorporadas en el Auto de Apertura e Imputación de Responsabilidad Fiscal No. 1600.20.11.21.159 del 06 de septiembre de 2021, Expediente distinguido con el No. 1600.20.11.21.1462, así como las legalmente recaudadas después de iniciado el proceso, como son:

- 1.- Informe de Auditoría con sus anexos².
- 2.- Contrato de Obra No. 300-GAA-CO-1277-2017, suscrito el 27 de diciembre de 2017, entre los señores DIANA MERCEDES HOLGUÍN PALACIOS, FRANCISCO ANTONIO BURBANO MARÍN y JOSÉ ISAAC CAJIGAS CASTRO, Gerente Área de Abastecimiento Empresarial, Gerente de Área de Negocio de Acueducto y Alcantarillado de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. y Representante Legal de la firma Contratista denominada "CONSORCIO REDES COMUNA 20", respectivamente³.
- 3.- OTROSÍ No. 2 AL CONTRATO No. 300-GAA-CO-1277-2017 ENTRE EMCALI EICE ESP Y CONSORCIO REDES COMUNA 20⁴.
- 4.- Informe Técnico rendido el 19 de septiembre de 2023, por el Ingeniero Civil LUIS ORLANDO MUÑOZ MUÑOZ, Especialista en Patología de Construcciones MBA Gerencia de Proyectos de Ingeniería y Construcción, adscrito a la Asociación de Ingenieros del Valle, dando cumplimiento a la solicitud realizada por la doctora LUZ ARIANNE ZUÑIGA NAZARENO, Directora Operativa de Responsabilidad Fiscal, Cobro Coactivo y Sanciones de la Contraloría General de Santiago de Cali⁵.

VI. DECISIÓN OBJETO DEL GRADO DE CONSULTA

La Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal, Cobro Coactivo y Sanciones de la Contraloría General de Santiago de Cali, profirió Auto No. 1600.20.11.24.002 del 02 de mayo de 2024, dentro del Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal distinguido con el No. 1600.20.11.21.1462, con fundamento en el siguiente:

"(...).

² Ver folios 8 al 127 del Cuaderno Principal No. 1 del Legajo Investigativo.

³ Ver folios 56 al 59 del Cuaderno Principal No. 1 del Expediente.

⁴ Ver folios 110 y 110 vuelto del Cuaderno Principal No. 1 del Expediente.

⁵ Ver folios 676 vuelto al 726 vuelto del Cuaderno Principal No. 4 del Expediente.

ANÁLISIS PROBATORIO

(...)

De la prueba obrante a folios 33 al 37 del expediente, documento "INFORME DE VISITA CONTRATO DE OBRA No. 300 - GAA - CO - 1277 - 2017", lo primero en señalar por parte de este Despacho de Responsabilidad fiscal es que la citada visita se realiza el día 05 de abril de 2021, en atención a la denuncia fiscal No. 543 - 2020 VU. 100052162020 de noviembre 18 de 2020, no obstante el contrato haberse suscrito el día 27 de diciembre de 2017, con Acta de inicio del 07 de febrero de 2018, según se desprende del Otrosí obrante a folio 89, el cual se suscribe el día 04 de octubre de 2019, con una prórroga por cuatro (04) meses adicionales, es decir que la visita realizada por parte del equipo auditor se da con una periodicidad de tres (03) años, dos (02) meses después de haberse suscrito el Acta de inicio y un año y dos (02) después de haber terminado el plazo de la prórroga; es por ello que en análisis de este Despacho, se evidencia que es el mismo equipo auditor quien certifica a través de la observación en terreno, la ejecución de actividades de obra como fue la Demolición de losas en concreto y excavaciones en conglomerado, igualmente el equipo auditor manifiesta haber observado la remoción de tramos y con poca capa vegetal.

Se consigna igualmente en el contenido del Acta por parte del equipo que "Además bajo las escaleras se observa que pasan tuberías tipo Novafort de diferentes diámetros, las cuales son utilizadas para canalizar aguas residuales, y tuberías de PVC para canalizar agua potable (...)"

Igualmente se encuentra consignado en el Acta en cuestión por parte del equipo auditor, el registro fotográfico de las actividades realizadas en virtud del contrato de Obra No. 300 - GAA - CO - 1277 - 2017, en los cuales solo se señala como "Área intervenida en por el CONSORCIO REDES COMUNA 20. Tramo inicial, Tramo intermedio, Tramo Final (...) Tubería tipo Novafort bajo los pasos de las escaleras afectadas", igualmente obran registros fotográficos que para este Despacho no tienen relación con los hechos objeto de investigación, más aún, entiende este Despacho de manera razonable que la evidencia allegada por parte del equipo auditor la misma no constituye plena prueba en los hechos que ocupan la presente investigación, por cuanto no fue registrada en la oportunidad de los hechos ejecutados.

Del mismo modo, llama la atención para este Despacho como el equipo auditor configura el hallazgo fiscal sobre la base de la información entregada por parte de la comunidad cuando se consigna en el Acta lo siguiente: "(...) Durante la visita fiscal del 05 de abril de 2021, y según la información de la comunidad, no se evidencia la ejecución de algunas actividades que fueron cobradas por el CONSORCIO REDES COMUNA 20 y pagas por EMCALI EICE ESP en las actas mencionadas anteriormente (...)"

