

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado Ponente

SEP 00079-2021
Radicación No. 47494
Aprobado mediante acta No. 48

Bogotá, D. C., cinco (5) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Finalizada la audiencia de juzgamiento, procede la Sala a dictar el fallo de primera instancia dentro de la causa seguida contra el Gobernador del Departamento del Huila, JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, quien fue acusado por la Fiscalía General de la Nación de ser presunto autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, tipificado en el artículo 410 del Código Penal, cometido durante el ejercicio de su cargo.

HECHOS

JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, Gobernador electo del Departamento del Huila para el periodo constitucional 2001-2003, el 13 de noviembre de 2001, bajo la modalidad de contratación directa, suscribió con Orlando Enrique Figueroa Villamil, representante legal de la empresa "Figueroa Trujillo y Cía S. en C", el contrato de obra civil n.º 041, cuyo objeto fue la construcción a todo costo de un kiosco en la plaza "La Libertad" del municipio de Tello, por valor de \$29'632.365.00.

Negocio jurídico que el burgomaestre celebró sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, específicamente los principios de economía, ligado al de planeación, y al de transparencia; toda vez que con antelación al procedimiento de selección del contratista debía contarse con los estudios de prefactibilidad y conveniencia para la construcción de la obra. Se reprocha que no existieron los diseños y demás análisis requeridos en punto a la edificación de la obra, puesto que presentaron fallas estructurales que obligaron al alcalde del municipio de Tello a no recibirla y, atendiendo, además que, en dicho lugar, no funcionaba la Escuela de Formación Artística y Cultural, espacio en el que la comunidad desarrollaría actividades artísticas y lúdicas, finalidad para la cual había sido construida.

A la fecha de expedido el pliego de cargos, la obra se encontraba en ruinas y en total abandono.

ANTECEDENTES

1. Identidad del procesado

JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, identificado con la cédula de ciudadanía 4.881.088 de Acevedo (Huila), nacido el 17 de junio de 1955 en Acevedo, edad actual 65 años, hijo de Dagoberto Cárdenas y María Helena Chávez, estado civil casado con Carla Margarita Covalada Ramírez, padre de cinco hijos, profesión ingeniero civil, reside en la Calle 25 n.º 2A Este 04 Condominio Katati del municipio de Chía (Cundinamarca).

2. Actuación procesal

Dio inicio a esta actuación la compulsación de copias procedente de la Fiscalía Once Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Neiva, en el proceso que adelantó contra Orlando Enrique Figueroa Villamil, representante legal de la empresa "Figueroa Trujillo y Cía S. en C", por un posible detrimento patrimonial en la ejecución del contrato de obra pública n.º 041, del 13 de noviembre de 2001.

Adelantada la indagación preliminar, la Fiscalía Segunda Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en resolución de 15 de noviembre de 2013, dispuso la apertura de instrucción y la vinculación mediante indagatoria del ingeniero JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, para entonces Gobernador del Departamento del Huila, diligencia en la que le formuló los cargos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

El 30 de septiembre de 2014, la Fiscalía resolvió la situación jurídica al imponer en contra del ex gobernador medida de aseguramiento no privativa de la libertad en calidad de presunto autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, al tiempo que se abstuvo de imponerla respecto del punible de peculado por apropiación.

3. De la resolución de acusación

El 31 de julio de 2015, la Fiscalía Segunda Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del otrora gobernador del Huila, JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, como presunto autor responsable, a título de dolo, del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales tipificado en el artículo 410 del Código Penal y, precluyó la investigación por el punible de peculado por apropiación.

En cuanto al *aspecto objetivo* de la conducta, atribuyó al sindicado CÁRDENAS CHÁVEZ, haber inobservado los requisitos legales esenciales precedente a la suscripción del contrato de obra pública n.º 041 de 2001, en cuanto que se debieron efectuar estudios previos que indicaran la necesidad de la obra, los análisis de las diferentes alternativas para satisfacerla, entre otros aspectos, que permitieran obtener los elementos objetivos en punto a determinar las características de la obra a realizar, el cumplimiento de los fines para la cual sería construida y las condiciones para la selección del contratista, empero la prueba recaudada -tan solo un diseño o plano del kiosco-, decantan su inexistencia y, reflejan la

improvisación con la que este se desarrolló.

Sostuvo, que tal afirmación encontró soporte en el informe de policía judicial del 23 de enero de 2012, en el que se inspeccionó la obra y sobre el cual señaló: *“respecto de la cantidad de obra se dijo que el kiosco se construyó conforme a lo establecido en el contrato n.º 041 de 2001. No obstante, presento la falla estructural que permitió que la cubierta colapsara en dos ocasiones. La primera vez corregida por el contratista y en la segunda el contratista argumentó que la falla técnica se debió a las “falencias en el diseño y no realizó reparación alguna”, la obra quedó derruida y en deterioro”*.

Concluyo, la acusación, que el haber celebrado el contrato de obra pública n.º 041 de 13 de noviembre de 2001, sin la elaboración de estudios previos de prefactibilidad y conveniencia, los que no podrían consistir en un plano o diseño elaborado por quien luego se le adjudicó el contrato; evidencian una inadecuada planeación y una flagrante vulneración de los principios de economía y transparencia.

Requisito que no verificó cuando lo suscribió, en tanto, que no solo pasó por alto los estudios técnicos, sino que no fijó los parámetros bajo los cuales serían evaluadas las propuestas para la selección objetiva del contratista, limitándose a la entrega de las cantidades de obra a cotizar y, al requerimiento en el que indicaran el plazo de construcción y la forma de pago.

La ausencia de estos presupuestos conllevó a que la obra contratada colapsara en dos ocasiones por fallas

constructivas en la cubierta, dejando entrever la improvisación con la que se realizó, sumado al hecho de que la selección del contratista recayó en la firma Figueroa Trujillo y Cía, representada legalmente por el arquitecto Orlando Enrique Figueroa Villamil, quien con el ánimo de “colaborar” meses atrás había elaborado el plano del kiosco.

No le atribuyó irregularidades relacionadas con la liquidación del contrato N° 041, por cuanto el burgomaestre logró demostrar que no tuvo conocimiento del acta final de obra del 15 de noviembre de 2002, en la que se dejó constancia de las fallas técnicas que presentó la construcción, razón por la que lo exoneró de responsabilidad penal en dicho aspecto.

En lo que corresponde al *aspecto subjetivo*, señaló que el ex gobernador, profesional en ingeniería civil, suscribió el contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales a sabiendas de la inexistencia de los estudios previos aun así lo formalizó. Se atuvo tan solo a un plano arquitectónico siendo que, por su conocimiento, sabía de antemano que dichos análisis resultaban indispensables para establecer no solo la necesidad de la obra a contratar, sus características y las alternativas para satisfacerla, sino que con estos se garantizaría el éxito del proceso de selección y la construcción de una obra consistente y firme que cumpliera con los fines para la cual se realizaría.

Para la Fiscalía no fue de recibo la explicación que brindó frente a su proceder, en cuanto a que la normatividad vigente para la época de los hechos no regulaba dicho

aspecto, siendo que el artículo 2° Decreto 855 de 1994 remitía a los artículos 23 y 24 de la Ley 80 de 1993 y 209 de la Constitución Política, en tanto, estaba en la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos legales del contrato antes de su formalización, como lo demanda el artículo 26-5° de la normatividad de contratación estatal.

Tampoco aceptó la exculpación que dio en su primera salida procesal, referente a que los documentos que pasaron a su despacho fueron elaborados por otras instancias, pretendiendo con ello salvar su responsabilidad, cuando la jurisprudencia de esta Corte ha decantado que el servidor público que suscribe un contrato no puede justificar su actuar en principios como el de la confianza legítima, pues este no lo excluye de su deber de vigilancia frente al desempeño de todos los que intervienen en la fase de, trámite, adjudicación, suscripción, ejecución y liquidación del contrato.

En lo concerniente al delito de peculado por apropiación lo precluyó. Pese a las irregularidades advertidas *ut supra*, consideró que los informes de los investigadores judiciales permitieron establecer que la construcción se llevó a cabo en su totalidad, que las cantidades de obra ejecutada corresponden con los ítems del contrato liquidado en el acta del 16 de diciembre de 2002 y, debido al tiempo transcurrido, fue imposible determinar los sobrecostos en la construcción del kiosco.

Al resolver el recurso de reposición, ratificó el pliego de cargos y ordenó la remisión de la actuación a la Sala Penal de

la Corte Suprema de Justicia.

4. Actuación ante la Corte

4.1. El 8 de agosto de 2016, la Sala de Casación Penal llevó a cabo la audiencia preparatoria, en ese escenario negó la prescripción de la acción penal propuesta por la defensa del acusado JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ; decretó las pruebas pedidas por la Fiscalía de oficiar a la Secretaría General del Departamento del Huila, a efecto de que certificara si el acusado laboró como Secretario de Obras Públicas del ente territorial y si fue diputado de la Asamblea Departamental.

Accedió a la ampliación de los testimonios de Gerardo Aldana García, Jairo Ernesto Paredes Guerrero, Raúl Rivera Cortés y Orlando Enrique Figueroa Villamil, así como a las declaraciones de Diana Patricia Ramírez Rojas e Iván Bustamante Alarcón que pidió la defensa.

Como pruebas de oficio dispuso la designación de un perito experto en contaduría pública adscrito al Cuerpo Técnico de Investigación CTI, con miras a que estableciera si con la conducta punible se causaron perjuicios materiales y morales; oficiar a las autoridades que administran bases de datos para determinar si en contra del acusado obran antecedentes penales, fiscales y disciplinarios; y a la Oficina de Recursos Humanos de la Gobernación del Huila para obtener el extracto de la hoja de vida del procesado.

Así mismo, ordenó los testimonios de José Luis Díaz Polania, Eduardo Cuenca Andrade, Marilín Conde Garzón, Jaime Hernán Quintero Quiroga, Juan Carlos Medina Robles, y la ampliación de la declaración de Fernando Antonio Torres Restrepo.

4.2. El perito designado por el CTI, determinó el daño emergente, a la fecha de entrega de la obra en \$37.365.849.42, pero no evaluó el lucro cesante por no contar con los elementos de juicio necesarios para establecerlo¹.

4.3. El 2 de agosto de 2018, en virtud del Acto Legislativo n.º1 del 18 de enero y del acto administrativo PCS5A-11037, del 5 de julio de esa misma anualidad, esta Sala asumió la competencia para conocer la presente actuación.

4.4. El 7 de julio del año 2020, se concedió al procesado JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ la revocatoria de la medida de aseguramiento no privativa de la libertad, por cuanto, para el periodo de 2001-2003 en el que fungió como gobernador del departamento del Huila, estas no existían.

4.5. La vista pública se llevó a cabo el 1º de febrero de la corriente anualidad. La síntesis de las alegaciones es la siguiente:

¹ Cfr. Informe de Policía Judicial DI-GCSJ-9-80250/9-80251 de 27 de septiembre de 2016 a folio 117 y ss. c. o. Corte núm. 1.

De la Fiscalía 2ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

Solicitó condenar al procesado JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ por el cargo endilgado en la resolución de acusación.

Afirmó que probó en grado de certeza los elementos estructurales del tipo penal de *celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales*. En cuanto a la tipicidad objetiva de la conducta, manifestó que acreditó la calidad de servidor público del acusado JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, con las certificaciones que expidió la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Gobernación del Departamento del Huila, en las que consta que, para la época de los hechos, fungió como gobernador del departamento del Huila, cargo para el cual fue elegido por elección popular.

En tal calidad y en ejercicio de sus funciones, sostuvo que, el burgomaestre el 13 de noviembre de 2001 suscribió con el representante legal de la empresa Figueroa Trujillo & Compañía S.A, el contrato de obra pública n.º 041, cuyo objeto era la construcción de un Kiosco en la Plaza La Libertad del municipio de Tello (Huila), tal y como lo evidencia dicho documento en su contenido y, que lo hizo, sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, en la medida que desatendió lo establecido en materia contractual en la Ley 152 de julio 15 de 1994 y el Decreto 855 del mismo año, marco normativo vigente para la fecha de formalización.

De igual forma, contrarió lo previsto en los artículos 209 de la Carta Política y 23 de la Ley 80 de 1993, por trasgredir los principios de transparencia (art. 24), economía (art. 25), y responsabilidad (art. 26), tal y como en argumentos sucesivos expuso.

En primer lugar, alega, se quebrantó el principio de economía por incumplimiento del deber de planeación. Sobre este punto, la delegada de la Fiscalía indica que: (i) No existió proyecto de conveniencia y necesidad para la construcción del Kiosco, *contrario sensu*, lo que sí existió fue un plano diseñado por el arquitecto Orlando Enrique Figueroa Villamil y una Ficha de Radicación de Proyectos de Inversión EBI del 4 de octubre de 2000.

Empero, agrega la Fiscalía, más allá de la existencia de esos documentos, estos no se pueden equiparar al proyecto de conveniencia y necesidad de la obra, razón por la cual, no hubo planeación en el proceso de selección del contratista y, en ultimas, en la suscripción del contrato. (ii) Si bien es cierto que la normatividad vigente para el momento de la celebración del contrato no exigía la rigurosidad del Decreto 2170 de 2002, no puede desconocerse que el deber de planeación ya irradiaba todo proceso contractual, aun los que se perfeccionaran bajo la modalidad de contratación directa.

En tal virtud, concluye, se inobservó lo dispuesto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Seguidamente, arguye, se transgredió el principio de transparencia por inobservancia del deber de selección

objetiva, toda vez que, según su criterio, se adjudicó y celebró el contrato habiéndose direccionado el proceso contractual en favor del proponente que finalmente fue seleccionado. A su modo de ver, ello es así porque se desconoce qué aspectos se tuvieron en cuenta para adjudicar la obra a Orlando Figueroa Villamil, habida consideración de que el proceso contractual carece de estudios que indiquen características diferenciadoras que hagan del contratista Figueroa Villamil la mejor opción contractual, atendiendo a su experiencia, idoneidad, responsabilidad y comportamiento como contratista.

En tercer término, afirma que el gobernador transgredió el principio de responsabilidad, contenido en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, que señala la obligación de los servidores públicos de buscar el cumplimiento de los fines de la contratación.

A su turno, destaca que se acreditó ampliamente la tipicidad subjetiva y que el principio de confianza, con el que la defensa pretende establecer que no tiene ninguna responsabilidad porque delegó todo en la Secretaría de Cultura, no puede ser acogido ya que no hubo delegación, pues es tan así, que el propio ex gobernador fue quien hizo la invitación y el trámite, firmó la selección, la adjudicación y, fuera de eso suscribió el contrato.

Agrega, que los recursos públicos invertidos en la construcción del Kiosco se malograron y la antijuridicidad del comportamiento del señor CÁRDENAS, por la inobservancia de los principios está claramente establecida. Asevera, que el

señor CÁRDENAS atendiendo a su calidad de funcionario público y de ingeniero, tenía la capacidad de entender y comprender la ilicitud de su conducta, y de forma arbitraria e irresponsable dirigió su voluntad en ese sentido.

Así las cosas, concluye que, el juicio de reproche es completo, por tanto, insiste en que se declare a JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ penalmente responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

De la Procuradora 2ª Delegada para la Investigación y Juzgamiento Penal.

Expresó que es menester variar la postura inicialmente asumida por el Ministerio Público al término de la etapa instructiva, en tanto que, contrario a lo que ocurrió en aquel estadio procesal, en la etapa de juzgamiento no sobrevino evidente que el ex gobernador del departamento de Huila, JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, haya actualizado la descripción típica del artículo 410 del Código Penal, máxime cuando los medios de prueba –concretamente los testimonios decretados y practicados en el discurrir del juicio- así lo revelan.

Destacó que de lo manifestado por Orlando Enrique Figueroa –contratista-, Raúl Rivera Cortes –secretario de cultura- y, en especial, Fernando Antonio Torres Restrepo –interventor-, es patente que: (i) Si bien es cierto los planos del Kiosco, en principio, no fueron accesibles al interventor, no es menos cierto que, finalmente, sí fueron puestos a su disposición; (ii) Que el objeto del contrato 041 del 13 de

noviembre de 2001 se cumplió a cabalidad, pues así lo denota un concepto favorable emitido por el antedicho interventor; (iii) Que si bien es cierto el interventor consignó en el acta final de recibo de obra la exigencia consistente en que el contratista debía efectuar procedimientos correctivos para garantizar la plena y absoluta utilización, también lo es que el contratista ejecutó dichas mejoras de carácter correctivo, incluso, más allá de lo sugerido por el interventor, lo cual demuestra la idoneidad y responsabilidad del contratista; (iv) Que el colapso que sufrió la obra es producto exclusivo del mantenimiento que no se ejerció sobre aquella; y, (v) Que la obra no fue recibida por la Alcaldía de Tello por razones estrictamente políticas, asociadas a resquemores del señor alcalde respecto del entonces gobernador JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ.

Con todo, colige que si el objeto del contrato 041 del 13 noviembre de 2001 se satisfizo a cabalidad y si el colapso de la obra obedeció a razones exógenas al contrato en sí mismo, ligadas a la falta de mantenimiento de la estructura construida; no hay lugar a condenar por el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y, por consiguiente, solicita se profiera sentencia absolutoria en favor del ex gobernador del departamento de Huila, JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, por ausencia absoluta de los requisitos exigidos por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, para la imposición de sentencia condenatoria.

Del apoderado del Departamento del Huila

Se circunscribe a lo manifestado y solicitado por la Fiscalía General de la Nación. En su criterio, en el contrato de obra pública 041 de 2001 se faltó a los principios de economía, legalidad y planeación, en los términos expuestos por la Fiscalía.

Adujo que es nula la planeación del contrato de obra cuestionado y que el principio de economía, así como el de legalidad, no fueron observados, toda vez que no existió un estudio previo que determinara las condiciones contractuales que iban a orientar su celebración. En consecuencia, aspira a que la Corte profiera sentencia condenatoria, en consideración a las razones expuestas por la Fiscalía y que él respalda en su integralidad.

De la defensa material

Afirmó que no están dadas las condiciones para predicar responsabilidad penal en su contra por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en la medida en que, en su sentir, procedió lícitamente y cumplió con los requisitos legales esenciales del contrato n.º 041 del 13 de noviembre de 2001.

Afirma que las indagaciones desplegadas por la investigadora del CTI, Diana Patricia Ramírez, quien en su informe se limitó a aseverar sobre lo que a sus oídos expresaron algunos funcionarios de la Alcaldía de Tello, no tienen entidad suficiente para concluir que la estructura del

Kiosco presentó fallas de orden estructural, ya que la investigadora no realizó un estudio estructural serio, ni tenía memorias de cálculo que le hubieran permitido definir dicha situación.