Finalmente, en la citada Acta de Visita Fiscal consigna el equipo auditor lo siguiente:

"(...) Revisando la información suministrada por EMCALI EICE ESP que soporta las actas parciales mencionadas anteriormente, como son memorias de cálculo de cantidades de las actividades ejecutadas, no se encuentran los soportes de cálculo, ni registro fotográfico de las mismas, lo cual no permite evidenciar de forma clara que dichas actividades fueron realmente ejecutadas, además, durante la visita realizada, no se observaron puntos donde se hayan realizado demoliciones de cajas domiciliarias (...)"

Obsérvese como es el mismo equipo auditor quien deja consignado en el Acta, la imposibilidad de evidenciar de forma clara que las actividades objeto de investigación hayan sido realmente ejecutadas, dejando entrever con dicha situación la falta de certeza absoluta de la existencia del daño patrimonial como uno de los presupuestos para responsabilizar fiscalmente.

Sobre la certeza del daño es menester traer a colación lo consagrado por el Alto Tribunal Constitucional cuando en Sentencia de Sala Plena - S.U. 620 DE 1996 M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL, dijo lo siguiente:

*"De este modo, el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, **en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado** y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa.*

*Para la estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse **que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud**. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio". (Subrayado por fuera de texto)*

Del acervo probatorio obrante en el expediente, en concordancia con los preceptos normativos señalados, se puede colegir sin lugar a equivocación alguna, que en el caso objeto de investigación, no se tipifica lo consagrado por el ordenamiento jurídico antes señalado en el sentido que el daño a de ser cierto, especial, anormal y cuantificable a su real magnitud, con la connotación que en el presente proceso, obra en el expediente pruebas que contrario a lo manifestado por parte del equipo auditor dan crédito de la ejecución de los ítems en investigación y ratificada su ejecución mediante Informe Técnico obrante a folios 676 al 726 del expediente, rendido por el ingeniero LUIS ORLANDO MUÑOZ MUÑOZ, adscrito a la Asociación de Ingenieros del Valle, ha quedado plenamente demostrado la inexistencia del elemento daño.

De la prueba obrante a folios 38 al 45 del expediente, "AYUDA DE MEMORIA ANÁLISIS AL DERECHO DE CONTRADICCIÓN SURTIDO", donde la entidad da respuesta a la observación señalada por parte del equipo, soportando con registros fotográficos la ejecución de los ítems de obra objeto de investigación, registros estos (pruebas) que no son aceptadas por parte del equipo auditor y así lo deja referenciado en el capítulo de "Análisis Realizado por el equipo Auditor", donde se consigna que: "(...) a. Para la justificación de los ocho (08) ítem indicados por EMCALI EICE ESP en su escrito, utilizan las mismas cuatro (04) fotos, y eso, que dos de ellas son las mismas, tomadas el mismo día, pero a diferentes distancias porque el ángulo de visión de las fotos es mayor en una que en la otra, lo cual da entender que no se cuenta con los soportes suficientes para justificar adecuadamente la correcta "ejecución" de dichas actividades (...)", igualmente manifiesta el equipo auditor que "(...) d. En la foto presentada en la respuesta dada por EMCALI EICE ESP, y la utilizada para soportar la ejecución de las actividades 160, AL6465 y AL6362 (igual fotografía en las 3 actividades) se observa que la tubería instalada es color verde y blanca, sin embargo, en la fotografía No. 6, usada para justificar la ejecución de actividades no previstas, como lo son el retiro de la tubería Novafort 8" que según indica el mismo documento, se instaló previamente en el mismo contrato, pero fue retirada posteriormente por el mismo contratista para dar paso a la construcción de un muro de contención de la zona, se observa que la tubería de la "fotografía No. 6" es completamente color amarilla, lo cual no coincide con el color de la tubería "suministrada e instalada" en las actividades 160, AL6465 y AL6362 que se

observa es verde y blanca (...)", es menester revisar en el análisis probatorio, la Versión Libre rendida por el ingeniero JORGE HUMBERTO BEDOYA obrante a folios 254 al 323 del expediente, en su calidad de supervisor de la obra, donde el citado ingeniero hace una descripción detallada de los registros fotográficos aportados como prueba para acreditar la ejecución de ítem de obra objeto de investigación.

En su versión libre el ingeniero BEDOYA señala de manera precisa que la tubería que se aprecia en el registro fotográfico No. 3 (folio 265 del expediente), corresponde a tuberías viejas existentes de acueducto y alcantarillado, de ahí que lo señalado por el equipo auditor en cuanto al color amarillo de las tuberías no tiene asidero.

Así mismo, en lo relacionado con los registros fotográficos aportados como prueba por parte del ingeniero BEDOYA, además de los registros aportados por la entidad EMCALI EICE ESP, como respuesta a la observación levantada por el equipo auditor con ocasión de la "Actuación Especial de Fiscalización de Atención de denuncia fiscal número 543 - 2020, Vigencia 2020", obrante a folios 39 al 43 del expediente, con el fin de acreditar la ejecución de los ítem de obra objeto de investigación, los mismos de conformidad a **lo concluido por parte del Ingeniero LUIS ORLANDO MUÑOZ MUÑOZ, en su informe técnico, dan crédito de la ejecución de estos**, veamos que dijo el citado ingeniero en su informe técnico, obrante a folios 725 reverso del expediente, al ser interrogado frente al tema:

"(...) QUINTA:

- Determinar si los registros fotográficos allegados a través de versión libre por parte del Ing. JORGE HUMBERTO BEDOYA, en calidad de supervisor del contrato para la época de los hechos, los mismos dan crédito del cumplimiento y/o ejecución de los ítems señalados en el cuadro adjunto y que son objeto de investigación. (Ver folios 263 al 265 del expediente)

RESPUESTA:

Los registros fotográficos aportados por el Ingeniero Jorge Humberto Bedoya, en calidad de Supervisor del contrato en la época de los hechos, dan crédito del cumplimiento y/o ejecución de los ítems señalados en el cuadro adjunto y que son objeto de investigación.

SEXTA:

- Determinar si con la respuesta dada por parte de la entidad, en donde se observa registro fotográfico de ejecución de obra, correspondiente al Contrato No. 300-GAA-CO- 1277-2017, los mismos dan crédito o no de la ejecución de los ítems obrantes en el cuadro adjunto y que son objeto de investigación. (ver folios 143 al 145 del expediente).

RESPUESTA:

Según pudo investigar el suscrito perito, para la fecha de la respuesta de EMCALI EICE ESP, el Supervisor del contrato, Ingeniero Jorge Humberto Bedoya, ya no se encontraba laborando en esa entidad, pero **con la respuesta dada por EMCALI EICE ESP, donde se observa el registro fotográfico de la ejecución de la obra correspondiente al Contrato N° 300-GAA-CO-1277-2017, estos si dan crédito a la ejecución de las**

obras ejecutadas por el Consorcio Redes Comuna 20, en la Calle 7 entre carreras 48 y calle 6 bis.(...)

No obstante, lo anterior, se observa a folio 44 del expediente, documento "Ayuda de Memoria Análisis al Derecho de Contradicción Surtido", ya mencionado en un aparte de esta providencia, donde el equipo auditor recalca sobre la no acreditación por parte de la entidad de la ejecución de los ítems de obra objeto de investigación, dice este en el literal C lo siguiente:

"(...) c. En el archivo aportado por EMCALI EICE ESP y nombrado "Anexo 2 Memoria de cantidades", la Entidad pretende acreditar que el contratista CONSORCIO REDES COMUNA 20, realmente ejecutó las actividades mencionadas anteriormente y en las cantidades indicadas en el mismo documento, sin embargo, teniendo en cuenta la visita de campo realizada el 5 de abril de 2021, y las declaraciones verbales de la comunidad del sector, dicho documento ni las fotos aportadas obran como soporte suficiente para justificar su ejecución, puesto que en sitio no se evidencia la ejecución de los mismos (...)"

De lo anterior se colige que el equipo auditor en primer lugar desconoce que a la fecha cuando se realiza la citada visita del 05 de abril de 2021, ya había transcurrido tres (03) años, dos (02) meses después de haberse suscrito el Acta de inicio y un año y dos (02) después de haber terminado el plazo de la prórroga; lo que sin lugar a dudas frente a una obra como la que ocupa la presente investigación, donde el ingeniero contratista dejó abandonado el frente de obra como se evidencia de la versión libre rendida por el ingeniero BEDOYA en su calidad de supervisor del contrato, y en consecuencia, las únicas pruebas que pueden dar crédito de la ejecución o no de los ítems de obra en investigación, corresponde a registro fotográficos, y documentos soportes como es el Anexo 2 Memoria de cantidades de obra, entre otros, documentos a los cuales el equipo auditor les resto valor probatorio en desarrollo de la Auditoria.

Es por ello, que dadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se suscitaron los hechos que ocupan la presente investigación, que este Despacho requirió de apoyo técnico, en el cual en informe rendido por el ing. LUIS ORLANDO MUÑOZ MUÑOZ, se ratifica el valor probatorio que tienen los documentos soportados tanto por la entidad como por el supervisor del contrato, para dar crédito de la ejecución de los ítems que ocupan este proceso de responsabilidad fiscal, veamos que se dijo en el informe técnico sobre este aspecto.

"SEGUNDA:

- Verificar si de conformidad con los documentos soportados por el Ingeniero JORGE HUMBERTO BEDOYA en su calidad de Presunto Responsable Fiscal y supervisor del contrato No. 300-GAA-CO- 1277-2017, para la época de los hechos, los ítems señalados en el cuadro adjunto, y que son objeto de investigación, los mismos fueron ejecutados o no.

RESPUESTA:

Una vez revisados los soportes y cálculos de cantidad de obra ejecutada, elaborados por parte del Inspector y la Topografía se puede afirmar, sin lugar a equívocos, que los ítems contenidos en el cuadro adjunto soportados por el Ingeniero JORGE HUMBERTO BEDOYA, en su calidad de Interventor, si fueron ejecutados".

Ahora bien, se consigna igualmente en el informe técnico rendido por el ya citado ingeniero LUIS ORLANDO MUÑOZ MUÑOZ, que frente a los ítems de obra

objeto de investigación, los mismos fueron reconocidos en las Actas Nos. 2 y 4, obrantes a folios 285, y 349 al 351 del expediente, respectivamente, por cuanto existen evidencias que si se ejecutaron, pero igualmente fueron descontados en la Pre Acta No. 6 obrante a folios 270 al 274 y 279 del expediente, toda vez que el contratista no las volvió a ejecutar por las circunstancias que acaecieron con la construcción por parte de la Secretaria de Infraestructura de un muro de contención, veamos en qué términos se dejó plasmado por parte del citado ingeniero dicha conclusión:

"TERCERA:

- Informe a este Despacho, de conformidad al análisis y verificación de las Actas Parciales de Obra Nos. 02 (ver folio 285), Acta No. 04 (ver folios 349 al 351) y

Pre Acta No. 6 (ver folios 270 al 274) del expediente, si los ítems antes señalados en el cuadro adjunto, los mismos fueron considerados en el Acta de Liquidación del Contrato y en consecuencia cancelados al contratista.