Soportado en algunas de las declaraciones recibidas en el proceso, advierte que la falla que sufrió la estructura del Kiosco está íntimamente ligada a la falta de mantenimiento. Agrega que, frente a él, existió malquerencia constante de parte de José Faryd Gómez Rubiano –alcalde del municipio de Tello-, quien movido por desacuerdos de índole político, se rehusó a recibir la obra a la Gobernación del Departamento de Huila, pero posteriormente, en su condición de ex alcalde, sí estaba interesado en que el municipio recibiera la obra.

Solicitó su absolución.

De la defensa técnica

Expuso un bosquejo que condensa lo esencial de sus alegaciones escritas. En tal propósito, señaló que es absolutamente claro que la Corte debe dictar sentencia absolutoria, por cuanto, a su juicio, existe certidumbre acerca de que ningún reproche puede hacerse a la conducta desplegada por el ex gobernador de Huila, JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ.

Recordó que el contrato n.º 041 de 2001 estaba gobernado por lo dispuesto en el Decreto 855 de 1994. Con base en esa normatividad, insistió, se cumplieron en estricto sentido los requisitos esenciales exigidos para la tramitación

de la tipología contractual que se adelantó en el *sub examine*, esto es, la contratación directa.

Aunado a lo anterior, enfatizó que debe tenerse en cuenta que el reproche basilar que siempre realizó la Fiscalía gira única y exclusivamente en torno a la inobservancia del principio de planeación de la contratación estatal, por lo que no es de recibo que en la cúspide del proceso el ente acusador formule cuestionamientos acerca del principio de selección objetiva y del origen de los recursos con los cuales se apalancó el presupuesto del contrato n.º 041 de 2001.

Subrayó que, de lo manifestado al unísono por los testigos practicados en el proceso, se consolida situación favorable a la pretensión de absolución del ex gobernador CÁRDENAS CHÁVEZ, pues común denominador de las declaraciones recibidas es que ninguna degenera en señalamientos en contra del mencionado ex gobernador.

Exhortó a la Corte para que valore con especial ahínco el testimonio de la perito Diana Patricia Ramírez Rojas, funcionaria del CTI que presentó el informe 4167235 de enero 23 de 2012, toda vez que, en su criterio, del testimonio de la funcionaria del CTI se colige que ella, al margen de que no realizó un estudio técnico que diera cuenta de que el Kiosco colapsó por fallas estructurales adjudicables a la ausencia de estudios previos, elaboró su informe con base en una mera inspección ocular practicada 10 años después de construida la obra y en consideración a los comentarios que escuchó de los habitantes del municipio de Tello.

De tal suerte, puntualizó que el planteamiento axial de la tesis defensiva consiste en que el Kiosco si bien con el transcurrir del tiempo no prestó la utilidad para la cual fue concebido primigeniamente y en la actualidad se encuentra absolutamente deteriorado, ello es producto del mantenimiento que dejó de ejercerse sobre aquel, entre otras cosas, fruto de la desidia y renuencia de la administración municipal de Tello para recibir la obra, que, según su juicio, estaba determinada por los desafectos políticos que tenía el alcalde de la época respecto del entonces gobernador.

Adujo que en ningún caso la circunstancia de colapso y abandono del Kiosco está atada a la ausencia de estudios previos o de prefactibilidad, máxime cuando, en su entender, quedó demostrado en el proceso que, a pesar de que no existe un documento de estudios previos propiamente dicho, estos sí fueron realizados, precisamente porque el proceso contractual superó sin dificultad todos los filtros y controles de legalidad que el ex gobernador había radicado en las Secretarías y Dependencias concernientes, en virtud del principio de confianza.

Siguiendo esa línea argumentativa, precisó que invoca el principio de confianza no para que en función de este sea absuelto su defendido, sino para ilustrar que al interior de la Secretarías y Dependencias de la Gobernación, se establecieron suficientes controles para que no se incurriera en alguna irregularidad contractual y que el ex gobernador lo que hizo fue adjudicar el contrato con la plena conciencia de que esos filtros se habían superado satisfactoriamente.

Por lo que expuso, concluyó, se impone necesario resolver el caso en favor del ingeniero JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ y, por consiguiente, se debe dictar sentencia absolutoria.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

No obstante, que el acusado JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ ya no ocupa el cargo de Gobernador del Departamento del Huila, la Sala es competente para conocer de esta causa, en razón a que la conducta por la cual lo acusó la Fiscalía General de la Nación guarda relación con las funciones desempeñadas para la época de los hechos, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 3° del Acto Legislativo No. 001 de 2018, modificadorio del 235-5 de la Constitución Política.

2. Requisitos para condenar

Al tenor de lo normado por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, solo es posible proferir sentencia condenatoria cuando las pruebas transmitan al fallador la certeza sobre los elementos de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.

La legislación reclama, además, que el acervo probatorio deba ser ponderado en su integralidad de cara a los postulados de la sana crítica, esto es, la lógica, las máximas de la experiencia y de las ciencias, y los conocimientos

científicamente afianzados, asignándole siempre razonadamente a cada medio de prueba, el mérito que conforme a lo anterior le corresponda, a fin de determinar las condignas consecuencias jurídicas².

Presupuestos que en este caso concurren, como con acierto lo pregonan la Fiscal Delegada y el representante de la Gobernación, ya que la ponderación de los medios de prueba conduce a la Sala a la convicción sobre la presencia de las categorías del ilícito atribuido al aforado y de su responsabilidad, como se explica a continuación:

3. Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

La Fiscalía 2^a Delegada ante esta Colegiatura acusó al procesado por la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, vigente para la época de los hechos³, a título de autor.

El tipo penal atribuido se encuentra descrito en el Código Penal, así:

"ARTÍCULO 410.- CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES. *El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones*

² Cfr. art. 238 L. 600 de 2000.

³ Noviembre de 2001. Antes de la Ley 890 de 2004.

públicas de cinco (5) a doce (12) años.

El supuesto de hecho descrito encierra el actuar de un servidor público que entre sus atribuciones deba intervenir en el proceso de contratación, y haya incumplido los presupuestos sustanciales en el trámite o liquidación, u omitido verificar su concurrencia en las etapas de trámite, celebración o liquidación⁴, quedando al margen de protección la etapa de ejecución que no comporta reproche penal⁵.

La tramitación, en sentido estricto, corresponde a la fase precontractual, comprensiva de los pasos que la administración debe seguir desde el inicio del proceso hasta la celebración del contrato. Celebrarlo significa *formalizar* el convenio para darle nacimiento a la vida jurídica, a través de las ritualidades legales esenciales. Mientras la liquidación es una actuación administrativa posterior a la terminación del contrato, por cuyo medio las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto derivado de su ejecución⁶.

Encierra dos modalidades alternativas de ejecución: la primera, incumplir los presupuestos legales sustanciales en el trámite, lo que involucra todos los pasos hasta su celebración y, la segunda, omitir la verificación del cumplimiento de los

⁴ Cfr. CSJ SP-18532-2017, rad. 43263; reiterada en CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

⁵ Esta tesis fue acogida por la jurisprudencia de la Sala (CSJ SP 20 may. 2003, rad. 14.669) y, desde entonces, ha venido siendo reiterada (recientemente, cfr. CSJ SP 23 nov. 2016, rad. 46.037 y SP, 24 mayo 2017, rad. 49.819).⁵ Por expresa disposición legal, la mencionada conducta se limita a las fases de tramitación, celebración, o liquidación.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 3ª, Sub. B, sent. 29.02.2012, exp. 19.371.

condicionamientos legales para su perfeccionamiento, incluso los concernientes a la fase precontractual y los relacionados con la liquidación⁷.

De esta forma la ley distinguió la conducta ejecutada por los servidores públicos competentes para tramitar el contrato, de la que cumple el representante legal o el ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación⁸.

La primera modalidad alude al trámite del contrato sin observar los requisitos legales esenciales, en tanto que en la restante el contenido de la prohibición se hace consistir en no comprobar el acatamiento de las exigencias legales esenciales en dichas fases al momento de firmarlos. Distinción fundamentada en la forma desconcentrada como actualmente se cumple la función pública en las entidades estatales⁹.

Es decir, a través de esta figura las etapas previas y de ejecución están asignadas al personal de nivel ejecutivo y las de celebración y liquidación al ordenador del gasto. Labor que éste ejecuta verificando el cumplimiento de las formalidades legales en la etapa previa, por ser el funcionario autorizado por la Carta Política y la ley para disponer de los recursos del ente territorial¹⁰.

Los artículos 12¹¹ y 25-10 de la Ley 80 de 1993¹²,

⁷ Cfr. *Ibidem*. Reiterado en CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

⁸ Cfr. *Ibidem*.

⁹ Cfr. *Ibidem*.

¹⁰ Cfr. CSJ SP18532-2017, rad. 43263; reiterada en CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

¹¹ **ARTÍCULO 12. DE LA DELEGACIÓN PARA CONTRATAR.** <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones ~~o concursos~~ en los

preceptúan que los jefes y representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos con sujeción a las cuantías señaladas en las respectivas juntas y consejos directivos, y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. En todo caso, la delegación y desconcentración no deriva en ausencia de responsabilidad del encargado de la contratación¹³, pues la función de adjudicación está a su cargo¹⁴.

En relación con el ingrediente normativo *requisitos esenciales*, no cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de leyes aplicables a la contratación estatal realiza el tipo objetivo de contrato sin

*servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> <Inciso adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual. **PARÁGRAFO.** <Parágrafo adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.*

¹² **ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA.** *En virtud de este principio: [...].*

10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento.

¹³ La Ley 489 de 1998 define las figuras de delegación y desconcentración en el entorno de la organización y funcionamiento de las entidades estatales, como la transferencia de funciones de un órgano o cargo a otro, ocurrida por regla general al interior de la misma entidad. En la delegación, la transferencia se realiza únicamente por el titular de la función a través de un acto administrativo expreso, a veces de manera general otras de manera específica, para lo cual debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia. Sobre la desconcentración determina que la atribución de competencia se realiza directamente por el ordenamiento jurídico y se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía, transfiriendo en forma exclusiva, es decir, la competencia debe ser ejercida por el órgano desconcentrado y no por otro y el superior no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal. *Cfr.* CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

¹⁴ *Cfr.* CSJ SP4413-2019, rad. 55967; reiterada en CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

cumplimiento de requisitos legales. El quebrantamiento de la legalidad en las fases de tramitación, celebración o liquidación del contrato ha de recaer sobre aspectos *sustanciales*, cuya desatención comporta la ilicitud del proceso contractual, basada en el quebranto de alguna o varias máximas que deben regir la contratación estatal, en tanto concreción de la función administrativa¹⁵.

A fin de identificar cuáles requisitos pertenecen a la *esencia* del contrato estatal ha de acudirse, *entre otros criterios*, a los postulados rectores del Estatuto de Contratación Estatal, como son los de planeación, economía, responsabilidad, transparencia y deber de selección objetiva, contenidos en el artículo 209 de la Carta Política, en la Ley 80 de 1993¹⁶, normativa aplicable a la fecha de los hechos, y en las disposiciones que la desarrollan¹⁷.

Lo anterior deviene de una interpretación constitucional y sistemática con los valores y fines del Estado. Según el preámbulo y el artículo 2º de la Carta corresponde al Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en su texto¹⁸.

Así mismo, el mandato superior (canon 209) prescribe que, la función pública está al servicio del interés general, la cual se debe desarrollar con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad,

¹⁵ Cfr. CSJ SP513-2018, rad. 50530

¹⁶ Al respecto CSJ SP4463-2014, reiterado en CSJ SP, 25 sep. 2013, rad. 35344; CSJ SP15528-2016, rad. 40383; y, CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

¹⁷ Cfr. Entre estas, el Decreto 855 de 1994

¹⁸ Cfr. CSJ SP15528-2016, rad. 40383; reiterada en CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones¹⁹.

Se desprende de los artículos 1° y 2° de la Carta Política y 3° de la Ley 80 de 1993, que la contratación administrativa es una función pública al servicio del interés común, por lo tanto, sujeta a los fines esenciales del Estado y sus trámites regidos por tales principios²⁰.

De otro lado, los artículos 1²¹, 3²², 23²³, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, disponen que el estatuto de la contratación pública tiene por objeto diseñar las reglas y principios que rigen la contratación de las entidades estatales²⁴.

En otras palabras, tal preceptiva indica el marco jurídico de los procesos contractuales a observar por los servidores públicos al tramitar y celebrar los contratos, siendo razón fundamental para que en su ejecución las entidades cumplan no solo los fines estatales sino la eficiente prestación de los servicios públicos a la comunidad, y garanticen los derechos e

¹⁹ Cfr. CSJ SP15528-2016, rad. 40383; reiterada en CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

²⁰ Cfr. CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

²¹ **ARTÍCULO 1o. DEL OBJETO.** *La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.*

²² **ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.** *Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, [...], colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.*

²³ **ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES.** *Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.*

²⁴ Cfr. CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

intereses de los administrados²⁵.

Esto, por tratarse de un organismo estatal involucrado en el negocio jurídico, que debe ceñirse a las normas que regulan los procedimientos y a los parámetros para garantizar los principios de legalidad, economía, transparencia, selección objetiva y aquellos que rigen la función administrativa, en virtud de la Ley 80 de 1993. De manera que su acatamiento constituye un requisito esencial de los contratos estatales.

El **principio de planeación** debe irrigar todas las fases contractuales, mecanismo con el cual se impide la improvisación pues prevé una gestión preventiva del daño antijurídico, lo cual refleja la importancia del establecimiento de criterios de selección, definición de las partidas presupuestales, diseños, pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado²⁶.

El Consejo de Estado, ha sostenido sobre el particular:

«El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la

²⁵ Cfr. *Ibidem* El principio de planeación se encuentra consagrado en los artículos 25-7; 26-3; y, 30-1 de la Ley 80 de 1993.

²⁶ Cfr. *Ibidem*.

más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden^{27.}»

De ahí la importancia de la selección del contratista, la celebración de los correspondientes contratos respetando el régimen jurídico a aplicar; su ejecución y posterior liquidación deben estar ajenos a la improvisación, ser el resultado de una tarea programada y planeada que permita regir la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden, diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado²⁸.

Por su parte, el **principio de transparencia** (artículo 24 de la Ley 80 de 1993²⁹), resguarda la imparcialidad y la selección objetiva del contratista, en consecuencia, su escogencia por regla general debe hacerse mediante licitación pública, salvo los casos previstos en la norma³⁰.

Quiere decir lo anterior que, el principio de transparencia está ligado al de selección objetiva, del cual deriva que la elección del contratista debe obedecer a razones de interés general asegurando la oferta más favorable para la entidad, dejando de lado criterios subjetivos como la amistad,

²⁷ Cfr. CE 070012331000199900546-01, 28 mayo 2012, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Citada en CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

²⁸ Cfr. CE 15001233100019880843101-8031. 5 junio de 2008, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Citada en CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

²⁹ **ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.** *En virtud de este principio: [...] 8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.*

³⁰ Cfr. C.E. 15234, 29 de agosto de 2007, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Cfr. CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

la conveniencia o el interés político³¹.

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993, determina las excepciones para apartarse de la licitación o concurso públicos, entre ellas la menor cuantía, establecida de acuerdo con los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos legales mensuales y los contratos para la prestación de servicios en salud³².

Para el caso de estos últimos, si bien la administración tiene la posibilidad de celebrar este tipo de contratos sin acudir a licitación o concurso público, esa libertad no es absoluta toda vez que en la selección del contratista se deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y, en especial, el deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993³³.

Es decir, la contratación directa está sujeta al cumplimiento de requisitos y procedimientos³⁴, razón por la cual, de acuerdo con los artículos 2° y 3° del Decreto 855 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, se requiere la obtención previa de por lo menos dos ofertas, solicitadas en forma verbal o escrita con la información necesaria del contrato, evento en el cual el jefe o representante de la

³¹ Cfr. CSJ SP, 26 mayo 2010, rad. 30933; reiterado en CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

³² Para la fecha de los hechos, estaba vigente el numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, literal l) que disponía: «1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: «[...] l) Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios». Este canon fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

³³ Cfr. CSJ SP3963-2017, rad. 40216.

³⁴ Cfr. C.E. 15234. 29 de agosto de 2007, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

entidad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, garantizará el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y, en especial, el deber de selección objetiva³⁵.

En relación con lo anterior, de especial relevancia resulta el **principio de economía**, del cual se extrae, entre otras, la exigencia de contar con estudios o análisis de conveniencia y oportunidad debidamente documentados, que justifiquen la necesidad del contrato y sus posibilidades de realización. Ello es manifestación directa de la máxima de planeación, que debe ser atendida en todos los procesos contractuales³⁶.

La observancia del principio de planeación, ha dicho la Sala de Casación Penal (CSJ SP 09 feb. 2005, rad. 21.547 y SP 10 oct. 2007, rad. 26.076), resulta ser un requisito de la esencia de los contratos estatales, según dimana del art. 25 num. 12 de la Ley 80 de 1993. Conforme a esta última norma, la administración está obligada a realizar los estudios, diseños y proyectos requeridos, así como a elaborar los pliegos de condiciones con antelación al procedimiento de selección del contratista o a la firma del contrato³⁷.

Refiriéndose con las manifestaciones que en la contratación pública tiene el deber de planeación, inherente al principio de economía, el Consejo de Estado se ha manifestado en los siguientes términos:

En virtud del mismo resulta indispensable que la entidad estatal

³⁵ Cfr. CE 2500023260001995-00867-01 (17767), 31 de enero de 2011, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Cfr. Reiterado en CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599. Cfr. CSJ AP 25 septiembre 2013, rad. 42276.

³⁶ Cfr. CSJ SP513-2018, rad. 50530.

³⁷ *Ibidem*

elabore, antes de iniciar un procedimiento de selección contractual, los estudios y análisis suficientemente serios y completos, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.

Puede concluirse, entonces, que la realización de un análisis de conveniencia y oportunidad, así como su documentación previa a la celebración del contrato, constituyen requisitos de orden esencial de la tramitación del mismo, por ser aplicables al proceso de selección del contratista. Representan un desarrollo preponderante del principio de economía y su corolario de planeación (art. 25 num. 7º y 12 de la Ley 80 de 1993), que en todo caso deben articularse con los principios de transparencia (art. 24 *ídem*),

responsabilidad (art. 26 *ídem*) y selección objetiva (art. 29 *ídem*), a fin de que la facultad conferida por disposición legal a la administración para celebrar contratos, no se torne en arbitrariedad y vicie la legitimidad del proceso contractual, por desconocer las finalidades de la función administrativa.