RESPUESTA:

Es importante aclarar de antemano que en la documentación estudiada no aparece el Acta de Recibo Final de la Obra ni el Acta de Liquidación del contrato N°300-GAA-CO-1277-2017, motivado por haber abandonado la obra el Consorcio Constructor sin haberla terminado. Sin embargo existe un Proyecto de Acta de Liquidación del Contrato elaborado por el Interventor del Contrato, ante el abandono que el Contratista hizo de la obra. En la preliquidación el valor adeudado por el Contratista asciende a la suma de \$254'482.669,00 y fue la base de la demanda que EMCALI instauró contra el Consorcio Contratista.

Al revisar la citada preliquidación se concluye que las cantidades de obra correspondientes a los ítems señalados en el cuadro adjunto a la primera pregunta, si fueron pagados en las Actas N°2 y N°4 puesto que **existen evidencias que si se ejecutaron**. Posteriormente fueron descontadas esas mismas cantidades en la Preacta No.6° por cuanto el Contratista no las volvió a ejecutar después de la construcción del muro de contención (...)".

De lo concluido por parte del ingeniero MUÑOZ, en el informe técnico, se desprende que en los hechos objeto de investigación **no se ha configurado daño patrimonial alguno frente a los ítems cuestionados por parte del equipo auditor y que ocupan la presente investigación.**

Del mismo modo, es importante en el caso objeto de investigación, retomar lo manifestado por el ingeniero JORGE HUMBERTO BEDOYA en su versión libre obrante a folios 256 a 260, en su calidad de supervisor del contrato que ocupa la presente investigación, en el sentido de:

"(...) Se anexa de igual forma copia del "Informe del proceso judicial derivado de las diferencias surgidas dentro del contrato de obra No. 300-GAA-CO-1277-2017 suscrito entre EMCALI y el CONSORCION REDES COMUNA 20" (anexo 16) de fecha Octubre 12 de 2021, mediante el cual el abogado defensor de EMCALI manifiesta que radicó ante la Procuraduría Judicial de Asuntos Administrativos, la solicitud mediante la cual Emcali pide a esa instancia se declare la liquidación judicial de ese contrato en virtud de la cual el contratista Redes Comuna 20 deberá reintegrar a Emcali la suma de \$254'482.669,00 por concepto de devolución de saldo de anticipo sin amortizar, valor que corresponde exactamente al liquidado y declarado por el suscrito y que incluye el valor de la

preacta No. 6, en la cual se descontaron las cantidades de obra, que la contraloría manifiesta configuran el detrimento que nos ocupa.

De lo anterior se colige que EMCALI EICE ESP, adelantó demanda de Controversia Contractual contra el contratista CONSORCIO REDES COMUNA 20, en donde en el "PETITUM" de la demanda solicito:

"En virtud de los argumentos expuestos con antelación, se solicita comedidamente la declaratoria a través de **sentencia, del incumplimiento del contrato de obra pública No. 300 – GAA – CO – 1277 – 2017 EPC por parte del contratista CONSORCIO REDES COMUNA 20 y la obligación en cabeza de este último, de reintegrar a EMCALI, el anticipo no amortizado.** Así mismo, se solicita comedidamente **se declare la liquidación judicial del contrato de obra pública No. 300 - GAA - CO - 1277 - 2017 EPC (...)**".

Demanda que obra a folios 364 al 400 y 490 al 505 del expediente, con los respectivos soportes documentales que dan crédito de la misma, en el entendido de la existencia de la Controversia Contractual adelantada por EMCALI ante el **Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cali, Radicado: 76001-33- 33-001-2021-00232-00-Demandante: EMCALI EICE ESP - Demandado: CONSORCIO REDES COMUNA 20**, demanda donde se involucran los hechos objeto de investigación en una cuantía estimada de \$254.482.669, según se desprende de las pruebas obrantes en el expediente.

(...)

Como ha quedado demostrado en la presente investigación, EMCALI EICE ESP, a la fecha se encuentra adelantando demanda de controversia contractual contra el CONSORCIO REDES COMUNA 20, entre otros, por los hechos que ocupan la presente investigación, las mismas partes, el mismo contrato, demanda que por reparto del día 09/11/2021 le correspondió al Juzgado 1 Administrativo Oral de Cali, prueba obrante a folio 364 del expediente.

En la misma demanda en uno de sus apartes la entidad EMCALI EICE ESP deja consignado el cumplimiento de manera parcial de cuatro (04) tramos de obra de manera parcial de los quince (15) tramos proyectados para el total de la obra (folio 393 del expediente), los cuales coinciden con los hechos objeto de investigación por parte de este Órgano de Control Fiscal.

(...)"

VII. CONSIDERACIONES DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Corresponde a este Despacho en grado de consulta, examinar el Fallo Sin Responsabilidad Fiscal proferido por el A-quo, dentro del Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal de Doble Instancia, distinguido con el No. 1600.20.11.21.1462, ordenado a través del Auto No. 1600.20.11.24.002 del 02 de mayo de 2024, dado que el Operador Fiscal de Primera Instancia de este Organismo de Control, coligió que el hecho investigado no es constitutivo de daño patrimonial.