De suerte que si un contrato estatal por vía directa, se celebra *sin estar precedido* del respectivo análisis o estudio de conveniencia y oportunidad, se incumple un requisito esencial. Y esto realiza objetivamente el tipo penal previsto en el art. 410 del CP.

Delegación, desconcentración y principio de confianza en materia contractual

En la administración pública es imposible que el ordenador del gasto pueda realizar todo el proceso contractual, razón por la cual la ley establece la posibilidad de adelantarlos en conjunto con diferentes órganos en una relación concatenada de trámites³⁸ a través de las figuras de delegación³⁹ y desconcentración⁴⁰, regladas en la Ley 489 de

³⁸ Cfr. CSJ SP, 7 julio 2010, rad. 28508.

³⁹ **ARTÍCULO 8°. DESCONCENTRACIÓN ADMINISTRATIVA.** *La desconcentración es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones.*

PARAGRAFO: *En el acto correspondiente se determinarán los medios necesarios para su adecuado cumplimiento.*

Los actos cumplidos por las autoridades en virtud de desconcentración administrativa solo serán susceptibles del recurso de reposición en los términos establecidos en las normas pertinentes.

⁴⁰ **ARTÍCULO 9°. DELEGACIÓN.** *Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.*

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y

1998.

La delegación es la posibilidad de transferir competencia, no la titularidad de la función. Se perfecciona con la manifestación positiva del funcionario delegante de su intención de hacerlo a través de un acto administrativo motivado, en el que determina si su voluntad de delegar la competencia es limitada o ilimitada en el tiempo, o general o específica⁴¹. La transferencia se realiza a través de un acto administrativo expreso, debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede siempre y en cualquier momento reasumirla. Procede cuando hay relación de subordinación entre delegante y delegatario⁴².

Existe un vínculo funcional especial y permanente entre el delegante y el delegatario para el ejercicio de las atribuciones encargadas. Especial en cuanto surge a partir del acto de delegación de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que exista entre ellos, y permanente mientras esté activo el acto de delegación.

En virtud de tal relación, el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario, y revocar el acto de delegación, particularidades que se desprenden del principio de unidad

autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

Parágrafo. *Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.*

⁴¹ Cfr. CC C-372-2000.

⁴² Cfr. *Ibidem*.

de acción administrativa, de la aplicación de los principios de la función administrativa a que hace referencia el artículo 209 de la Carta, y del deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al jefe de la entidad u organismo estatal⁴³.

Debe constar por escrito y a la autoridad delegante le asiste la obligación de informarse en todo momento sobre el desarrollo de las funciones otorgadas e impartir orientaciones generales sobre su ejercicio, tal como lo dispone el canon 10 de la Ley 489 de 1998.

Además, en principio exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponde exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Carta Política, el delegante pueda en cualquier momento reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo (artículo 11 *ibidem*⁴⁴).

Es decir, existe un poder de instrucción y dirección que puede ser ejercido por el delegante a través del mismo acto administrativo mediante el cual efectúa la delegación, o valiéndose de mecanismos o de decisiones posteriores, las cuales pueden tener clara incidencia en la forma en que el delegatario practica las competencias transferidas⁴⁵.

Si bien el artículo 211 superior establece que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, ello no significa que no lo haga por sus propias acciones u

⁴³ *Cfr. Ibidem.*

⁴⁴ Ley 489 de 1998.

⁴⁵ *Cfr.* CE, 31 octubre de 2007. Rad. 13503.

omisiones respecto a los deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento, las cuales serán fuente de responsabilidad cuando impliquen infracción a la Constitución y a la ley, por medio de la pretermisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los principios de la función administrativa⁴⁶.

Por esas razones en materia contractual el acto de la firma expresamente delegada no exonera de la responsabilidad civil y penal al agente principal⁴⁷, ya que no envuelve la transferencia o el traspaso de la competencia⁴⁸.

En lo que tiene que ver con la desconcentración, en particular, la atribución de competencia se realiza directamente por el ordenamiento jurídico, se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía, se transfiere en forma exclusiva, es decir, la competencia debe ser realizada por el órgano desconcentrado y no por otro, y el superior no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal.

En materia de responsabilidad existen diferencias. Es fundamental la demostración del aspecto subjetivo.

Como viene de verse, para determinar la responsabilidad por las actuaciones del delegante y del delegatario es insuficiente la comprensión del literal del artículo 211 de la Constitución Política, según el cual exime de responsabilidad

⁴⁶ Cfr. CC C-372-2000.

⁴⁷ Cfr. Ley 489 de 1998, artículo 11.

⁴⁸ Cfr. CC C-727-2000.

al delegante siendo del resorte exclusivo del delegatario, por cuanto una interpretación de esta índole soslaya los principios de unidad administrativa (moralidad, la eficacia, la igualdad o la imparcialidad C.P., art. 209 y CC C-372/02). Tampoco es admisible que el delegante responda siempre por las actuaciones del delegatario, por cuanto se abandonaría el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, ya que inexorablemente no puede responder por las decisiones de otros.

Para determinar su verdadero alcance es menester considerar otros principios constitucionales, en ese orden, la responsabilidad que deriva de la Carta Política es la del ejercicio del cargo sea por omisión o extralimitación de sus funciones, por consiguiente, cada uno responderá por sus decisiones y no por los actos de los demás. La delegación no constituye el medio a través del cual el titular de la atribución se desprende por completo de la materia delegada:

«Por el contrario, la delegación crea un vínculo permanente y activo entre delegante y delegatario, el cual se debe reflejar en medidas como las instrucciones que se impartan al delegatario durante la permanencia de la delegación; las políticas y orientaciones generales que se establezcan, en aplicación del principio de unidad de la administración, para que los delegatarios conozcan claramente y consideren en sus decisiones los planes, metas y programas institucionales; la revisión y el seguimiento a las decisiones que tome el delegatario y la oportunidad para que el delegante revoque el acto de delegación y despoje oportunamente de la calidad de delegatarios a quienes no respondan a las expectativas en ellos fincadas. Para ello, el delegante conservará y ejercerá las facultades que se le otorgan en razón de ser el titular del empleo al cual pertenecen las funciones que se cumplen por los delegatarios.

La delegación tampoco puede constituirse en el medio para evadir un régimen de prohibiciones ni de incompatibilidades que acompañe la actuación de los servidores públicos, ni para imponer indebidamente a los subalternos la toma de decisiones contrarias a derecho, con la convicción que la delegación los aísla o los protege de toda modalidad de responsabilidad. Es preciso tener siempre en cuenta que lo que busca la delegación es la eficacia, dentro de criterios de moralidad e imparcialidad, de la función administrativa (C.P., art. 209)⁴⁹ ».

Atenta, entonces, contra el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, el análisis aislado del contexto sin una interpretación sistemática de cara a otros principios y normas constitucionales, cobrando importancia la demostración del grado de participación dolosa en la irregularidad, bien sea por omisión o extralimitación de sus funciones.

Respecto a la desconcentración, el superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica, criterio que ha sido reiterado en las sentencias C-561-1999 y C-727-2000, sobre la constitucionalidad de los preceptos de la Ley 489 de 1998.

Ahora bien, la delegación y la desconcentración de funciones no se excluyen, porque ambas figuras tienen como propósito descongestionar los órganos superiores de la administración para facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, que se encuentran al servicio de los

⁴⁹ Cfr. CC-372-2000.

intereses generales de los ciudadanos⁵⁰.

En relación con la contratación pública, estas figuras están recogidas por los artículos 12 y 25-10 de la Ley 80 de 1993. El primero, prescribe que los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos; y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

El Decreto 679 de 1994,⁵¹ reglamentó dichos institutos, así:

«Artículo 7°.- De la desconcentración de los actos y trámites contractuales. De conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, los jefes o representantes legales de las entidades estatales podrán desconcentrar la realización de todos los actos y trámites inherentes a la realización de licitaciones o concursos para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los funcionarios de los niveles directivo, ejecutivo o sus equivalentes, teniendo en cuenta para el efecto las normas que rigen la distribución de funciones en sus respectivos organismos.

Para los efectos aquí expresados la desconcentración implica la atribución de competencia para efectos de la expedición de los distintos actos en los procedimientos contractuales de licitación o concurso por parte de los funcionarios antes enunciados, y no incluye la adjudicación o la celebración del contrato.

***Parágrafo.** Para efectos de determinar los funcionarios que corresponden a los niveles directivo, ejecutivo, asesor o sus equivalentes se tendrán en cuenta los criterios que establecen los artículos 4 y siguientes al Decreto-ley 1042 de 1978 y las disposiciones que lo desarrollan.*

Artículo 14.- DE LA DELEGACION DE LA FACULTAD DE

⁵⁰ Cfr. CC C-561-1999.

⁵¹ Cfr. Derogado por el Decreto 734 de 2012.

CELEBRAR CONTRATOS. En virtud de lo previsto en el artículo 25, numeral 10, de la Ley 80 de 1993, los jefes o representantes legales de las entidades estatales podrán delegar en los funcionarios que desempeñen cargos en los niveles directivo, ejecutivo o equivalentes, la adjudicación, celebración, liquidación, terminación, modificación, adición y prórroga de contratos y los demás actos inherentes a la actividad contractual en las cuantías que señalen las juntas o consejos directivos de las entidades. Cuando se trate de entidades que no tengan dichos órganos directivos, la delegación podrá realizarse respecto de contratos cuya cuantía corresponda a cualquiera de los siguientes montos: (...).»

Los artículos 12 y 14 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 679 de 1994, fueron subrogados por el Decreto – Ley 2150 de 1995:

«Artículo 37°.- De la delegación para contratar. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes».

Por su parte, la Ley 1107 de 2007 adicionó el artículo 12 citado:

«En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

PARÁGRAFO. *Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso».*

La preceptiva involucra un deber de tutela y consagra una modalidad de desconcentración de actividades en materia contractual. En otras palabras, permite la distribución racional del trabajo propio de los procedimientos de

contratación administrativa al interior de las entidades estatales, lo cual no significa una delegación y, por lo tanto, la exención de la responsabilidad administrativa del jefe o representante legal de la entidad de que se trate⁵².

En resumen, la Ley 80 de 1993 en sus artículos 12 y 14, autoriza a los jefes y representantes legales de las entidades estatales delegar total o parcialmente la competencia para la realización de las licitaciones públicas o concursos, y celebrar contratos; y desconcentrar la realización de actos precontractuales como las licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo, ejecutivo o equivalentes, normas reglamentadas por el Decreto 679 de 1994 (cánones 7 y 14), mediante el cual se permite la desconcentración de funciones prevista en el artículo 12 de la Ley 80, específicamente a través de su distribución al interior del respectivo organismo.

La delegación y la desconcentración en materia de contratación estatal han sido herramientas útiles para el cumplimiento de la función pública, razón por la cual la reglamentación prevé razonadamente la participación de diversos servidores públicos, a quienes se les atribuye competencia para actuar en los procedimientos precontractuales de licitación, adjudicación, o incluso con la finalidad de celebrar contratos, es decir, para dar impulso a las distintas etapas de la contratación⁵³.

En total armonía, el Código Penal en el delito en

⁵² CC C-259-2008.

⁵³ Cfr. CSJ AP5404-2016, rad. 44655.

estudio, distingue las conductas ejecutadas por los servidores públicos encargados de tramitar un contrato, de la realizada por el representante de la entidad como ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación⁵⁴, al prever como hipótesis delictiva tramitar el contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, y celebrarlo sin verificar el cumplimiento de los presupuestos legales esenciales en cada fase; diferenciación fundada en la forma desconcentrada como actualmente se cumple la función pública en las entidades estatales⁵⁵.

3. Del caso concreto

3.1. Sobre la prueba indiciaria

En cuanto al indicio, la Sala de Casación Penal, en repetidas ocasiones ha decantado (CSJ. SP, 19 mar. 2014, rad. 38793)⁵⁶, que es una prueba indirecta, construida con base en un hecho (indicador o indicante) acreditado con otros medios de persuasión autorizados por la ley, del cual razonadamente, según los postulados de la sana crítica, se infiere la existencia de otro hecho (indicado) hasta ahora desconocido y que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre la materialidad de la conducta típica o la responsabilidad del sujeto agente, para confirmar o infirmar cualquiera de esas categorías.

Los indicios pueden ser: necesarios, cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca la existencia de

⁵⁴ Cfr. CSJ SP 26, marzo 2009, rad. 29089.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Cfr. CSJ. SP, 8 may. 1997, rad. 9858; 26 oct. 2000, rad. 15610; 8 jun. 2003, rad. 18583; 13 sep. 2006, rad. 23251; y 2 y 17 sep. 2008, rad. 24469 y 24212, CSJ. SP, 3 dic. 2009, rad. 28267, respectivamente.

otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; o contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado.

Estos, los contingentes, a su vez pueden calificarse de: graves cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad, sino de la común ocurrencia de las cosas; o leves si el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece.

De conformidad con la previsión legal sobre la prueba indiciaria establecida por los artículos 284 y siguientes de la Ley 600 de 2000, el *hecho indicador* del cual se infiere la existencia de otro acaecimiento fáctico, debe estar debidamente acreditado por los medios directos de prueba (testimonio, peritación, inspección, documento, confesión); ha de ser indivisible, pues los elementos que lo integran no pueden a su vez tomarse como hechos indicadores de otros sucesos, e independiente, ya que a partir de un hecho indicador no pueden estructurarse varios hechos indicados.

Necesario se hace resaltar que en materia de prueba indiciaria, además de la acreditación del hecho indicante, de la debida inferencia racional fundada en los postulados de la sana crítica, y del establecimiento del hecho desconocido indicado, cuando son varias las construcciones de ese orden, es de singular importancia verificar en el proceso de valoración

conjunta su articulación, de forma tal que los hechos indicadores sean concordantes, esto es, que ensamblen entre sí como piezas integrantes de un todo, pues siendo éstos fragmentos o circunstancias accesorias de un único suceso histórico, deben permitir su reconstrucción como hecho natural, lógico y coherente, y las deducciones o inferencias realizadas con cada uno han de ser a su vez convergentes, es decir, concurrir hacia una misma conclusión y no hacía varias hipótesis de solución.

La valoración integral del indicio exige entonces al juzgador contemplar todas las posibilidades confirmantes e invalidantes de la deducción, pues rechazar cualquiera de las que puede ofrecer un hecho indicador, desestimándolo expresa o tácitamente sólo porque el juez ya tiene sus propias conclusiones sin atención a un juicio lógico integral, es alentar un exceso de omnipotencia contrario al razonable acto de soberanía judicial en la evaluación de la prueba, que consiste precisamente en el ejercicio de una discrecionalidad reglada en la estimación probatoria.

De ahí que en la apreciación de los indicios el juzgador, como ocurre con todos los medios de prueba, debe acudir a la sana crítica, para establecer el nivel de probabilidad o posibilidad y en tal medida señalar si son necesarios o contingentes (graves o leves), y su relación con los demás medios de prueba que obran en la actuación.

La connotación de necesarios, contingentes-graves o contingentes-leves, no corresponde a nada distinto del control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio

de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción, establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador.

Se trata de una ponderación lógica que permite al funcionario judicial asignar el calificativo que corresponde al indicio, bien de necesario cuando el hecho indicado se releva como conclusión unívoca e inequívoca a partir de la inferencia fundada en el hecho indicante, de contingente-grave si constituye el efecto más probable, o de contingente-leve, si se muestra apenas como una entre varias probabilidades.

3.2. Del juicio de adecuación típica -aspecto objetivo-

En armonía con la descripción normativa, para lograr una plena adecuación típica es necesario establecer que el sujeto activo cualificado, es decir, el servidor público, haya incumplido por lo menos uno de los requisitos esenciales o sustanciales en su trámite u omitido la verificación de la concurrencia de todos en las fases de celebración o de liquidación. La etapa de ejecución, como se anunció *ut supra*, queda al margen de protección de esta norma.

La Fiscalía atribuyó a JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, el cargo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales porque al fungir como Gobernador del Departamento del Huila, bajo la modalidad de contratación directa, suscribió

el contrato de obra civil n.º 041 de 13 de noviembre de 2001 por \$29'632.365.00, cuyo objeto era la construcción a todo costo de un Kiosco en la Plaza de La Libertad del municipio de Tello, sin observar ni verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales en la fases precontractual y contractual, con lo cual transgredió los principios de economía y transparencia.

La acreditación del sujeto activo calificado se comprueba con la documentación aportada por el profesional universitario de la Secretaria General de la Gobernación del Huila, la cual certifica que JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ se desempeñó como Gobernador del ente territorial para el periodo constitucional comprendido entre el 2001-2003⁵⁷, en consecuencia, obraba como ordenador del gasto y le asistía el deber de suscribir el acuerdo de voluntades previa verificación del cumplimiento de los requisitos esenciales en la etapa precontractual, en concordancia con los principios citados y lo estipulado en el literal "b" del numeral 3º del artículo 11 de la Ley 80 de 1993.

En cuanto a la configuración de la conducta, las pruebas evidencian que el procesado celebró el contrato omitiendo verificar el cumplimiento de los requisitos legales en la fase precontractual por parte de los funcionarios encargados de ello, etapa en la cual se presentaron irregularidades en los estudios previos y la selección del contratista, dado que no existen soportes de la conveniencia que justificara la

⁵⁷ Cfr. Folios 104 Anexo n.º 1. Se incorporó además a la actuación copia simple del Formulario E-28 mediante el cual la Registraduría Nacional del Estado Civil lo declaró elegido como Gobernador, así como el Acta de Posición n.º 150/2000 ante la Notaría Segunda del Circulo de Neiva-Huila, con efectos legales a partir del 1º de enero de 2001.

necesidad del contrato y sus posibilidades de realización, así como las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que permitieran la construcción de una obra consistente y firme que cumpliera con los fines para los cuales había sido realizada.

El principio de planeación, como se indicó *ut supra*, constituye un requisito esencial del trámite de la contratación pública, derivado del de economía previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993⁵⁸, de acuerdo con el cual la administración está obligada a realizar los estudios, diseños y proyectos necesarios, antes de iniciar el procedimiento de selección del contratista o de la firma del contrato, en virtud del cual se busca garantizar que la escogencia del contratista, la celebración, ejecución y liquidación de los contratos no sea producto de la improvisación, por ello, todo proyecto de la entidad estatal debe estar precedido de los estudios necesarios con la finalidad de concretar el objeto para racionalizar el gasto público.

⁵⁸ **Artículo 25. Del principio de economía.** Reglamentado por el Decreto Nacional 287 de 1996. En virtud de este principio [...] 1. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para ese propósito se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones. 7. La conveniencia o inconveniencia del objeto por contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contrato o de su firma, según el caso. [...] 12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o a la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños, y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones o términos de referencia. Cfr. CSJ SP, 23 nov. 2016, rad. N°. 46037; reiterado en CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

3.2.1. Inexistencia de estudios previos

3.2.1.1. Transgresión del principio de economía por falta de una adecuada planeación del objeto contractual.

En el expediente no existe documento alguno con el cual sea posible controvertir y dar por cierto que la obra contó con un estudio de prefactibilidad, diseño u algún otro análisis serio y completo necesario para la construcción del tipo de estructura objeto del contrato, como lo pretende hacer ver el procesado y los funcionarios de la Gobernación en sus testimonios, más allá de un plano que este mismo allegó en su primera salida procesal⁵⁹ y, de otro hallado en una inspección judicial que se realizó en las instalaciones de la Gobernación del Huila⁶⁰, cuya observación deja entrever que se trata del mismo diseño realizado para conseguir la representación a escala del kiosco, sin que contenga información adicional en cuanto a la especificación técnica de su estructura, firmado y rotulado por el arquitecto Orlando Figueroa Villamil, persona finalmente seleccionado como la contratista.

De entrada, conviene precisar que en esta actuación penal, como resultado de las diferentes inspecciones realizadas, no se halló documento que dejara en evidencia que el kiosco se construyó con sujeción a un proyecto arquitectónico, entendido este como el conjunto de planos, especificaciones, esquemas, detalles y perspectivas necesarios para llevar a cabo la edificación de cualquier construcción.

⁵⁹ Fl 261 Cd original Fiscalía n.º 1

⁶⁰ Fl 4 Cd. Anexo Fiscalía n.º 4

Sumado a que tampoco se halló alguno que diera cuenta de la elaboración de análisis de conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar.

Dicho proyecto de obra pública, con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección debía haber contado con varios estudios previos, uno geotécnico o de suelos (levantamiento topográfico del terreno en el cual se construiría), un conjunto de planos, uno arquitectónico de la edificación, realizado por un profesional en arquitectura⁶¹, y a partir de éste los estructurales (cimentación, estructura, detalles estructurales y memorias de cálculo) a cargo de un ingeniero civil⁶²; de relevante importancia, contentivos de las especificaciones técnicas de la obra y, los relacionados con el funcionamiento interno (instalaciones hidráulicas, sanitarias, eléctricas).

Empero, en el *sub examine*, la prueba indirecta contrastada con la documental y los testimonios recepcionados, permite inferir razonadamente y según las reglas de la experiencia, lo acontecido realmente con el contrato de obra civil n.º 041 del 13 de noviembre de 2013, esto es, que dicho proceso de contratación no fue fruto de la planeación, control y seguimiento por parte del exgobernador JUAN DE JESUS CÁRDENAS CHAVEZ, porque antes de iniciar el proceso de selección y previo a su formalización,

⁶¹ Profesional facultado para este fin, bajo cuya responsabilidad se realiza el diseño y los planos arquitectónicos de la edificación y quien los firma y rotula. Definición contenida en Ley 400 de 1997, por medio de la cual se adoptan normas sobre construcciones sismo resistentes.

⁶² Profesional facultado para este fin, bajo cuya responsabilidad se realizan el diseño y los planos estructurales de la edificación, y quien los firma y rotura. Definición contenida en Ley 400 de 1997, por medio de la cual se adoptan normas sobre construcciones sismo resistentes.

estuvo ausente de estudios y análisis suficientemente serios y completos del objeto a contratar, lo que a la postre generó el fracaso del proyecto.

En efecto, si durante la fase precontractual se hubieran realizado los estudios técnicos necesarios y pertinentes para determinar la factibilidad de ejecutar el proyecto, comenzando con la plena identificación de la necesidad a satisfacer, el diseño de la obra del que hacían parte estudios básicos (topográficos, geotecnia, impacto ambiental), planos constructivos y especificaciones técnicas, y cálculos de presupuesto; el éxito de la obra hubiera estado potencialmente garantizado, pero como se verá a continuación, durante la construcción del kiosco lo que reinó fue la improvisación por falta de planeación.

Es a partir del informe del 11 de junio de 2002⁶³, suscrito por el interventor del contrato Fernando Antonio Torres y dirigido al Secretario de Cultura, Raúl Rivera Cortes, que la Sala lo comienza a deducir. En la misiva advierte que 6 meses después de iniciada la construcción del kiosco (Acta de Iniciación del 18 dic. de 2001), no solo se instaló un tanque y contador eléctrico **no contratados**, sino que la obra se edificó sin verificarse, por parte de la interventoría, que lo construido se ajustaba a lo pactado, por desconocimiento de los diseños preliminares. Veamos:

Atendiendo el encargo de atender la interventoría de la obra del kiosco cultural localizado en la Plaza de la Libertad del municipio de Tello, me permito informarle que en compañía del contratista; Arquitecto

⁶³ Folio 64 y 65 Anexo n.º 1

Orlando Figueroa, nos desplazamos a dicho (sic) municipio donde procedió a revisar la obra, pudiéndose constatar que corresponde con lo estipulado en el contrato n.º 041 del 13 de noviembre de 2001, salvo en lo correspondiente a dos unidades de lavamanos nova y dos sanitarios de la misma línea de los cuales solo se encuentra instalado uno de cada uno. Para este caso particular, el contratista informó que estos elementos habían sido constituidos por la estructura para la instalación del tanque y el contador eléctrico, los cuales no estaban contratados.

Salvo esta novedad, considero oportuno citar algunos puntos que considero sean de su interés:

1. Pese haber sido solicitado, no se tuvo conocimiento de los planos originales del diseño del kiosco, motivo por el cual no puedo afirmar que la construcción se hizo de acuerdo con las dimensiones y especificaciones contenidas en los planos. -Resaltado fuera de texto-

2. Se evidencia en una de las dos vigas principales de la estructura del kiosco una flexión de los elementos estructurales; en mi concepto se debe a la inadecuada utilización de una de las guaduas que es de diámetro menor a las demás y el aplastamiento debido al peso, de uno de los extremos de la misma que se apoya sobre la columna. Este hecho ha dado lugar al pandeo de los faldones de la cubierta y el deterioro del remate del kiosco.

Aunque no parece progresiva la falla, considero oportuno considerar la posibilidad de sustituir la viga antes de proceder a la reparación del sector de la cubierta deteriorado y el remate (a los cuales del contrato) ya que es la viga principal donde en mi concepto se halla la verdadera causa del problema.

Por último, debo agregar que se hace necesario realizar un nuevo mantenimiento a la estructura de guadua del kiosco ya que se evidencia la presencia de xilófagos (broma).

Las observaciones que realizó el interventor, especialmente la señalada en el primer numeral no pueden tomarse a la ligera, el hecho de que no pudiera “afirmar” que el kiosco construido por la firma Figueroa Trujillo y Cía, correspondiera a las dimensiones y especificaciones contenidas en los planos originales, porque no los conoció, permite inferir que ni antes ni después de suscrito el contrato, se contaba con los diseños y estudios técnicos requeridos para la construcción.

En fase de juzgamiento el arquitecto Torres Restrepo⁶⁴, en lo que respecta a los planos originales de la estructura manifestó que al momento de ser designado como interventor, esto es, el 16 de diciembre de 2001⁶⁵, no contaba con la información necesaria para ejercer la función, es decir, que cuando empezó a construirse la edificación (dos días después de nombrarse como tal) al 11 de junio de 2002, calenda de suscripción del informe *ut supra*, tampoco la conocía, y aunque afirme que posteriormente le fueron suministrados, ello no desvirtúa el hecho de que ya había transcurrido algo menos de seis meses sin que se realizará una correcta verificación de la sujeción de la obra a los planos, diseños y especificaciones realizados supuestamente por los diseñadores.

Además, sostuvo que lo que se le mostró fue “*el texto de un contrato donde hay unas cantidades de obra*” con las que

⁶⁴ Fl. 128 Cd. Corte n. 2 Declaración recepcionada mediante despacho comisorio ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, el 3 de diciembre de 2020.

⁶⁵ Folio 53 y 52 Cd Anexo n.º 1 Mediante oficio dirigido por el Secretario de Cultura, Raúl Rivera Cortes, en razón a que ese sector, por instrucción del Gobernador, JUAN DE JESÚS CÁRDENAS, había sido encargado de realizar la supervisión y control del contrato n.º 041, conforme lo comunicó el Secretario Privado, Jairo Paredes Guerrero.

pudo comparar lo hasta ahora ejecutado, advirtiendo que el contratista había modificado un ítem por otro relacionado con dejar de instalar un sanitario y un lavamanos previstos inicialmente, para construir la estructura soporte de unos tanques elevados y la colocación del contador eléctrico que, aunque necesarios para el funcionamiento del kiosco, no estaban contemplados en el contrato inicial.

Lo cierto es que la función que realizó Fernando Antonio Torres Restrepo, cuya responsabilidad consistía en supervisar y controlar que la obra se estuviera adelantando conforme a lo planeado en la fase precontractual, estuvo ausente de los adecuados soportes técnicos, sin que pueda pregonarse que el único plano hallado en este proceso cumpliera por si solo con dicha finalidad, como lo pretenden hacer ver los funcionarios de la Gobernación en sus intervenciones.

Máxime, si se estableció que el documento lo elaboró el arquitecto Orlando Figueroa Trujillo, representante legal de la firma contratista, a quien luego se le adjudicó el contrato. Sobre la realización del plano en el juicio⁶⁶ señaló que, con anterioridad al proceso contractual, se encontró por casualidad con quien para entonces fungía como secretario de cultura y le manifestó acerca de un boceto que tenía para hacer un espacio lúdico, pero no contaba con los planos ni diseños, a lo que él le dijo *“bueno, pues si quiere yo se los hago, y los presenta para que pueda gestionar los recursos, porque de lo contrario no hay forma”*. Indicó, que posteriormente, una vez hecha la invitación a cotizar por la

⁶⁶ Fl. 114 Cd Corte n.º 2 Declaración recepcionada mediante despacho comisorio ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, el 2 de diciembre de 2020

Secretaría de Cultura se le presentó un prototipo del kiosco, que no era “exactamente” el que había hecho, pero se le dio ese plano que luego mejoró con la anuencia de la interventoría.

En punto a dicha información conviene precisar que en ninguna de las dos invitaciones y sus anexos obrantes en el expediente, en la realizada al arquitecto José Luis Díaz Polania ni en la remitida a Figueroa Trujillo y Cía. En C.⁶⁷, se advierte, por parte de la mencionada secretaría, que a propósito no es la que la suscribe porque quien lo hace es directamente el aquí implicado; que se hubiera hecho entrega de un prototipo, plano, o diseño de la obra a contratar, tan solo se “*adjuntó las cantidades de obra a construir y todo detalle inherente a esta obra*”, particularidad que sobre la entrega de este insumo también hizo alusión el interventor.

Información que resultaba insuficiente para la elaboración de un diseño complementario o definitivo, en caso que este se hubiera entregado, como lo declaró en juicio el arquitecto José Luis Díaz Polania⁶⁸:

PREGUNTADO. Con esa sola información, usted podría haber diseñado el Kiosco. CONTESTO. Con esa no, me faltarían unas áreas. PREGUNTADO. Y qué necesitaría, y qué características tendría el diseño. CONTESTO. Pues que me dieran unas áreas de cómo sería el kiosco o un plano anexo, porque ahí están son las cantidades de puntilla, de teja, de piso; pero faltaría esa parte -el diseño, yo creo-. Yo lo que no me acuerdo es si me dieron un plano, sinceramente no me acuerdo de eso. PREGUNTADO. Gracias. Usted podría determinar -con esa sola

⁶⁷ Fls. 8 al 11 Cd. Anexo Fiscalía

⁶⁸ Fl. 120 Cd. Corte n.º 2, declaración recepcionada mediante despacho comisorio ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, el 2 de diciembre de 2020.

información- el diámetro del Kiosco. Declarante: Permítame, voy a mirar una cantidad, a ver si aparece ahí. PREGUNTADO. Doctor Polania, usted está haciendo los cálculos del diámetro. O sea, con esa información hay diámetro; se establece cómo va a ser el Kiosco. CONTESTO. Estoy mirando lo que me ponen de piso -cuántas son las tabletas-, y entonces se puede sacar área. PREGUNTADO. Doctor Polania, por favor, contésteme si en esa cotización se señala el diámetro del Kiosco. Se señala o no se señala en esa cotización. CONTESTO. No señora, no se señala. (...)

PREGUNTADO. Doctor Polania, estoy preguntándole exclusivamente frente a la página 10 y 11, nada más, -que es la invitación-. Entonces, vuelvo y le pregunto. En esa cotización está, en algún momento, determinado cuál era la forma del Kiosco. CONTESTO. No, la forma, no dice si es en "L" o es circular o es rectangular. PREGUNTADO. Está determinado, en esa misma cotización, cómo iba la cobertura del Kiosco. CONTESTO. Ahí dice, "una cubierta"; en área dice que "es tantas unidades". Entonces, uno sabe qué teja es, y de acuerdo a las unidades, puede sacar uno el área del Kiosco. PREGUNTADO. En algún momento en esa cotización, usted podría determinar qué áreas tenía el kiosco -áreas como, por ejemplo, no sé, si iban a haber oficinas, si iban a haber baños, si iban a haber mesones- Usted puede establecer eso. CONTESTO. No, de unidades sanitarias no iban a haber, porque no hablan nada de tubería sanitaria y eso. PREGUNTADO. Arquitecto, dado su conocimiento, para usted hacer una obra necesitaría un plano arquitectónico. CONTESTO. Sí claro, lógico. Sí señora. PREGUNTADO. Estructural. Arquitecto, plano estructural. CONTESTO. Arquitectónico, sí. Estructural también. PREGUNTADO. Hidráulico. CONTESTO. Hidráulico también, porque si el Kiosco tiene -pongamos- un lavaplatos, pues tiene que saber en dónde se localiza -el lavaplatos-. PREGUNTADO. Eléctrico. CONTESTO. Eléctrico también, lógico, sí señora; para ver cuántas lámparas hay y todo.

De ahí que el dicho del contratista Orlando Trujillo Villamil carezca de credibilidad, sobre todo porque en el proceso no existe un documento que respalde lo afirmado, es decir, no obra un acta mediante la cual se hubiera dejado

constancia de que Figueroa Trujillo hubiese entregado unos planos o diseños “mejorados” y que estos fueran recibidos, revisados y aprobados por el interventor Fernando Torres Restrepo, que sobre el particular nada mencionó; menos aun cuando la información contenida en la invitación resultaba insuficiente para su elaboración, según lo explicó:

Yo simplemente le hice una colaboración al señor secretario de cultura de ese entonces, pero lo que yo le ayudé a él, le presenté, realmente no fue lo que la Gobernación contrato conmigo ni los diseños que me dieron. Posteriormente, cuando hice la obra, hice algunos mejoramientos y le entregué a la secretaria de Cultura unos diseños más completos y específicos, para que fuera mucho más efectiva y bien hecha la obra. En eso sí fue la participación que tuve, pero no un seguimiento anterior ni preliminar. (...)

Posteriormente de que me adjudican, es que ya con la interventoría, hago unas modificaciones a los diseños que me presentaron, y por eso aparece en el plano que se quedó de As-built, o sea de terminación de la obra, con mi nombre, con mis títulos y con todos los logotipos de referencia; pero es porque yo, con el acuerdo con el interventor, que era el doctor Fernando Torres, él me solicita que haga, si considero, un mejoramiento a los diseños que ya tenían previamente.

Cabe destacar que los planos “As-Built”, a los que se refiere el contratista, son un documento técnico que recoge los planos, cálculos y descripciones de las actualizaciones realizadas para adaptar el proyecto de construcción inicial a la realidad de la obra que se ha construido que, en todo caso, precisa la Sala, no son los que con antelación a la selección del contratista debían haber sido elaborados conforme lo exige la normatividad en materia contractual y, en desarrollo preponderante del principio de economía y su corolario de

planeación.

En estos debe informarse con detalle el resultado, los tiempos de ejecución, las instalaciones realizadas, los materiales empleados, sus referencias, y modificaciones sobre planos, etc. Dicha documentación es importante porque recoge la memoria de cómo ha sido ejecutada la obra y su resultado final⁶⁹. Sin embargo, pese a que menciona haberlos realizado, claramente en esta actuación no se demostró; además, de ello haber ocurrido, no desvirtúa que el proyecto se ejecutó sin contar con los planos y diseños exigidos por la ley de contratación pública.

Ahora bien, los planos obrantes en la actuación, tanto el allegado por el procesado JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ en su primera salida procesal⁷⁰, como el obtenido mediante inspección judicial efectuada en la Secretaria Departamental de Cultura y Turismo de la Gobernación del Huila, incorporado con el informe de policía judicial n.º 41-43563 del 7 de abril de 2014⁷¹; a simple vista permiten concluir que se trata del mismo plano arquitectónico a escala del kiosco. Ninguno contiene especificaciones técnicas, ni memorias de cálculos, ni otro dato del cual sea posible dilucidar las modificaciones que el contratista, supuestamente realizó cuando se le adjudicó el contrato de obra civil.

Veamos. En el rótulo de ambos planos se registran datos como nombre de la Empresa, "ORLANDO E. FIGUEROA VILLAMIL

⁶⁹ <https://www.globalmediterranea.es/planos-as-built-que-son-y-como-hacerlos/>

⁷⁰ Folio 261 Cd. Fiscalía n.º 1 Diligencia de indagatoria de 22 de enero de 2014

⁷¹ Fl 4 Cd Anexo Fiscalía n.º 4

-ARQUITECTO”, proyecto “CONSTRUCCIÓN KIOSCO CASA LA CULTURA TELLO HUILA”, contenido: “PLANTA GENERAL, FACHADA PRINCIPAL, PLANTA DE CUBIERTAS, DETALLE CONSTRUCTIVO, CORTE DE CUBIERTAS, DETALLE DE CUBIERTAS”, diseño “Arq. ORLANDO E. FIGUEROA V”; sin observaciones; ubicación “Municipio de TELLO H”, propietario “Mpio de Tello Huila”, Vo. Bo. “SECRETARIA OO.PP DPTALES”, interventoría: “SECRETARIA DE OBRAS E. INFRAESTRUCTURA VIAL DEPTO HUILA”, archivo “KIOSCO.DWG”, fecha: “JULIO DEL 2001”, escala: “INDICADA”, Plano No. “1 de 1”.