1. AUTO DE FALLO SIN RESPONSABILIDAD FISCAL

El Artículo 54 de la Ley 610 de 2000, preceptúa *El funcionario competente proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal*".

2. GRADO DE CONSULTA

En virtud de lo establecido en el Artículo 18 de la Ley 610 de 2000⁶, "Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio (...)". Además, la consulta está consagrada en los estatutos procesales generalmente con base en motivos de interés público con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica que se trate. "La consulta es un mecanismo *ope legis*, esto es, opera por ministerio de la ley"⁷ (subrayado fuera de texto).

La Corte Constitucional⁸ considera que la consulta es una garantía de las Entidades Públicas para preservar el patrimonio público al indicar:

"(...) La consulta se convierte en una garantía más que se otorga a las entidades de derecho público para asegurar de la mejor manera posible el valor constitucional que representa el interés general dentro del Estado Social de Derecho, habida cuenta de las consecuencias que pueda entrañar para el patrimonio público una condena adversa que carezca de una fundamentación ajustada al derecho y a la justicia.

La consulta se justifica constitucionalmente no sólo con respecto a la sentencia, por las indicadas razones, sino con respecto a los autos de liquidación de condenas en abstracto, porque éstos vienen a fijar o a concretar en guarismos ciertos la condena impuesta en la sentencia".

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha expresado que:

"...la consulta no es un auténtico recurso sino un grado jurisdiccional que habilita al superior jerárquico para revisar la legalidad de algunas providencias, por mandato de la ley y sin que medie impugnación por parte del sujeto procesal que se considere agraviado..."⁹ "Por tal razón, el juez que conoce de la consulta cuenta con amplia competencia para examinar la actuación, no estando sujeto, por tanto, a límites como el de la non reformatio in pejus."¹⁰ (...) Además ha precisado que aún cuando la consulta tiene un vínculo especial con el debido proceso y el derecho de defensa, este no es de carácter necesario e inescindible, por lo cual su ausencia no acarrea indefectiblemente la vulneración de tales derechos, como tampoco vulnera la Carta el señalamiento de diversos requisitos de procedibilidad y las distintas finalidades con las cuales haya sido instituida la consulta, siempre y cuando respondan a supuestos de hecho disímiles y puedan ser justificados objetivamente..."¹¹

En ese sentido, a diferencia de la apelación, la consulta no es un medio de impugnación sino una institución procesal.

1.1. **Determinación del presunto daño patrimonial al Estado y la decisión objeto de consulta.**

La Honorable Corte Constitucional al referirse a la naturaleza, objetivos y garantías del proceso de responsabilidad fiscal, ha sido enfática al descubrir que para la

⁶ Art. 18 Ley 610 de 2000: Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-968 de 2003. M.P. Dr.

⁸ Corte Constitucional - Sentencia C-153 de 1995, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-449 de 1996 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-583 de 1997 M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-090 de 2002 M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett

estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad y que, por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud¹².

Con fundamento en lo anterior, para esta Segunda Instancia resulta forzoso estudiar en primer lugar, la ocurrencia o no de un daño patrimonial contra EMCALI E.I.C.E. E.S.P., de conformidad con el Artículo 6º de la Ley 610 de 2000, el cual a la letra reza:

"(...) 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, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa 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 las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público. (...)."

Cabe destacar que la Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Santiago de Cali, dio inicio al proceso No. 1600.20.11.21.1462, de acuerdo con las reglas del procedimiento verbal, regulado por los Artículos 97 y ss. de la Ley 1474 de 2011, procediendo a proferir el Auto de Apertura e Imputación de Responsabilidad Fiscal No. 1600.20.11.21.159 del 06 de septiembre de 2021, procediendo a vincular como presuntos responsables a los señores DIANA MERCEDES HOLGUÍN PALACIOS, Gerente Área de Abastecimiento Empresarial de EMCALI E.I.C.E. E.S.P, FRANCISCO ANTONIO BURBANO MARÍN, Gerente de Unidad de Negocios de Acueducto y Alcantarillado de EMCALI E.I.C.E. E.S.P, JORGE HUMBERTO BEDOYA ACOSTA, Supervisor del Contrato de Obra No. 300-GAA-CO-1277-2017 y JOSÉ ISAAC CAJIGAS CASTRO, Representante Legal de la firma Contratista - Consorcio Redes Comuna 20. Obsérvese, que igualmente, el A-quo dictó Fallo Sin Responsabilidad Fiscal, mediante el Auto No. 1600.20.11.24.002 del 02 de mayo de 2024, procediendo a exonerar a los sujetos procesales de las imputaciones realizadas. Este Despacho analizará si dicha decisión se encuentra de acuerdo con la defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales.

Revisado por esta Segunda Instancia, el Auto No. 1600.20.11.21.159 del 06 de septiembre de 2021, se deduce que se Aperturó e Imputó Responsabilidad Fiscal contra los presuntos responsables DIANA MERCEDES HOLGUÍN PALACIOS, FRANCISCO ANTONIO BURBANO MARÍN, JORGE HUMBERTO BEDOYA ACOSTA y JOSÉ ISAAC CAJIGAS CASTRO, dado que se ordenaron y pagaron con fundamento en las causaciones Nos. 637264 y 648472 del 24 de julio y 26 de diciembre de 2018, respectivamente, obras no efectuadas y relacionadas en las Actas Parciales Nos. 2 y 4 del 05 de julio y 04 de diciembre de 2018, respectivamente, por valor de \$8.381.775, evidenciándose, que los aludidos investigados, no actuaron con eficiencia, eficacia y celeridad, para proteger los recursos públicos, lo cual ocasionó un daño en contra del patrimonio de EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

¹² Ver Sentencia SU-620 de 1996, M. P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

En este orden, dentro de la Audiencia de Descargos, se recibieron las versiones libres a los investigados, se recibieron los testimonios y se aportaron por parte de los sujetos, sus apoderados y de las compañías aseguradoras, pruebas documentales para ser tenidas en cuenta por el A-quo al momento de tomarse la decisión, dentro de las cuales se resaltan las siguientes:

1. Dentro de la diligencia de descargos, mediante Auto No. 1600.20.11.23 del 10 de febrero de 2023, se ordenó solicitarle a EMCALI-EICE E.S.P, lo siguiente:
 - *Informar si actualmente existe una demanda de Emcali E.I.C.E E.SP, contra Consorcio Redes Comuna 20 y el estado actual de la misma.*
 - *Informe si el valor equivalente a la suma de \$254.482.669, se encuentra incluido como pretensión en la Demanda impetrada por EMCALI E.I.C.E E.S.P contra el Consorcio Redes Comuna 20 y a que concepto corresponde.*

Mediante oficio del 20 de febrero del 2023, EMCALI E.I.C.E. E.S.P. dio respuesta manifestando que para la primera pregunta "En efecto, previo agotamiento de la conciliación extrajudicial prevista en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, se incoa ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Cali, medio de control de controversias contractuales..." y respecto a la segunda "En efecto dicha pretensión económica corresponde con la pretensión segunda que trata de la devolución del anticipo sin amortizar". (folios 486 al 508).

2. Dentro de la diligencia de descargos, mediante Auto No. 1600.20.11.23.087 del 29 de mayo de 2023, se ordenó en su Artículo Primero, lo siguiente:

"SOLICITUD DE INFORME TÉCNICO:

- *Verificar si el contrato No. 300-GAA-CO- 1277-2017, contemplo dentro de sus obligaciones, la ejecución de los ítems de obra objeto de investigación en las cantidades y valores que se encuentran señalados en el cuadro adjunto por parte del equipo auditor.*
- *Verificar si de conformidad con los documentos soportados por el Ingeniero JORGE HUMBERTO BEDOYA en su versión libre y en calidad de Presunto Responsable Fiscal y supervisor del contrato No. 300-GAA-CO- 1277-2017, para la época de los hechos, los ítems señalados en el cuadro adjunto, y que son objeto de investigación, los mismos fueron ejecutados o no.*

(Cuadro en el expediente).
- *Informe a este Despacho, de conformidad al análisis y verificación de las Actas Parciales de Obra Nos. 02 (ver folio 285), Acta No. 04 (ver folios 349 al 351) y Pre Acta No 6 (ver folios 270 al 274) del expediente, si los ítems antes señalados en el cuadro adjunto, los mismos fueron considerados en el Acta de Liquidación del Contrato y en consecuencia cancelados al contratista.*
- *Informe a este Despacho si por los conceptos de ítems objeto de investigación, obrantes en el cuadro adjunto, EMCALI EICE E.S.P realizo descuento o deducciones en pago, por no ejecución de los mismos.*

- *Determinar si los registros fotográficos allegados a través de versión libre por parte del Ing. JORGE HUMBERTO BEDOYA, en calidad de supervisor del contrato para la época de los hechos, los mismos dan crédito del cumplimiento y/o ejecución de los ítems señalados en el cuadro adjunto y que son objeto de investigación (Ver folios 263 al 265 del expediente).*
- *Determinar si con la respuesta dada por parte de la entidad, en donde se observa registro fotográfico de ejecución de obra correspondiente al Contrato No. 300-GAA-CO- 1277-2017, Los mismos dan crédito o no de la ejecución de los ítems obrantes en el cuadro adjunto y que son objeto de investigación. (ver folios 143 al 145 del expediente).*
- *Determinar en el caso que así se haya dado, cuanto fue el valor finalmente cancelado por EMCALI EICE, por concepto de los ítems antes señalados y que son objeto de investigación".*

Dicho informe técnico fue practicado por el Ingeniero Civil LUIS ORLANDO MUÑOZ MUÑOZ, Especialista en Patología de Construcciones MBA Gerencia de Proyectos de Ingeniería y Construcción, adscrito a la Asociación de Ingenieros del Valle, el 19 de septiembre de 2023, según consta a folios 676 vuelto al 726 vuelto del Cuaderno Principal No. 04 del Legajo Investigativo

En relación con la primera prueba, este Despacho, comparte lo manifestado por el Operador Fiscal de Primera Instancia de este Organismo de Control, toda vez que es evidente que con respecto a que las obras faltantes que motivaron la configuración del referido hallazgo fiscal, se encuentran dentro de una demanda de controversia contractual contra el CONSORCIO REDES COMUNA 20, entre otros, y que conforme a la que la norma manifiesta que el juez natural, para decidir sobre estos conflictos contractuales es la justicia contenciosa administrativa, demanda que deberá de ser decidida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Cali.