Nótese que la fecha de elaboración es la de julio del año 2001, lo que deja sin peso el dicho del contratista Orlando Figueroa Villamil, en cuanto que mejoró los diseños durante la ejecución del contrato por sugerencia del interventor Fernando Antonio Torres Restrepo, puesto que la obra empezó a construirse el 18 de diciembre del mismo año según lo registra el acta correspondiente, es decir, casi seis meses después; a lo que se suma que dicho ítem no estaba previsto en el contrato n.º 041 y a que, el interventor, como se anunció párrafos atrás, en ninguna de sus declaraciones se refirió a la modificación de plano alguno, al contrario, lo que se deduce del informe del 11 de junio de 2002 que presentó, es que para esa calenda ni siquiera los conocía.

Que posteriormente le fueron suministrados, eso no tiene discusión, lo que no se sabe es qué planos le fueron entregados, porque nunca lo especificó y para qué fin, si se tiene en consideración que para la fecha en que suscribió el informe la obra ya estaba por culminar. Lo que debe quedar claro es que cuando recibió el expediente con los documentos

necesarios para ejercer su función como interventor, entre estos no se encontraba ningún plano, como lo infiere la Sala, del testimonio que rindió ante la Fiscalía⁷². Veamos:

PREGUNTADO: Conoció usted, arquitecto TORRES, teniendo en cuenta que su función era la de interventor, algunos planos, algunos diseños relacionados con la construcción de ese Kiosco por el que se le viene preguntando. CONTESTO: Sí señor, sí conocí planos. Inicialmente, los planos los conocí en poder del contratista, y sobre esos planos yo realizaba mi función. Pero en un momento, yo consideré pertinente tenerlos dentro del expediente que nosotros teníamos, y se solicitaron al contratista que nos lo hicieran llegar; lo cual sucedió tiempo después. Pero los planos sí estuvieron vistos desde el principio. PREGUNTADO: Quién era el contratista. CONTESTO: El arquitecto ORLANDO FIGUEROA VILLAMIL. PREGUNTADO: Cuando usted refiere en su respuesta para que formaran parte del expediente, a qué expediente se refiere. CONTESTO: Es una carpeta que nosotros llevábamos con todos los documentos relacionados con la interventoría. PREGUNTADO: Su respuesta significa que, cuando recibió el expediente con los documentos que usted refiere, no se encontraba el plano. CONTESTO: En ese momento, en el expediente no. Pero fui al sitio de la obra, los solicité y él los tenía allá, y esos fue los que consulté. PREGUNTADO: "él" quién es. CONTESTO: El contratista -el arquitecto ORLANDO FIGUEROA-

Lo anterior, permite dilucidar que el conjunto de planos especialmente el estructural, que por lógica se requieren para la construcción de una edificación, no se encontraban en la carpeta contentiva de los documentos necesarios para llevar a cabo la interventoría técnica y que tan solo tuvo acceso a estos tiempo después, cuando la obra se hallaba prácticamente terminada (según se desprende del informe del 11 de junio de 2002), por lo tanto, se pregunta la Sala ¿qué

⁷² Folio 307 Cd n.º 1. Declaración de Fernando Antonio Torres recepcionada el 17 de marzo de 2014, ante la Fiscalía Segunda Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

tipo de verificación y/o supervisión técnica realizó Fernando Antonio Torres Restrepo? ¿con fundamento en qué planos, diseños y especificaciones técnicas lo hizo?, si como se vio el contratista Orlando Figueroa Trujillo a su arbitrio, no solo modificó algunos ítems (lavamos sanitarios, tanques de agua, contador eléctrico) sino que agregó otros (cerramiento del kiosco y un portón) no previstos en el contrato.

Lo que en este asunto se evidencia es una total falta de planeación, en el expediente no existen los diseños ni los planos a los que el contratista y el interventor hacen referencia, y en las diferentes inspecciones judiciales realizadas al archivo central y a la Secretaría de Cultura de la Gobernación del Huila, no se halló documento similar, sin que sea posible argüir que el obrante en la actuación, resume técnicamente cada parte de la estructura del kiosco, contentivo de los cálculos o que detalle valores tan importantes como distribuciones y armaduras, tipos y especificaciones de la cimentación, losas, vigas, entre otros, aspectos que dicho documento, claramente, no recoge.

Ahora bien, más allá del informe del 11 de junio de 2002, no existe constancia escrita del interventor que registre las actividades llevadas a cabo durante la construcción del kiosco, trazabilidad con la cual pudiera establecerse que la estructura cumplió con las especificaciones técnicas y que lo ejecutado estuviera acorde a lo descrito en los planos, pues como documentos de referencia marcaban un límite seguro para que la improvisación no colocara en riesgo el objetivo final, por eso no podía elaborarse con la única finalidad de dar por cumplido un requisito, como se pretende hacer ver.

Por su parte, Raúl Rivera Cortes, Secretario de Cultura del Departamento del Huila en su declaración ante la Fiscalía⁷³, sobre el plano sostuvo que lo conoció mucho antes de la etapa preliminar del contrato, esto es, en los primeros meses del año 2001, sin recordar quien lo diseñó, luego al serle puesto de presente el obrante en el expediente indicó ser muy parecido al borrador inicial, acto seguido al preguntársele si era muy similar, aclaró que seguramente este se fue perfeccionando, pero que con certeza había un documento plano soporte que aunque parecido no podría afirmar correspondiera al mismo, para finalmente sostener *“pero este es el documento que yo conocí”*.

Posteriormente, en esta misma declaración respecto de los documentos que soportaban la etapa precontractual y contractual del negocio jurídico, manifestó que estos le fueron suministrados por el Secretario Privado del Despacho del Gobernador, Jairo Ernesto Paredes Guerrero, en punto a realizar la supervisión del proyecto porque hacía parte del Programa de Escuelas de Formación Artística, por ende, del sector a su cargo; inclusive, recordó haber tenido acceso visual del aludido plano porque quiso mirar cómo quedaría la obra e hizo, dado su profesión de abogado, una revisión formal del contenido del paquete para su convencimiento particular, es decir, si este contenía los documentos pertinentes para que diera inicio a la “supervisión”.

Empero, más adelante al ser cuestionado por el ente Fiscal acerca de la observación que el interventor Fernando Torres Restrepo plasmó en el informe del 11 de junio de 2001,

⁷³ Fls. 316 al 322 Cd. Fiscalía n.º 1. Declaración rendida el 18 de marzo de 2014
Página 59 de 136

respecto a cómo realizó dicha función si no contaba con los planos de la obra, sostuvo:

(...) Seguramente, en su momento, debía haber ido a buscarlos a Planeación o a Secretaría de Vías, porque tengo entendido que Secretaría de Vías tenía algún conocimiento de esos planos. Pero en lo específico, como tal, digamos que era de su resorte, naturalmente, ir y buscarlos y encontrarlos y mirar. PREGUNTADO. Usted cuando le delega a él la interventoría, le hizo entrega de algunos documentos. CONTESTO. Yo recuerdo que a mí me llegó un paquete de documentos, pero no recuerdo cuántos folios ni qué contenía. Pero el paquete que me envían se lo remito con oficio a él. PREGUNTADO. Recuerda usted haberle entregado el plano del kiosco. CONTESTO. No le puedo asegurar con certeza, pero ahí debió ir o no sé. No recuerdo con certeza -para ser más claro-.

Nótese como el deponente en esa misma diligencia se contradijo, primero afirmó haber tenido “*acceso visual al plano*”, luego extrañamente olvidó qué documentos contenía el paquete que le fue entregado para llevar a cabo la “*supervisión*” del contrato de obra civil; dentro de los cuales por obvias razones debían estar incluidos los planos y diseños del kiosco, de existir, por supuesto.

De igual manera, la explicación que rinde al respecto tampoco resulta satisfactoria si se considera que, la Secretaría de Vías e Infraestructura no tuvo participación en ninguna de las fases del contrato como lo atestiguo en su ampliación, Jaime Hernán Quintero Quiroga⁷⁴, a cargo de dicho sector, según lo manifestó: “*nosotros -que yo me acuerde- no tuvimos relación con ese contrato*”. Hecho que, en

⁷⁴ Fl. 126 Cd. Corte n. 2. Declaración recepcionada mediante despacho comisorio ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Neiva, el 3 de diciembre de 2020.

efecto, lo deduce la Sala por las siguientes razones:

Primero. Si bien, Jairo Ernesto Paredes Guerrero, Secretario Privado del Despacho del Gobernador CÁRDENAS CHÁVEZ, en fase de juzgamiento⁷⁵ afirmó que dicho sector elaboró los planos, diseños, presupuestos y estudios antes de desarrollarse el proceso precontractual y contractual, por ser de su rigor, dado que el objeto del contrato era una obra civil, no existe en el expediente evidencia que corrobore su dicho, el único documento que se halló en los archivos de la Gobernación del Huila corresponde a un plano arquitectónico que como se estableció, en el mes de julio de 2001 lo diseñó el arquitecto Orlando Figueroa Villamil, a quien justamente 4 meses después le fue adjudicado.

Precisa la Sala, que si bien en el rotulo del plano se encuentra impreso que contó con el visto bueno de la secretaria, este no lo firmó ningún funcionario adscrito a esa dependencia para que pueda deducirse que dicho diseño fue revisado y aprobado por esa dependencia, mucho menos por la interventoría que como se explicara más adelante, no la ejerció.

Segundo. Gerardo Aldana García, asesor administrativo del Despacho del Secretario de Cultura, Raúl Rivera Cortes, cuyo papel en la fase precontractual estuvo dirigido a recopilar y analizar el acervo documental del contrato en cuestión, en cuanto a la participación de la Secretaria de Vías e Infraestructura en la elaboración de los diseños y planos,

⁷⁵ Fl 110 Cd. Corte n.º 2. Declaración recepcionada mediante despacho comisorio ante la Sala Penal el Tribunal Superior de Neiva, el 1º de diciembre de 2020.

sin tanta firmeza, sostuvo: *“como era un tema técnico de la construcción de una infraestructura física, la Secretaría de Vías acompañaba eso. Y efectivamente, si no estoy mal el tema del plano se generó -bueno, se generó no, yo comprendo la precisión de los términos acá-; pero en todo caso sí fue una articulación para la cual la Secretaría de Vías habría prestado el concurso”*.

Más adelante, en esa intervención al serle puesta de presente la declaración que rindió en el sumario, en la que adujo haber revisado el plano del kiosco, no recordó las características del mismo, pero ratificó que dicho documento lo presentó Héctor Perdomo Cárdenas, coordinador de la Escuela de Formación Artística y gestor cultural del municipio de Tello, diseño que este último señaló lo realizó el arquitecto Orlando Figueroa Villamil a quien apodaban “El Chulo”.

Sobre este aspecto, oportuno resulta traer a colación su testimonio, cuyo aparte corresponde al interrogatorio que el procesado JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, le formuló⁷⁶:

PREGUNTADO. Señor Héctor Ud. Me presentó el proyecto en el despacho de la Gobernación y yo recuerdo que iba acompañado de un plano, fue así o no. CONTESTO. Inicialmente se presentó como una especie de propuesta del proyecto y se hizo no propiamente un plano sino un esquema de lo que se iba a hacer, porque luego el plano lo tenía que hacer un ingeniero cuando ya concretara lo del proyecto. PREGUNTADO. Profesor Héctor Ud. Habla de un diseño que lo elaboró un ingeniero o arquitecto, quién busco ese ingeniero o arquitecto. CONTESTO. Lo que pasa fue a allá a Tello fueron varios arquitectos y entonces le dijimos que

⁷⁶ Fl. 146 -147 Cd. Fiscalía n.º 2 Declaración de Héctor Perdomo Cárdenas del 22 de enero de 2015.

fuera a la Gobernación y hablen porque nosotros no podemos decir usted coja la obra porque esa potestad era del gobernador, yo recuerdo únicamente el apodo de este señor porque fue quien se ganó la licitación. PREGUNTADO. En forma concreta si hubo un diseño constructivo. CONTESTO. Claro que si lo hubo presentado a la Gobernación porque después de que él se presentó para la licitación el arquitecto fue hasta Tello y nos mostró los planos y nos dijo que si estábamos de acuerdo y si él nos presentó y mostró unos planos que estaban elaborados con la técnica del caso. (...)

PREGUNTADO. Por la Fiscalía. El ingeniero o arquitecto al cual ha hecho referencia y que distingue o distinguió con el apelativo del chulo, su nombre corresponde al de Orlando Enrique Figueroa Villamil. CONTESTO. Si claro. Sí y con él trate en varias ocasiones.

Bajo ese panorama, se infiere que el plano arquitectónico de la edificación al que se ha hecho referencia a lo largo de esta providencia, era el único soporte del contrato y que no lo realizó la Secretaría de Vías e Infraestructura, la cual contaba con los profesionales en ingeniería civil responsables de los diseños estructurales, arquitectónicos y geotécnicos para las obras civiles adelantadas por el Departamento del Huila, no solo a cargo de ese sector sino en otras secretarías en el que dicho soporte técnico fuera necesario.

Tercero. Dicho sector tampoco realizó la interventoría, ni la supervisión técnica, en representación del ente territorial durante la construcción de la edificación, pese a que en la cláusula quinta del contrato n.º 041 del 13 de noviembre de 2001⁷⁷, se tenía previsto que “el control sobre la ejecución y cumplimiento del presente contrato estará a cargo del Gobernador del Departamento a través de la Secretaria de Vías

⁷⁷ Fls 46 al 49 Cd. Anexo Fiscalía n.º 1

e Infraestructura Departamental”, lo cual no sucedió “por instrucción del señor gobernador”, como lo explicó el ingeniero Jairo Ernesto Paredes Guerrero, Secretario Privado del burgomaestre, en su ampliación de declaración⁷⁸ y, como lo plasmó en la misiva que dirigió al Secretario de Cultura, Raúl Rivera Cortes⁷⁹, en el siguiente sentido:

Atendiendo instrucciones del señor Gobernador, comedidamente me permito informarle que con el fin de ejercer la supervisión y control del Contrato No. 041 de 2001, suscrito entre el Departamento y la firma FIGUEROA TRUJILLO Y CÍA. S. en C., para la construcción del kiosco de la Plaza de la Libertad en Tello – Huila, su despacho ha sido designado como interventor de esta obra.

Es preciso expresarle que si bien es cierto el Contrato prevé que el control del mismo se hace a través de la Secretaria de Vías e Infraestructura del Departamento, considerando la directa relación que existe entre el destino socio – cultural que cumplirá el kiosco que se construirá; y los alcances de las actividades que en mayoría de la preservación y desarrollo del patrimonio arquitectónico posee la Secretaria de Cultura Departamental, ha sido apropiado al tomar la determinación de encargar a su despacho de realizar la supervisión y control antes mencionados.

Favor coordinar con el respectivo contratista la iniciación, desarrollo y control de la misma.

La justificación sobre el cambio sorpresivo de dependencia para llevar cabo la supervisión y control del contrato, refleja la conveniencia con la cual favorecer al contratista, no de otra manera puede explicarse por qué si la Gobernación contaba con los profesionales idóneos en

⁷⁸ Fl. 110 Cd. Corte n.º 2

⁷⁹ Fl. 52 Cd. Anexo Fiscalía n.º 1

ingeniera civil y arquitectos en la Secretaría de Vías e Infraestructura, quienes estaban en capacidad de realizar el proyecto arquitectónico con todo el conjunto de estudios que este implica, así como la verificación de que se construyera de acuerdo con los mismos, no se hizo, por el contrario, se acudió al plano básico del arquitecto para desarrollar no solo la etapa previa sino la de ejecución del contrato; profesional y representante legal de la firma, cuya propuesta en el proceso de adjudicación resultó ser la ganadora.

También conviene precisar que dicho cambio, sobre esta especial condición no se consignó en un otrosí al contrato principal, simplemente tanto una y otra parte sobre dicho aspecto guardaron prudente silencio, de ahí que cobre relevancia la manifestación del Secretario de Vías e Infraestructura, Jaime Hernán Quintero Quiroga, en cuanto a que ese sector no tuvo participación en ninguna de las etapas del contrato, que si bien no desconoce la Sala que dicho funcionario tomó posesión del cargo mucho después de suscrito el aludido contrato, su expresión resulta coherente con lo expuesto en precedencia.

Ahora bien, si el proyecto no estuvo precedido del conjunto de planos y diseños iniciales requeridos para definir sus características, mucho menos puede predicarse que con fundamento en dichos componentes técnicos se calcularon los costos e ingresos, tampoco que con fundamento en ellos se desarrollaron los análisis financieros, económicos, sociales, ambientales, etc, necesarios para determinar la rentabilidad (conveniencia) de la inversión (estudios de prefactibilidad).

Si los anteriores no existieron, tampoco puede argüirse que se elaboraron los estudios técnicos y diseños definitivos, (como quiso darlo a entender el contratista Orlando Figueroa Villamil); que comprende la realización del proyecto de ingeniería en detalle, esto es, con la preparación de planos finales para la construcción de la obra (estructurales, arquitectónicos, de instalaciones técnicas y demás), los que claramente, en este asunto, no se llevaron a cabo.

Insiste la Sala, en preguntarse con fundamento en qué estudios se formuló la invitación, cómo se realizó el cálculo de todos los costos de obra de acuerdo con los sistemas de construcción, materiales a utilizar, ítems o actividades de obra, memorias de cálculo; ¿si estos no fueron producto de la revisión del conjunto de planos antes señalados? Nótese que tal irregularidad se avizora en el documento "*cantidades de obra a cotizar*" que el Despacho del Gobernador elaboró en 62 *ítems*⁸⁰, pues no coincide con las descritas en las cotizaciones que posteriormente presentaron los proponentes José Luís Díaz Polania y Figueroa Trujillo y Cía en C, que cotizaron tan solo 14.

Así las cosas, es evidente que el aludido contrato con antelación a su celebración no contó con estudios de prefactibilidad y conveniencia, si como se demostró el único plano del que dan razón el exgobernador, sus funcionarios, la interventoría y el contratante Orlando Figueroa Villamil, no contiene ningún detalle de ingeniería y no corresponde a un plano estructural indispensable para la construcción de una

⁸⁰ Fl. 6-7 y 10-11 Cd. Anexo Fiscalía n.º 1, documento elaborado el 7 de noviembre de 2001.

obra civil.