En lo que hace referencia a la segunda prueba relevante, también es acogida por esta Segunda Instancia, toda vez que el mencionado Ingeniero Civil manifiesta en el informe técnico que reposa a folio 724, que los ítems que según el Equipo Auditor no se habían ejecutado, evidenciado en el hallazgo fiscal No. 1 a folio 30 del expediente, el Ingeniero Civil conceptúa que "Si, los ítems de obra o actividades, objeto de la investigación si corresponden en valores que se encuentran señalados en el cuadro adjunto. Sin embargo las cantidades de obra difieren de las contratadas originalmente, como ocurre en la mayoría de los contratos de este tipo. Quienes diseñan las obras hacen un estimado de las cantidades que presumiblemente se van a ejecutar, pero estas cantidades, por lo general difieren de las ejecutadas realmente, pues, quienes diseñan hacen un PRE - SUPUESTO, es decir, un supuesto previo, pero las cantidades definitivas solamente se conocen una vez se realiza la construcción.

Para el caso que no ocupa, de la información consignada en los documentos se puede concluir que la cantidad de tubería si coincide, pero la excavación y rellenos, por razones topográficas y pendiente invertida, las cantidades son diferentes".

En este orden, se deduce que el Auto No. 1600.20.11.24.002 del 02 de mayo de 2024, mediante el cual se ordenó Fallar Sin Responsabilidad Fiscal, debe ser confirmado por esta Instancia, toda vez que esta decisión fue fundamentada por el A-quo, de conformidad con el análisis del material probatorio que obra en el Legajo Investigativo.

De igual manera, en torno a la procedencia de Fallar Sin Responsabilidad Fiscal, se hace necesario señalar que la Ley 610 de 2000 "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías", ordena lo que a continuación se reproduce:

*"(...) **Artículo 54. Fallo sin responsabilidad fiscal.** El funcionario competente proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal. (...)"*
(Resaltado y subrayado fuera de texto).

Bajo dicha óptica, se hace necesario precisar que las imputaciones formuladas por el A-quo, se encuentran desvirtuadas, además, se colige que no existe prueba alguna que conduzca a la certeza de la ocurrencia del daño configurado por el Equipo Auditor adscrito a la Dirección Técnica ante EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

Este Despacho, una vez analizado el material probatorio recaudado por el Proceso Auditor y la Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal de este Organismo de Control, colige que el hallazgo fiscal configurado por el Equipo Auditor, se encuentra resquebrajado, es decir, no se presentó ningún daño contra el patrimonio de EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

De igual forma, esta Instancia, considera oportuno manifestar que comparte los argumentos consignados en el citado Informe Técnico, por parte del Ingeniero Civil MUÑOZ MUÑOZ.

Nótese, que, sobre el particular, la Ley 1474 de 2011, establece lo que a continuación se transcribe:

"(...)

ARTÍCULO 117. 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.

El incumplimiento de ese deber por parte de las entidades públicas o particulares de rendir informes, dará lugar a la imposición de las sanciones indicadas en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993. En lo que a los particulares se refiere, la sanción se tasará entre cinco (5) y veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

"(...)" (Subrayado fuera de texto).

Esta Instancia, reitera que comparte las apreciaciones dadas por la Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal, Cobro Coactivo y Sanciones de la Contraloría General de Santiago de Cali, en cuanto a que tanto los documentos aportados por EMCALI, en el cual manifiestan que se adelanta una acción de controversias contractuales, sobre el aludido contrato y el Informe técnico rendido por el Ingeniero

Civil LUIS ORLANDO MUÑOZ MUÑOZ, permiten evidenciar que el Patrimonio de EMCALI no ha sufrido menoscabo.

En virtud de lo expuesto, este Despacho, considera necesario precisar ante la no materialización del daño como el primer elemento para determinar la existencia de la responsabilidad fiscal, que resulta improcedente llevar a cabo el análisis de la conducta y del nexo causal.

De igual forma, esta Instancia, no percibe el daño valorado y soportado probatoriamente en su verdadera dimensión, como lo requiere el ordenamiento jurídico y lo establecen las Altas Cortes.

Este Operador Fiscal de Segunda Instancia, considera necesario insistir que, para estimar el daño, aquél debe ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud, tal como lo establece la Sentencia SU-620 de 1996, proferida por la Honorable Corte Constitucional.

De igual manera, este Despacho, observó que en el escrito de versión libre calendado el 25 de abril de 2022, por el Ingeniero JORGE HUMBERTO BEDOYA ACOSTA, Supervisor del Contrato de Obra No. 300-GAA-CO-1277-2017, el cual obra en el Cuaderno Principal No. 02 del Legajo Investigativo, se encuentra repetida la foliatura 260, circunstancia que debe ser corregida por el A-quo.

Así mismo, este Operador Fiscal de Segunda Instancia evidenció que a folio 664 del Cuaderno Principal No. 04 del Expediente, aparece sin encontrarse firmada por el señor JORGE ANDRÉS ILLERA CAJIAO, Director del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad ICESI, una supuesta certificación mediante la cual se indica que: "1. Que **JUAN DIEGO CORTÉS CASTILLO**, titular de la cédula de ciudadanía No. 1.005.745.187 de Cali - Valle del Cauca, es estudiante de octavo semestre de Derecho de la Universidad ICESI con código No. A00365090 y está cursando **Consultorio Jurídico 1**. 2. Se encuentra facultado para actuar como apoderado judicial de CONSORCIO REDES COMUNA 20 dentro del **PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL** en contra (sic) Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P. (Emcali)".