En cuanto a dichos análisis, durante la ampliación de su testimonio Raúl Rivera Cortes⁸¹ fue reiterativo en sostener que la Secretaría de Cultura de la Gobernación los elaboró, aunque insistió en que para esa época no eran exigibles porque no los definía la ley; manifestó haber desarrollado “unos documentos soporte”, sin especificar cuales, en los que el sector a su cargo a través de varias reuniones o comités técnicos analizó la necesidad, la oportunidad y el impacto del proyecto, gestión que se implementó gracias a la capacitación de un connotado jurista, especialista en el tema administrativo que los preparó previo a la expedición del Decreto 2170 de 2002, que modificaría el Decreto 855 de 1994, para entonces vigente.

Versión que en cuanto a los antecedentes del contrato y a los comités técnicos integrados por profesionales de la secretaría de Cultura en los que, supuestamente habían sido discutidos aspectos relativos a la conveniencia del objeto a contratar, en manera alguna encuentra soporte con lo afirmado en el proceso por Gerardo Aldana García, para entonces asesor administrativo adscrito a dicho sector, sin embargo, llama la atención de la Sala que en su primera diligencia ante la Fiscalía, Raúl Rivera Cortes, quien lideró el proceso de contratación sobre el particular no brindó mayor información.

Por ejemplo, al ser indagado por el papel específico que cumplió en este contrato, su relato desde el inicio estuvo

⁸¹ Fl. 112 Cd Corte n.º 2

dirigido a la etapa de ejecución del proyecto y no a la precontractual, a criterio de la Sala se mostró ajeno respecto al mismo, pues sostuvo haber sido designado por Jairo Paredes Guerrero, Secretario Privado del Despacho del Gobernador para ejercer la “*supervisión la interventoría*”, que no asumió por no contar con conocimientos en ingeniería, delegándola en el arquitecto Fernando Torres Restrepo; a su vez, se refirió a los “*documentos*” sin mencionar cuáles porque no los recordó, le habían sido remitidos con tal finalidad y, a los comités técnicos que se llevaban a cabo con el propósito de hacerle seguimiento.

En ningún momento de su exposición rindió detalles relacionados con la elaboración de estudios y/o análisis serios y completos en torno al objeto del contrato, con los que se hubiera establecido la conveniencia de realizar la contratación y la necesidad que se pretendía satisfacer, más allá de recordar la existencia de un diseño de la obra a contratar que como se analizó en precedencia, no cumplía con las especificaciones de un plano estructural y de referirse a la propuesta del proyecto efectuada por el gestor cultural, Héctor Perdomo Cárdenas y, a otros documentos que no específico pero que en su visión hacían parte de la misma.

Tampoco hizo alusión a la capacitación que recibieron los servidores del ente territorial, en cuanto al tránsito legislativo que en materia contractual empezaría a regir a partir del 1º de enero del año 2003, que según lo indicó en la ampliación de su testimonio resultó útil para tomar medidas en torno a la realización del cuestionado contrato, circunstancia que para la Sala no queda clara si se tiene en

consideración que el contrato se firmó el 13 de noviembre de 2001 y el Decreto 2170 de 2002 fue expedido el 30 de septiembre de 2002, y publicado el 3 de octubre del mismo año, frente a este hecho en qué momento se tuvieron en cuenta dichas recomendaciones.

Aunque mencionó que los estudios previos debían existir *“porque eso no se hizo de manera verbal ni de manera improvisada”*, en el expediente no existe un documento soporte con el cual establecer que con antelación al procedimiento precontractual y a la firma del negocio jurídico por parte del otrora Gobernador CÁRDENAS CHÁVEZ, evidencie que lo verbalizado y socializado al interior del comité técnico por parte de esa Secretaría de Cultura, respecto a este esencial requisito quedara consignado en un acta.

Lo cierto es que la ausencia de los estudios previos en el contrato n.º 041 del 13 de noviembre de 2001, marcó el inicio de una serie de improvisaciones durante la etapa de ejecución, sin que sea de recibo, desde ya lo anuncia la Sala, que se acepte que el fracaso de la obra devino como consecuencia de la falta de mantenimiento de la guadua conforme lo planteado por la defensa del procesado JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHAVÉZ y la representante del Ministerio Público, en sus alegaciones finales.

Es que dicha ausencia se infiere del segundo punto del pluricitado informe, en el que interventoría advierte una flexión de los elementos estructurales⁸², esto es, en las vigas

⁸² Según <https://rubiconmexico.com/blog/cuales-son-los-elementos-estructurales-en-una-construccion>, los elementos estructurales son las partes de una construcción que

principales del kiosco, atribuida, según el concepto del funcionario, a la inadecuada utilización de una de las guaduas y el aplastamiento debido al peso (cubierta en teja de barro) de uno de los extremos sobre la columna de apoyo, que trajo como consecuencia el pandeo⁸³ en la cubierta, siendo posible concluir sin que sea necesario ser un experto en la materia, que la falla estructural⁸⁴ que se menciona tuvo como origen la falta de unos estudios técnicos suficientemente serios y completos, pues de haberse contado con los mismos no se hubiera planteado como solución la sustitución de la viga principal, menos aún que lo que no parecía ser progresivo terminara siéndolo para luego colapsar por completo.

Otro aspecto por resaltar lo extrae la Sala de las actas suscritas por el contratista Orlando E. Figueroa y el interventor Fernando Antonio Torres, conforme al avance de

sirven para darle resistencia y rigidez, su función principal es soportar el peso de la construcción y otras fuerzas, como sismos, vientos.

⁸³ El pandeo es un fenómeno que obedece a la inestabilidad de ciertos materiales al ser sometidos a una compresión. La manifestación de fenómeno se evidencia a partir de una deformación transversal. Si dicha deformación se incrementa hasta superar la resistencia de la estructura se produce un quiebre o derrumbe. Los arquitectos o ingenieros, por lo tanto, deben analizar el pandeo para evitar que la compresión ponga en riesgo una construcción. Ver <https://www.360enconcreto.com/blog/detalle/pandeo-vigas-preesforzadaspostensadas>

⁸⁴ En el campo de la ingeniería, una falla estructural es una alerta en la que el desempeño de una construcción puede tener un rendimiento menor al esperado originalmente. (...) una falla estructural es una incongruencia inadmisibles entre el desempeño y función esperados y los realmente soportados por una estructura, y aunque pueda no significar resultados fatales en cuanto a pérdidas de vidas, las pérdidas económicas pueden ser de gran magnitud. Las formas más comunes de fallas estructurales son las siguientes: **Colapso:** Se presenta cuando las resistencias de una estructura no direccionan las cargas hacia sus apoyos, haciendo que sus resistencias internas no estén disponibles y se presente una ruptura de la estructura. **Colapso Progresivo:** Sucede cuando una parte de la estructura colapsa, haciendo que las fuerzas se direccionen hacia subsistemas menos resistentes, ocasionando nuevos colapsos parciales. Es un efecto dominó de colapsos que ocurren de manera progresiva en una estructura. **Falla Funcional:** Aunque no sea una forma de colapso o no se prevea una, ocurre cuando el uso de la estructura debe ser restringido por no soportar adecuadamente la funcionalidad para la cual fue construido. Deformaciones excesivas pueden causar el abandono de la construcción. Ver <https://www.arcus-global.com/wp/que-es-una-falla-estructural>

la obra. Su registro evidencia que la construcción del kiosco inició el 18 de diciembre de 2001⁸⁵, pero al mes, esto es, el 19 de enero de 2002⁸⁶, se suspendió temporalmente con la finalidad de estudiar la viabilidad técnica y económica de la solicitud que el día anterior había efectuado el gestor del proyecto y Director de la Escuela de Formación Artística, Héctor Perdomo Cárdenas⁸⁷.

En el escrito dirigió a Raúl Rivera Cortes, para entonces Secretario de Cultura de la Gobernación del Huila, le pedía considerar una serie de modificaciones en el proceso de “construcción del kiosco”, relacionadas específicamente con el cerramiento del mismo, con que la cimentación y estructura fuera en concreto y acero, malla eslabonada, tubo y ángulos de acero, muro antepecho en ladrillo semiprensado a la vista, portón de acceso principal en tubo y malla eslabonada, para la comodidad y seguridad de los integrantes de la escuela de formación artística, beneficiarios de la obra.

Innovaciones no previstas en el contrato que tan solo a un mes de avanzado el proyecto y sin que mediara una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito, dieron lugar a la suspensión del contrato hasta por ocho meses, como se aprecia en el acta correspondiente; esto si se tiene en consideración que la obra se reinició el 30 de octubre de 2002⁸⁸, sin la aprobación de los trabajos adicionales y no contemplados que tardíamente habían sido pedidos por el gestor cultural recién inició la construcción, por falta de

⁸⁵ Fl. 54 Cd. Anexo Fiscalía n.º 1

⁸⁶ FL 62 y 63 *Ibidem*

⁸⁷ Folio 61 Cd Anexo Fiscalía n.º 1

⁸⁸ Folio 66 y 67 *ibidem*

presupuesto.

Modificaciones que a la larga y sin permiso de la Gobernación y de la interventoría según lo afirmó Fernando Antonio Torres Restrepo en la diligencia de versión libre que rindió ante la Contraloría General de la República⁸⁹, terminó realizando y asumiendo el contratista Orlando Figueroa Trujillo, como puede apreciarse en el álbum fotográfico rotulado "FIGUEROA TRUJILLO y Cia S en C. KIOSCO PLAZA DE LA LIBERTAD SALÓN ARTISTICO Y CULTURAL Tello Huila - Contrato 041 e 2001-GOBERNACIÓN DEL HUILA - Secretaria de Cultura Departamental"⁹⁰.

Todo ello, lo que permite colegir es que el negocio jurídico no estaba definido técnicamente y que lo imperante durante la ejecución de la obra fue la improvisación, precisamente por la falta de los análisis de prefactibilidad y conveniencia en los que se justificara la necesidad del contrato y las posibilidades de realización, pues no de otra manera se explica las modificaciones solicitadas por el gestor de proyecto a tan solo un mes de iniciada la construcción.

Ahora bien, en el mismo documento se consignó la necesidad de que este último atendiera las sugerencias de tipo técnico consignadas en el informe del 11 de junio de 2002, esto es, las relativas a la falla estructural que originó el pandeo en la cubierta alerta que, pese al paso del tiempo no

⁸⁹ Fl 231-234 Cd Fiscalía n.º 1 Diligencia de versión libre y espontánea del 10 de octubre de 2006, rendida por Fernando Antonio Torres Restrepo ante el Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República.

⁹⁰ Fls 169-198 Cd Fiscalía n.º 1. Álbum fotográfico de avance de la obra, en el que se evidencia el cerramiento en ladrillo y tubo galvanizado no previsto en el contrato n.º 041 de 2001.

había sido corregida y la que persistía incluso al momento de recibirse la obra objeto de la contratación, esto es, al 15 de noviembre de 2002. En el acta final de obra⁹¹, se consignó:

*El interventor de la obra verificó el cumplimiento de cada uno de los términos del contrato suscrito entre las partes y da **CONCEPTO FAVORABLE**, razón por la cual da por recibida la obra objeto de la contratación. Deja sin embargo constancia, que el contratista deberá adelantar la sustitución de una de las dos vigas principales de la estructura del kiosco, por cuanto la misma está presentando una flexión que puede llegar a comprometer la estabilidad de la construcción, pese a que la falla no parece progresiva, si es importante que se adelante dicho trabajo.*

No obstante, a pesar de que la falla persistía y de que no se adelantó trabajo alguno para solucionarla, el procesado y entonces Gobernador del Huila JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, junto con el contratista Orlando Enrique Figueroa Villamil suscribieron sin novedad alguna el acta de liquidación del contrato⁹², afirmando que el objeto del contrato había sido ejecutado de manera satisfactoria como lo constata el acta final de obra cuando ello no era así, pues lo reseñado en dicho documento es la advertencia de la falla y la importancia de ser corregida.

Si bien son aspectos que atañen a la ejecución del contrato, la falta de planeación como se anotó *ut supra*, se reflejó precisamente durante esta etapa. Tan evidente resultó ser la construcción del kiosco que el Alcalde del municipio de Tello, José Farith Gómez Rubiano, mediante comunicación del 24 de julio de 2003 dirigida al Secretario de Vías e

⁹¹ Fls 68 y 69 Anexo Fiscalía n.º 1

⁹² Folio 80 Cd. Anexo Fiscalía n.º 1

Infraestructura de la Gobernación del Huila, Jaime Hernán Quintero Quiroga⁹³, previo a recibir la obra le pidió enviar un arquitecto que junto con un funcionario de esa administración evaluaran las falencias que a simple vista presentaba la estructura, de este modo dejar las constancias a las que hubiera lugar.

Como su requerimiento no obtuvo respuesta y dado el riesgo que su uso representaba para la comunidad, resolvió no recibir la obra, por lo que en su condición de Alcalde del Municipio de Tello, el 15 de diciembre del mismo año puso en conocimiento de los organismos de control⁹⁴ las deficiencias que comprometían la estabilidad del kiosco, y que con anterioridad a la suscripción del acta final habían sido advertidas sin que la Gobernación y el contratista hubiesen efectuado las acciones tendientes a su corrección. Esta situación, lo que ratifica con meridiana claridad es que la construcción no presentaba condiciones de estabilidad, porque se edificó sin contar con los planos y diseños adecuados.

A la par, reclamó a la compañía de seguros Cóndor S.A la vigencia de amparo de estabilidad de la obra⁹⁵, en el que afirmó tajantemente que la Alcaldía no recibió la obra debido a que la estructura no contenía «*las mínimas normas técnicas de construcción*», porque presentaba deficiencias que con el paso del tiempo serían mayores y pondrían en riesgo la integridad de la comunidad a la que estaba destinado el uso

⁹³ Folio 29 Cd Fiscalía n.º 1

⁹⁴ Fls 13-28 Cd Fiscalía n.º 1 Oficios dirigidos a la Contraloría General de la República, Contraloría Departamental -Gobernación del Huila, Procuraduría Provincial, Procuraduría Regional.

⁹⁵ Fls 11-12 *idem*

del kiosco.

En el sumario, al escucharse su declaración⁹⁶ el burgomaestre sostuvo que durante el desarrollo del proyecto se presentaron varios desatinos, los que con posterioridad conllevaron a la realización de algunas visitas en punto a determinar las correcciones que debían realizarse, específicamente sostuvo que el kiosco se construyó en guadua y teja de barro *“pero los cálculos en la ejecución del mismo creo no estuvieron acorde al peso a la dimensión del mismo y este se cayó y mostraba varias falencias desde que se inició el proceso de construcción pues no soy arquitecto ni ingeniero civil pero a simple vista se veía que quien estaba construyendo esta obra tuvo dificultades porque creo no hubo una planeación, diseño ni cálculos específicos para la construcción de la misma”*.

Las visitas que menciona el testigo se llevaron a cabo por solicitud que realizó la Unidad de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Departamental, como consecuencia de las investigaciones pedidas, la primera tuvo lugar el 10 de mayo de 2004, en cuya acta de inspección de estado de obra⁹⁷ suscrita entre Fernando Antonio Torres Restrepo, interventor y, Gerardo Aldana García, asesor administrativo de la Secretaría de Cultura; se evidencia en las fotografías adjuntas al expediente con suficiencia la flexión en la cubierta del kiosco. En esta se consignó:

Realizada la inspección de la obra, se pudo constatar la progresión en la falla que presenta la estructura principal de la cubierta del kiosco;

⁹⁶ Folio 100-105 *ibídem*. Declaración del 21 de junio de 2013

⁹⁷ Folio 87-88 Anexo Fiscalía n.º 1

mencionada en el acta final de obra (Noviembre 15 de 2002) y que se hace evidente en la fractura de uno de los elementos de guadua constitutivos de la misma. **Falla originada en problemas originales en el diseño de la estructura** y a su falta de mantenimiento.

Previendo que el avance de dicha falla, puede llegar a ocasionar dificultades mayores y teniendo en cuenta la necesidad evidente de entregar la edificación al Municipio de Tello para que cumpla la función social para la cual fue construida, se concertó con la empresa contratista adelantar las acciones correctivas que a continuación se enumeran:

1. Colocación de una columna central en la confluencia de las dos vigas principales, en el lugar donde convergen las cargas de la cubierta donde se presenta el mayor punto de flexión. Dicha columna debe ser de concreto armado con una sección no menor de 25 centímetros y zapata de 80 centímetros de lado. Para que sea armónica con el conjunto, debe tener con acabados similares a los utilizados en las restantes columnas. (...) - Resaltado fuera de texto-

La segunda visita, tuvo ocasión el 28 de junio de 2004⁹⁸, la misma se realizó con miras a verificar la ejecución de las acciones correctivas recomendadas por el interventor, en el acta se hace alusión a la construcción de una columna de soporte a la viga principal para corregir el pandeo en los faldones de la cubierta, de esta manera contrarrestar el progresivo deterioro. Empero, la solución al problema estructural no satisfizo lo requerido en la inspección anterior, por lo que se indicó sustituir completamente los elementos deteriorados, de suerte que el contratista luego de liquidado el contrato y con el propósito de evitar que se hiciera efectiva la póliza de estabilidad de la obra, procedió de conformidad.

⁹⁸ Folio 84-86 Cd Anexo Fiscalía n.º 1

En el informe del CTI de fecha 23 de enero de 2012⁹⁹, suscrito por la investigadora criminalística e ingeniera civil, Diana Patricia Ramírez Rojas, con ocasión de la diligencia de inspección judicial que el 12 de enero del año anterior realizó a las obras ejecutadas por el cuestionado contrato, halló que la estructura se encontraba en total abandono “*por fallas constructivas y de diseño*” que presentó la cubierta del kiosco debido a que el peso de la teja y el cielo raso fue mayor a la capacidad de resistencia de la estructura en guadua, lo que ocasionó que las vigas se vinieran al piso y que la obra colapsara.

Si bien, la ingeniera Ramírez Rojas en la declaración que rindió ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva¹⁰⁰, en virtud de la comisión conferida, durante el interrogatorio efectuado por la defensa del procesado sostuvo que la conclusión a la que arribó en su informe no fue producto de estudios técnicos de laboratorio con los cuales pudiera establecer con certeza la causa del desplome de la cubierta por falta de presupuesto, no lo es menos que también fue enfática en señalar que los diseños y/o planos nunca aparecieron, generándose la duda acerca si el error que causó el colapso de la estructura tuvo como factor determinante una omisión en el diseño, una mala ejecución de la obra, un pobre o ningún mantenimiento de la guadua, o la suma de estos.

La Sala no desconoce que la inspección a la obra, se hizo casi 10 años después de construido el kiosco, cuando se encontraba totalmente deteriorado debido al colapso de la

⁹⁹ Folio 50-67 Cd. Fiscalía n.º 1

¹⁰⁰ Fl 116 Cd. Corte n.º 2. Declaración del 2 de diciembre de 2020.

cubierta, pese a las modificaciones que luego de entregada la obra realizó el contratista, las que a la postre no fueron suficientes puesto que volvió a colapsar, empero, tampoco puede pasarse por alto que ello no pone en duda que no existieron diseños previos a la selección y celebración del contrato.

En efecto, en este asunto no existe evidencia de que antes o después de construida la obra se contará con el conjunto de planos definitivos, lo cual se extraña y resultaba clave para verificar conforme su interpretación que dicha estructura se hubiera ejecutado correctamente, pero en este asunto ni siquiera el interventor Fernando Torres Restrepo contó con dichos soportes, sin que sea plausible afirmar que el diseño elaborado por el arquitecto y contratista, Orlando Figueroa Villamil, e incorporado al expediente cumpliera con dicha finalidad y como requisito previo a la suscripción del contrato, como pretendió hacerlo ver en la vista pública el procesado CÁRDENAS CHÁVEZ, sobre todo porque en sus características corresponde a un plano arquitectónico y no a uno estructural, diferencia que el procesado claramente debe distinguir, dada su profesión de ingeniero civil.

En esas condiciones refulege evidente que la falta de estudios previos (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería detallada, planos, ect) en torno al objeto contratado ocasionó graves obstáculos a la ejecución del contrato, no solo paralizó el proyecto hasta tanto no se realizó la viabilidad económica de unos ítems no previstos que finalmente se terminaron haciendo sin autorización alguna, sino que la obra se construyó sin contar con planos y diseños definitivos, con los

que se hubiese podido prever que la falla estructural de la cubierta del kiosco, se produjera.

Finalmente, no puede argüirse que la obra colapso por falta de mantenimiento y no por la falla estructural advertida en el informe de interventoría del 11 de junio de 2002, como lo afirmaron en sus alegatos de conclusión el Ministerio Público, la defensa y su prohijado. Sobre este aspecto debe tenerse especial consideración, en tanto que las irregularidades a las que se ha hecho alusión se relacionan con la falta de planeación en la etapa precontractual, ante la ausencia de estudios serios y completos y la marcada improvisación con la que se ejecutó el proyecto.

Recuérdese para, el efecto, que el Alcalde del Municipio de Tello no recibió la obra una vez se liquidó el contrato, al advertir a simple vista la inestabilidad de la estructura, lo que lo obligó a requerir a la Gobernación para la corrección y ante el silencio de la administración, se quejó ante los organismos de control por el peligro que implicaba recibirla en ese estado, dando lugar a las visitas de la Contraloría Departamental y las correcciones por parte del contratista para evitar que se hiciera efectiva la póliza de estabilidad de la obra.

En todo caso, la finalidad para la cual se suscribió el contrato tampoco se cumplió, si bien el kiosco se construyó en la Plaza La Libertad en el Municipio de Tello, en dicho lugar no funcionó la Escuela de Formación Artística y Cultural y no se realizó ninguna actividad artística ni lúdica como se tenía previsto, porque su uso representaba peligro para la comunidad. Su construcción es el resultado de una

marcada improvisación y al libre albedrío del contratista Orlando Figueroa Villamil, puesto que no estuvo sujeta a los planos y diseños que con anterioridad debieron haberse elaborado por la administración, producto de la planeación y orientado a satisfacer el interés público y las necesidades de la comunidad, cometido que en este asunto claramente no se logró.

No es posible predicarse en este asunto que el objeto del contrato se cumplió a cabalidad, como lo sostiene la representante del Ministerio Público, porque de lo contrario no hubiera sido posible emitir un concepto favorable como el plasmado en el acta final de obra. Es cierto que el contrato se ejecutó de acuerdo al objeto, es decir, se construyó el kiosco en la Plaza La Libertad del municipio de Tello, pero también lo es que en dicho documento se dejó expresa constancia de la necesidad de sustituir una de las vigas principales de la estructura, por la flexión que presentaba y que podía comprometer la estabilidad de la construcción, sin embargo, se firmó sin adoptarse las medidas correctivas para evitar lo que a la larga terminó por suceder.

En suma, se demostró en el juicio la primera irregularidad sustancial, la inexistencia de estudios previos en la fase precontractual, socavando el principio de planeación y el de economía.

3.2.1.2. Violación de los principios de transparencia y selección objetiva.

El artículo 29 de la Ley 80 de 1993, sobre la selección

objetiva tiene previsto:

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación.

El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización.

Si en este asunto antes de proceder con la apertura del proceso de selección del contratista no se cumplió con la obligación de elaborar los estudios previos (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería detallada, planos), en concordancia con el deber de evaluar la conveniencia del contrato que justificaran no sólo la viabilidad de recursos sino el cumplimiento de los fines de la entidad estatal, como se

probó *ut supra*, no entiende la Sala bajo qué criterios la administración, cuyo titular era el procesado JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, evaluó las propuestas presentadas para la selección objetiva del contratista, sino no fuera el de favorecer irregularmente al contratista.

De una parte, las invitaciones a cotizar suscritas por el Gobernador CÁRDENAS CHÁVEZ a los proponentes José Luís Díaz Polania y a la firma FIGUEROA TRUJILLO y CÍA, representada por Orlando Figueroa Trujillo, no contiene información completa y detallada sobre las características generales y particulares de la obra a construir, ni las condiciones de pago, tampoco los términos para su presentación, menos el presupuesto ni los planos o diseños del kiosco y demás aspectos para que aquellos tuvieran claridad del contrato, como le exigía el Decreto 855 de 1994.

Los términos de la invitación fueron los siguientes:

Sírvase cotizar la relación de obra adjunta para la construcción de un kiosco en la Plaza de la Libertad del Municipio de Tello – Huila, para lo cual adjunto las cantidades de obra a construir y todo detalle inherente a esta obra.

Se debe especificar el plazo de construcción de la obra y la forma de pago.

El anexo adjunto “*cantidades de obra a cotizar*” elaborado por el Despacho del Gobernador¹⁰¹ corresponde a un formato con espacios en blanco para diligenciar,

¹⁰¹ Fl. 6-7 y 10-11 Cd. Anexo Fiscalía n.º 1, documento elaborado el 7 de noviembre de 2001.

encabezado como "CONSTRUCCIÓN KIOSCO EN GUADUA Y TEJA DE BARRO UBICADO EN LA PLAZA DE LA LIBERTAD EN TELLO HUILA", integrado por 62 ítems descritos entre materiales, transporte y jornales.

Las cotizaciones puestas a consideración por los dos únicos proponentes, José Luís Díaz Polania y Figueroa Trujillo y Cía S en C., adjuntan formatos de las cantidades de obra diferentes al entregado con la invitación, en 14 ítems descritos entre corte de la guadua a instalar, transporte y suministro, y colocación de los materiales¹⁰².

El proponente José Luís Díaz Polania sin tanta experiencia en contratos con el Estado y sin mayor detalle del proceso, relató que presentó su cotización pero no lo llamarón e imaginó que el contrato había sido adjudicado a la oferta más económica, que no tuvo conocimiento acerca de algún estudio soporte.

En cuanto al anexo adjunto a la invitación y la diferencia en los ítems a cõtizar sostuvo no saber, pero al indagársele si con la información contenida en la invitación era posible construir el kiosco manifestó "*con esa no, me faltarían unas áreas*" y agregó, que aunque no recuerda si se le dio un plano para tal fin, era necesario que "*me dieran unas áreas de cómo sería el Kiosco o un plano anexo, porque ahí están son las cantidades de puntilla, de teja, de piso; pero faltaría esa parte - el diseño, yo creo*", también señaló que no se especificaba la forma de la edificación.

¹⁰² Fl. 13 y 22 y 23 Ibídem.

En contraste, su homólogo, Orlando Figueroa Trujillo Villamil, representante legal de Figueroa Trujillo y Cía en C., sobre el proceso de invitación narró que la Gobernación reiteradamente le invitaba a participar en muchas de las obras adelantadas por el Gobernador JUAN DE JESÚS CÁRDENAS, frente a la que centra la atención la Corte expuso que presentó los documentos y la propuesta, que no supo en que consistió el proceso de selección ni los criterios tenidos en cuenta *“porque yo como contratista no tenía idea, yo presentaba mis documentos y hasta ahí llegaba mi posibilidad”*.

Expuso detalles relevantes en cuanto a la necesidad de la comunidad para que se construyera el kiosco, al diseño de la edificación que presentó como aporte altruista al municipio, a quién se lo presentó, aclarando que fue al señor Héctor Perdomo, Gestor Cultural de Tello – Huila y, que este no fue entregado al Secretario de Obras Públicas de entonces, Jimeno Camacho *“porque recordaba que de pronto fuera él el que estuviera allí, no porque a mí me conste, ni lo hubiera llevado ni hubiera ido con él”*.

En cuanto a las cantidades de obra y la diferencia del formato adjunto a la invitación y el entregado en la cotización, sostuvo:

Simplemente, el primer listado corresponde a... No me acuerdo bien cuál fue la razón; pero el formato que presentamos, fue el formato que entregamos finalmente. No el que está anexado allí como presupuesto oficial. De pronto el presupuesto oficial fue interno, pero ese no es el formato que nos entregaron para entregar la cotización. PREGUNTADO: O sea, el formato de la invitación era uno, y el formato de entrega de la

oferta era otro. CONTESTO: Correcto. No es el mismo. Yo me acuerdo que el formato este fue de invitación, pero para la presentación no fue el mismo, es el siguiente, porque en ese fue que presenté yo la cotización -en donde está con "actividades descritas"-; porque en el formato que presentamos sí dice exactamente qué es lo que hay que hacer, "corte, suministro y colocación de guadua tratada (...) transporte (...) cepillado". Ya le explico, mi doctora. El primero -supongo yo- debe ser el de descripción general de las actividades que había que hacer, porque dice que "jornales, jornales de los trabajadores (...)"; pero como es un contrato a todo costo, la Gobernación no va a pagar jornales en un contrato. Luego, para la presentación de la propuesta, nos enviaron el otro formato. Fiscalía: Ok, gracias. CONTESTO: No íbamos a cotizar jornales ordinarios, obviamente. (...)

PREGUNTADO: Para concretar. Entonces, el formato que les envió la Gobernación en la invitación era uno, y el formato que les envió para presentar las ofertas era otro. CONTESTO: Claro. Claro, sí señora, porque en el primer formato está como si fuera la [audio inaudible], y resulta que es un contrato a todo costo; no pueden tener cotizaciones de jornales ni nada de eso, no. Correcto. PREGUNTADO: Frente a eso quiero hacerle otra pregunta. Un contrato a todo costo -un contrato de obra a todo costo- es posible que implique y que se tenga que determinar los jornales -como usted está mencionando-. CONTESTO: No señora. No es posible.

El anterior derrotero permite dilucidar no solo que la invitación carecía de la información necesaria sobre la estructura a construir, que lo entregado en las cantidades de obra no correspondían a las cotizadas por las propuestas de los oferentes y que en tratándose de un contrato a todo costo no era posible cotizar los jornales. Que uno de los arquitectos no tenía experiencia en contratación estatal, menos con el departamento, mientras que la empresa a la que finalmente se le adjudicó el contrato constantemente recibía invitaciones para participar en los diferentes proyectos de obra civil que

realizaba el Gobernador JUAN DE JESUS CÁRDENAS CHAVEZ. Amén que el oferente ganador, quien a la postre realizó el diseño del kiosco antes del proceso contractual, dio por sentado que la invitación para construir el mismo saldría y que por obvias razones participaría.

Ahora bien, la revisión de la prueba documental en cuanto a la etapa de adjudicación arroja circunstancias que llaman la atención de la Sala, por ejemplo, la fecha en la cual se celebró el negocio jurídico, esto es, 13 de noviembre de 2001, es la misma en la que burgomaestre CÁRDENAS CHAVEZ comunicó a la Firma Figueroa Trujillo y Cía en C. representada por Orlando Figueroa Villamil, que había sido seleccionada para contratar la construcción del kiosco¹⁰³ misma en la que la Oficina Jurídica del Departamento del Huila revisó la minuta del contrato, y en la que la Secretaria Privada del Gobernador recibió la póliza de estabilidad de la obra que ante la Aseguradora Cóndor S.A constituyó el contratista, que valga decir, es posterior a la formalización del negocio jurídico, toda vez que fue expedida el 4 de diciembre de 2001.

Quiere decir lo anterior, que el mencionado contrato se adjudicó, se revisó y se suscribió por las partes el mismo día, sin que la firma ganadora allegará dentro de los documentos supuestamente verificados, la póliza de estabilidad de la obra, pese a ello CÁRDENAS CHÁVEZ lo formalizó en dicha calenda y, para darle una aparente legalidad al proceso de selección del contratista, la Secretaría Privada de su Despacho impuso a la póliza sello de recibido del 13 de noviembre de 2001, pese

¹⁰³ Fl. 43 Cd Anexo Fiscalía n.º 1

a que la constituyó Orlando Figueroa Villamil 20 días después de haber sido escogido su propuesta, transgrediéndose el proceso de selección objetiva y el principio de transparencia.

Así mismo, la minuta del contrato n.º 041 de 2001, en cuanto a las especificaciones técnicas y materiales del objeto a contratar contenidas en la cláusula primera corresponden a los mismos 61 ítems, descritos en el formato "*cantidades de obra a cotizar*" que como lo adujeron los proponentes, no es el mismo que se les entregó con la invitación.

En definitiva, son esas circunstancias las que reflejan una evidente falta de planeación por la inexistencia de adecuados estudios de prefactibilidad y conveniencia, con antelación al trámite precontractual y a la firma del contrato, por parte del Gobernador a cargo JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, proceso al que no fue ajeno, si se tiene en cuenta que fue quien suscribió las invitaciones y comunicó la adjudicación del contrato.

En cuanto a la apreciación del defensor relacionada con que a su prohijado en la resolución de acusación no se le formuló cuestionamientos acerca del principio de selección objetiva, en lo concerniente al acto de adjudicación a la firma Figueroa Trujillo, no tiene asidero. Si bien la Fiscalía no ahondó en el mismo si lo mencionó como consecuencia de la omisión del deber de no haber realizado los estudios previos, que como se analizó en precedencia claramente no se cumplió.

En los precisos términos del artículo 398 de la Ley 600 de 2000, la resolución de acusación se erige como el marco de referencia tanto del juzgamiento como de la sentencia. Los límites demarcados en el acto de llamamiento a juicio vinculan el fallo por proferir desde las perspectivas fáctica y jurídica, debe mediar identidad, para garantizar la legitimidad y la legalidad del proceso penal.

Dicho lo anterior, la Corte reitera que esa correspondencia no puede ser absoluta y que la flexibilidad frente a eventuales variaciones dependerá de i) la naturaleza del cambio, si es fáctico o jurídico, ii) la efectividad material del derecho de defensa, en el claro entendido que el acusado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron previstas en la acusación, y iii) no hacer más gravosa la situación del procesado. En esta materia la Sala ha precisado que:

“conforme con los requisitos formales de la resolución de acusación contemplados en los numerales 1° y 3° del artículo 398, acerca de que debe contener la narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la especifiquen, así como la calificación jurídica provisional, la imputación fáctica y jurídica debía ser inequívoca preservando el límite para el juez de no agravar la responsabilidad del acusado al adicionar hechos nuevos, suprimir atenuantes reconocidas en la acusación o incluir agravantes no contempladas, pudiendo absolver o degradar la responsabilidad al condenar de manera atenuada bajo los criterios de lealtad, igualdad e imparcialidad y respetando el núcleo central de la imputación por ostentar el carácter de intangible e indisponible.

(...) En este sentido, la variación sólo puede ser de la imputación jurídica entendida como la imputación subjetiva, las circunstancias

*modales temporales y espaciales del comportamiento y la calificación jurídica dada al mismo, manteniendo en todo caso el entorno fáctico que le sirve de fundamento, al punto que es dable variar el título o capítulo del Código Penal, pero sin que implique adicionar un nuevo delito (...)*¹⁰⁴.

En el presente asunto, a CÁRDENAS CHÁVEZ se le acusó de haber firmado el contrato n° 041 del 13 de noviembre de 2001 por \$29'632.365.00, sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales en las fases precontractual y contractual, con lo cual transgredió los principios de economía, transparencia y selección objetiva.

Respecto a este último, sobre el cual surge el reproche del defensor, la Fiscalía fundamentó el delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales en circunstancias fácticas tales como la omisión de estudios previos de prefactibilidad y para la selección del contratista, por consiguiente, la ausencia de parámetros para evaluar las propuestas, la falta de información clara y suficiente en las invitaciones sobre las características del objeto a contratar, pues se limitó a consignar unas cantidades de obra y a requerir tan solo el plazo y la forma de pago, sin ninguna otra consideración, sumado al hecho de que la selección del contratista recayó en la firma cuyo representante legal, fue quien 4 meses atrás elaboró el único plano del kiosco.

Por lo anterior, no es de recibo sostener que en el culmen de la actuación la Fiscalía no realizó señalamientos al ex gobernador JUÁN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ sobre la transgresión del principio de selección objetiva, especialmente

¹⁰⁴ CSJ, Casación 28 de noviembre de 2007, Rad. 27518.
Página 89 de 136

en lo atinente a la adjudicación irregular del contrato a la firma Figueroa Trujillo y Cía S. en C, representada por el pluricitado Orlando Figueroa Trujillo, cuando evidentemente es que si lo hizo, precisamente porque es la falta de planeación por ausencia de los estudios previos, la que marcó el derrotero de otras irregularidades que trajo como consecuencia esa infracción.

En lo que atañe a los recursos utilizados para financiar el contrato, que afirmó la fiscalía en sus alegaciones provenían de regalías, en efecto, esta circunstancia no hizo parte del marco fáctico dispuesto en la resolución de acusación, por lo que la Corte no puede cimentar el reproche al procesado.

En conclusión, la vulneración de selección objetiva y de transparencia fue plenamente demostrada por la Fiscalía en el juicio.