No obstante, la anterior circunstancia irregular, se observa que a folio 667 del Cuaderno Principal No. 04 del Legajo Investigativo, el A-quo procedió a dar posesión al mencionado estudiante del consultorio jurídico, para actuar dentro del referido Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal, cuando ni siquiera aparece el superior responsable de ello e incluso no se atemperó a las reglas que se imponen para este caso, dado que está representando a una persona jurídica.

Es claro, entonces, que, el estudiante JUAN DIEGO CORTÉS CASTILLO, no estaba facultado para actuar como apoderado sustituto del Consorcio Redes Comuna 20, dentro del aludido Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal, menos podía tener tarjeta profesional de abogado.

De acuerdo con lo anterior, esta Instancia colige que al estudiante JUAN DIEGO CORTÉS CASTILLO, no se le realizó una verdadera sustitución del poder reconocido de oficio a la estudiante adscrita al Consultorio Jurídico de la Universidad ICESI, JULIANA SOFÍA AGREDA BENAVIDES, con C.C. No. 1.010.014.930 de Pasto y Código de estudiante No. A00361347, quien actuaba en condición de defensora pública del CONSORCIO REDES COMUNA 20, NIT 991141410-1 (folio 665 del Expediente).

Así las cosas, se hace necesario precisar que de conformidad con el numeral 11 del Artículo 64 de la Ley 2195 del 18 de enero de 2022 "POR MEDIO DE LA CUAL SE ADOPTAN MEDIDAS EN MATERIA DE TRANSPARENCIA, PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES", "los estudiantes, bajo la supervisión, la guía y el control del Consultorio Jurídico, podrán actuar de oficio, en los procedimientos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías Municipales, Distritales, Departamentales y General de la República, cuando sea imposible la notificación, sin consideración de la cuantía establecida en el presente Artículo".

Del mismo modo, este Despacho, comprobó que la denominada "ACTA RESUMEN CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA DE DESCARGOS PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO VERBAL EXPEDIENTE No. 1600.20.11.21.1462 FEBRERO 06 DE 2024", no se encuentra foliada en orden consecutivo, después del folio 737 del Legajo Investigativo, circunstancia que debe ser corregida por la Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal, Cobro Coactivo y Sanciones de este Organismo de Control. También, se repitió dos veces en forma consecutiva la foliatura 743, situación que se debe corregir por el A-quo.

Igualmente, esta Segunda Instancia, no comprende como en la Audiencia de Descargos realizada el 06 de febrero de 2024, el A-quo ante la falta de conexión de los señores JORGE HUMBERTO BEDOYA y NURY PATRICIA CABRERA, presunto responsable fiscal y apoderada de confianza, respectivamente, procedió a suspender la Audiencia de Descargos.

Esta Instancia, hace un llamado para que, en lo sucesivo, el A-quo, proceda a dar estricta aplicación a lo establecido en los Artículos 98, 99, 100 y siguientes de la Ley 1474 de 2011, con el propósito de agilizar el desarrollo del respectivo Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal, evitando así demoras innecesarias.

Este Despacho, con fundamento en la valoración y análisis del material probatorio recaudado, así como de los aspectos fácticos que obran en el presente Legajo Investigativo, deduce que concurren los presupuestos necesarios para confirmar el Auto No. 1600.20.11.24.002 del 02 de mayo de 2024, proferido por el A-quo, dentro del Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal distinguido con el No. 1600.20.11.21.1462, toda vez que las imputaciones formuladas se encuentran desvirtuadas, al no existir ninguna prueba que conduzca a la certeza de la ocurrencia del daño configurado por el Equipo Auditor adscrito a la Dirección Técnica ante EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

En consecuencia, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR el Fallo Sin Responsabilidad Fiscal No. 1600.20.11.24.002, proferido por el A-quo, el 02 de mayo de 2024, dentro del Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal de Doble Instancia, distinguido con el No. 1600.20.11.21.1462, de conformidad con las consideraciones expuestas en este proveído.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR la presente decisión en la forma y términos establecidos en las Leyes 610 de 2000, 1474 de 2011 y

demás disposiciones que las desarrollan, modifican o complementan.

ARTÍCULO TERCERO: COMUNICAR el contenido de esta Providencia, para su conocimiento y fines pertinentes, a la **DIRECCIÓN TÉCNICA ANTE EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**, adscrita a la **CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI**; al **ALCALDE DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI** y al **GERENTE GENERAL DE EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**, así como al **CONTADOR DE EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**, o a quienes hagan sus veces.

ARTÍCULO CUARTO: Contra esta determinación no procede recurso alguno.

ARTÍCULO QUINTO: EXHORTAR al Operador Fiscal de Primera Instancia de este Organismo de Control para que, en lo sucesivo, atempere sus actuaciones a las reglas legales, conforme se dejó constancia en precedencia.

ARTÍCULO SEXTO: DEVOLVER el Expediente No. 1600.20.11.21.1462 a la Dependencia de origen para lo de su competencia.

Dada en Santiago de Cali, a los cuatro (04) días del mes de junio de dos mil veinticuatro (2024).

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, DEVUÉLVASE Y CÚMPLASE


PEDRO ANTONIO ORDÓÑEZ
Contralor General de Santiago de Cali

	Nombre	Cargo	Firma
Proyectó	Jorge Alfonso Quiroga Varón	Profesional Universitario	
Revisó	José Julián Rojas Moncaleano	Jefe Oficina Asesora Jurídica	
Aprobó	José Julián Rojas Moncaleano	Jefe Oficina Asesora Jurídica	

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y, por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para firma.