3.2. Del principio de la confianza legítima.

Como la contratación estatal demanda del ordenador del gasto y representante legal de la entidad oficial control en todas las fases de la contratación, trámite, celebración y liquidación, ello implica la verificación del cumplimiento de las exigencias legales esenciales en cada una de esas fases, razón por la cual el Código Penal le exige el deber de examinar minuciosamente lo tramitado por las otras dependencias antes de firmar¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Cfr. SP2146-2016, rad. 40627.

El principio de confianza es un criterio normativo aplicado dentro del trabajo en equipo, y para que opere es imprescindible que se haya cumplido con el deber legal de instruir, orientar, vigilar y corregir el proceder de los funcionarios en quienes estaba delegada la función de adelantar la fase precontractual¹⁰⁶.

Su alcance y contenido ha sido fijado por esta Corporación, de la siguiente manera:

Es cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo. Esta implica la división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo y por lo tanto un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división de trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros. Esta, cuando ha precedido una adecuada selección del personal, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se le pueda atribuir a quien lo lidera, a condición naturalmente de que no haya provocado dolosamente o propiciado por ausencia o deficiencia de su vigilancia debida.

La Sala acepta que el trabajo es funcionalmente dividido en un Departamento, que el Gobernador como jefe de la administración se encuentra en imposibilidad de asumir directamente todos los asuntos, que para eso cuenta con una serie de secretarios que le colaboran, que establece con los mismos -es lo que se supone- una relación de confianza de doble vía y que por efecto de la que él deposita puede incurrir en hechos típicos originados en la actividad de sus colaboradores, frente a

¹⁰⁶ Cfr. CSJ SP 15528-2016, rad. 40383. Ver también CSJ SP4514-2020, rad. 55345.

los cuales, sin embargo, es eventualmente admisible la realización de una conducta inculpable, por mediación del fenómeno del error¹⁰⁷».

Como ya se vio, la delegación automáticamente no exonera de responsabilidad al encargado de la contratación, en ciertos casos se le reconoce por las irregularidades cometidas en la fase precontractual por los delegatarios en virtud a la activación plena del principio de confianza, siempre y cuando no se compruebe que la delegación tuvo como objeto eludir la responsabilidad, y que haya omitido ejercer las funciones de dirección, vigilancia y control derivadas de ese acto con este propósito.

Tratándose de la desconcentración de tareas contractuales (no de la desconcentración en general de la Ley 489 de 1998), no procede por lo general ya que supone la realización de actos de trámite que deben ser tutelados por el ordenador del gasto, conservando la dirección de esa fase, máxime que no hay acto administrativo transfiriendo la función.

En uno y otro caso, ha de observarse que en materia penal la responsabilidad es individual y la persona responde por lo que hizo u omitió.

De otro lado, interesa precisar que en este caso, estamos frente a un delito de acción y no de comisión por omisión, el cual, este último, se configura cuando el sujeto agente teniendo la posición de garante omite realizar el comportamiento mandado por el ordenamiento jurídico,

¹⁰⁷ Cfr. CSJ SP, 21 de marzo de 2002, rad. 14124, reiterada en CSJ SP, 26 junio de 2008, rad. 26061.

pretermisión que produce el resultado típico, razón por la cual le es atribuible ya que teniendo la capacidad de evitar el resultado no lo hizo; y el hacer lo prohibido por el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en su modalidad de celebrar sin verificar el cumplimiento de requisitos legales se ejecuta a través de un hacer positivo, mediante una conducta que trasciende al mundo de los fenómenos, y no por medio de una omisión, un no hacer, que caracteriza los punibles de omisión¹⁰⁸.

Es esa la razón por la cual la verificación de la relación de causalidad y la posibilidad de la imputación jurídica del resultado, se examina frente al artículo 9° del Código Penal y no al 25 que regula la omisión (propia e impropia o comisión por omisión y la culpa).

Pues bien, de acuerdo con el artículo 9° del Código Penal, para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Esta regulación obliga a la Sala a examinar si en el presente caso el acusado creó un riesgo jurídicamente desaprobado al bien jurídico tutelado, y si éste se realizó en el resultado típico, esto es, en la celebración del contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales por no verificar previamente su observancia.

Para el efecto, es menester establecer si JUAN CARLOS CÁRDENAS CHÁVEZ incumplió el deber de dirección y vigilancia para que el trámite contractual se adelantara

¹⁰⁸ Cfr. CSJ AP232-2017, rad. 35036; y, SP9225-2014, rad. 37462, entre otras.

conforme a la ley por los funcionarios de la Gobernación en quienes estaba desconcentrado. Obligación derivada no solo de las atribuciones que ostentaba como gobernador, sino en particular, de la desconcentración imperante para esa época.

Pues bien, la Sala encuentra en grado de certeza que el procesado inobservó esa obligación, razón por la cual creó un riesgo jurídicamente desaprobado a la administración pública y el mismo se realizó en la celebración del contrato ilegal por no verificar el cumplimiento de los requisitos esenciales, lo cual permite la imputación jurídica del resultado típico.

Contrario a lo manifestado por el acusado, en el presente evento no existe acto administrativo de delegación, sino una desconcentración de funciones puesto que la fase precontractual estaba bajo la responsabilidad de la Secretaría de Cultura, esto es, de Raúl Rivera Cortes, unidad ejecutora encargada de los estudios previos, la recepción de las ofertas y su evaluación, como lo deduce este y su asesor administrativo Gerardo Aldana García, junto con los funcionarios de la Oficina Jurídica Eduardo Cuenca Andrade, Marilin Conde Garzón y el Secretario Privado del Despacho, Jairo Paredes Guerrero, fases ratificadas por CÁRDENAS CHÁVEZ.

CÁRDENAS CHÁVEZ incumplió el ordenamiento jurídico pues además de participar en algunos actos en la fase contractual, y dada su experiencia en contratación y acorde su profesión, ningún reparo tuvo en suscribir el contrato con la vulneración de los principios de la contratación pública sin verificar que sus subordinados hubiesen cumplido con la

normatividad, pues directamente firmó las invitaciones y la misiva de adjudicación del contrato.

En cuanto a la conducta del acusado, se acreditó la existencia de irregularidades en la fase precontractual y también que al celebrar el contrato omitió constatar el cumplimiento de los requisitos legales en la fase previa, siendo evidente que no ejerció el deber de orientación, instrucción y vigilancia de las funciones desconcentradas, por lo que se le atribuye el resultado típico.

La valoración de la prueba indirecta y la documental incorporada, permitió a la Corte concluir la ocurrencia de una cadena de anomalías en el trámite en cuya dirección estaba el acusado, concretadas en la inexistencia de estudios de prefactibilidad y conveniencia con antelación al proceso de selección del contratista y previo a la formalización del contrato, al pretender dársele a dicha fase una aparente legalidad cuando desde los albores del trámite contractual, se zanjó el camino para la futura suscripción del acuerdo de voluntades con quien a la larga salió favorecido.

De igual manera, CÁRDENAS CHÁVEZ al celebrar el contrato n°. 041 de 2001 con Orlando Trujillo Villalba, representante de Figueroa Trujillo y CIA S en C., impartió instrucciones para cambiar las condiciones del contrato con la anuencia del contratista, sin existir razón justificada en cuanto al control sobre la ejecución y cumplimiento del contrato de la Secretaría de Vías e Infraestructura a la Secretaría de Cultura a pesar de que en la cláusula quinta había sido estipulado, amén a que se legalizó el contrato sin

contar con la póliza de estabilidad de la obra, habida consideración que la Aseguradora la expidió el 4 de diciembre de 2001, es decir, 20 días después de firmado el contrato, empero, en dicho documento obra sello en constancia de recibido con fecha 13 de noviembre de 2001.

Pese a lo anterior, JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ suscribió el contrato, no obstante, adujo en su defensa:

1. La existencia de “delegación” de la etapa precontractual y contractual en la Secretaría de Cultura, la Oficina Jurídica y su Secretario Privado.

2. Con el proyecto se suplió una necesidad de la comunidad cultural de Tello, golpeada por la violencia imperante para la época de los hechos.

3. La falla que sufrió la estructura del Kiosco está íntimamente ligada a la falta de mantenimiento de aquél y a la renuencia del Alcalde de Tello para recibirla.

Argumentos que excluyen la presencia del interés general que debía perseguir la contratación pues no es cierta la existencia de la delegación de funciones, sino que contrario a su parecer, imperaba una desconcentración, la cual no lo exoneraba del deber de vigilar la actuación de los servidores de las Secretarías de Cultura y Privada a su cargo y de la Oficina Jurídica.

Es cierto que en la contratación pública participan distintas dependencias y un sinnúmero de servidores públicos con competencia para expedir los actos necesarios e impulsar las distintas etapas, sin embargo, el artículo 11 original de la Ley 80 de 1993 establece que el jefe o representante legal de la entidad conserva las atribuciones de adjudicación o de celebración de los contratos, lo que envuelve la escogencia del contratista, competencia derivada de su condición de director de la entidad, norma a interpretarse armónicamente con el canon 12 *ibídem*, que permite la desconcentración de funciones a nivel contractual.

Pese a tan evidente infracción a la ley de la contratación dadas las irregularidades de los estudios previos, la falta de información en la invitación derivada de la ausencia de los análisis de prefactibilidad y conveniencia; la consideración de un plano sin detalles de ingeniería en estructuras como cumplimiento del requisito de estos últimos; el favorecimiento en el proceso de selección del contratista y la suscripción del acto jurídico sin estar debidamente legalizado; es la conclusión a la que la Sala arriba luego valorar en conjunto los medios suasorios que le transmiten certeza respecto a que JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ al signar el contrato inobservó el deber de instrucción y vigilancia sobre los funcionarios de la Secretarías en quienes estaba desconcentrado el trámite, de suerte que se creó un riesgo jurídicamente desaprobado a la administración pública, traducido en el resultado típico de celebrar el acto jurídico sin verificar los requisitos legales.

Es claro que el acusado no cumplió con el deber de

dirección y vigilancia pues no constató el cumplimiento de los principios de planeación, economía, transparencia, responsabilidad y selección objetiva. Las pruebas denotan que no ejerció la tutela debida pues de haberla realizado se habría abstenido de suscribir el contrato.

Desde esa perspectiva, no puede ampararse en una “delegación” inexistente dado que según la prueba documental frente al contrato n.º 041 de 2001 no existió acto administrativo expreso y fue el acusado quien dio el aval sin contar con la adecuada elaboración de unos estudios previos, vulnerando incluso el principio de igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, por cuanto la información que suministró en la invitación no tiene certeza por no estar soportada en estudios técnicos, financieros y económicos, pese a tan marcada omisión y al incumplimiento del deber legal, con pleno conocimiento dada su experiencia en temas de contratación y su profesión, sin objeción alguna lo celebró.

Dentro de ese contexto deben entenderse las funciones asignadas a la Oficina Jurídica, encargada de asesorar al despacho y demás dependencias en el trámite y desarrollo de todos los asuntos de carácter jurídico y contractual, sin que ello signifique desprendimiento de su responsabilidad de vigilar lo actuado por sus subalternos.

Responsabilidades ratificadas por Eduardo Cuenca Aldana y su subalterna, Marilin Conde Garzón, funcionarios de esa dependencia, quienes al unísono manifestaron que su función era meramente formal pues los documentos citados

fueron elaborados en la Secretaría de Cultura del Huila.

De acuerdo con lo anterior es viable atribuirle jurídicamente a CÁRDENAS CHÁVEZ la conducta de celebrar el contrato sin verificar los requisitos legales, pues es claro el nexo causal entre su acción y el resultado jurídico previsto en el tipo objetivo.

A continuación, la Sala se ocupará de analizar si el procesado consciente y voluntariamente ejecutó el tipo penal.

3.4. El tipo subjetivo.

El delito objeto de estudio es doloso, en cuanto el legislador no tipificó la modalidad culposa.

A voces del artículo 22 del C.P. el dolo directo se presenta cuando el agente conoce los hechos constitutivos de una infracción penal y quiere su realización, al paso que el dolo eventual se configura cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

Ahora, la parte intelectual del dolo exige que el sujeto agente comprenda la conducta típica -en sus elementos, circunstancias de ejecución y resultados-, mientras que en el aspecto volitivo se debe demostrar el querer libre de realización de la conducta.

En ese sentido encuentra la Sala conforme a la valoración de las pruebas que integran el proceso la certeza

de que el procesado actuó con dolo, es decir, con conocimiento y voluntad de celebrar el contrato de obra pública n.º 041 de 13 de noviembre de 2001, sin observar ni verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

Pues bien, la actuación establece que el procesado es ingeniero civil, que dentro de su experiencia laboral se destaca haber sido ingeniero de obras públicas departamentales en la Gobernación del Huila, alcalde del municipio de Acevedo, secretario de obras públicas departamental, diputado de la Asamblea Departamental, por tres meses, Senador de la República y Gobernador del mismo ente territorial.

De su profesión y experiencia, en especial la desarrollada en la Alcaldía de Acevedo y como Gobernador del Departamento del Huila, se colige no solo que contaba con los conocimientos técnicos relacionados con la construcción de obras civiles sino que estaba instruido sobre los contenidos de la contratación pública, por ende, como ordenador del gasto le asistía la titularidad de la función contractual y la potestad de disponer y dirigir todo el proceso contractual, es decir, que sobre sus hombros recaía la responsabilidad de velar porque se adelantara con arreglo a la ley.

Es elemental, entonces, inferir que comprendía el deber de cursar el trámite de acuerdo con la ley y al suscribirlo le era demandable verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

Además, las particularidades del proceso contractual y su directa participación, al suscribir las invitaciones y la misiva de adjudicación del contrato a la firma Figueroa Trujillo y Cía, en la misma fecha en que formalizó el contrato, sin observar ni verificar la inexistencia de los estudios de prefactibilidad y conveniencia, de los que por supuesto, debían hacer parte los planos que se extrañan en la actuación; llevan a la Sala a colegir que era consciente que dicho negocio no cumplía con los requisitos formales para haberlo suscrito, no obstante, libre y voluntariamente lo celebró.

Fue tal el conocimiento y voluntad del procesado de incumplir el deber legal, que impartió instrucciones para que el control y supervisión del contrato cambiara sorpresivamente de la Secretaría de Vías e Infraestructura a la de Cultura, sabiendo que esta condición estaba prevista en la cláusula quinta de la minuta del contrato, sin que la decisión quedará consignada en un otrosí, con el único fin, como se demostró, de favorecer al contratista, el mismo que en los albores del proceso elaboró un plano sin detalles de ingeniería que el procesado conoció desde entonces y, que pese a ser ingeniero civil, sabía no cumplía las especificaciones técnicas.

Adicionalmente, se demostró, que no ejerció ningún tipo de control para que se cumplieran los requisitos legales esenciales por parte de quienes participaron en el trámite precontractual. Se mencionó que su secretario privado era quien se encargaba de la revisión previo a su firma, pero aun cuando hubiera delegado dicho control en ese funcionario,

ello no lo exoneraba de la responsabilidad de velar porque se cumpliera los presupuestos contemplados en la Ley 80 de 1993 (artículos 23 y 24) y el Decreto 855 de 1994, normatividad vigente para la fecha de suscripción del negocio jurídico, amén al artículo 209 de la Constitución Política; máxime que se probó que intervino en la fase previa del contrato, es decir, era consciente de las irregularidades cometidas, aquí evidenciadas.

Asimismo, la investigación comprobó que el procesado al suscribir el convenio consciente y voluntariamente celebró el contrato sin verificar que cumpliera con los requisitos legales esenciales, es decir, que se estaba vulnerando, en particular, los principios de economía, transparencia y selección objetiva.

En suma, está acreditada en grado de certeza que la conducta estudiada se adecua en el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en calidad de autor de conformidad con lo dispuesto por el artículo 29 del Código Penal.

4. Antijuridicidad

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 del Código Penal, para que una conducta se considere punible debe lesionar o poner efectivamente en peligro y sin justa causa el bien jurídicamente tutelado.

La Corporación, frente este tipo de delitos¹⁰⁹ viene sosteniendo que lo protegido es el debido funcionamiento de la administración pública, de ahí que el injusto se decanta en el incumplimiento de un deber del servidor estatal como garante de ese interés jurídico.

La función pública es el conjunto de las actividades que realiza el Estado a través de las ramas del poder público, destinada a alcanzar los fines esenciales consagrados en la Constitución Política, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes Superiores, así como asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, por lo tanto, el apego de los servidores estatales a la legalidad es uno de los pilares fundamentales.

El artículo 6° de la Carta en cuanto a la responsabilidad jurídica de los funcionarios públicos establece que deben responder ante las autoridades por infringir la Constitución y la ley, y por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, lo cual guarda correspondencia con el artículo 122 constitucional al consagrar que no habrá cargo o empleo público que no tenga funciones detalladas preestablecidas.

La Corte ha sostenido que: *«al elevar a la administración pública a la categoría de bien jurídico que debe tutelar el derecho penal, el legislador pretende generar confianza en el conglomerado para que acudan a los procedimientos institucionales en aras de resolver los conflictos que surjan entre ellos, en el entendido de que encontrarán trámites y*

¹⁰⁹ CSJ SP9087-2014, Rad. 39356, reiterada en la SP740-2015, Rad. 39417.

soluciones correctos, tras los cuales, el representante estatal entregará a cada quien, en forma justa, equitativa, lo que le corresponde»¹¹⁰.

Para la materialización de este elemento no basta que se satisfaga desde el punto de vista netamente formal, esto es, exclusivamente referido a la contradicción entre la norma jurídica y la conducta del agente, sino que correlativamente es imperioso que ponga efectivamente en peligro o lesione sin justa causa el bien jurídico objeto de protección, es decir, debe configurarse la antijuridicidad material de la cual se deriva el principio de lesividad.

En el caso presente, la conducta endilgada al procesado además de típica es antijurídica en tanto su proceder de manera real y efectiva, sin existir una causal de justificación demostrada, lesionó el bien jurídico de la administración pública al vulnerar el principio de legalidad que se impone proteger en el trámite contractual.

Los principios rectores de la contratación estatal, entre ellos el de responsabilidad son requisitos esenciales de los contratos de la administración pública, pues propenden por la participación democrática en condiciones de lealtad e igualdad, la moralidad y la transparencia de la función pública, los que evidentemente fueron desconocidos como se ha demostrado en el transcurso de este fallo.

También se lesionaron los principios de la función pública, la cual debe estar al servicio de los intereses

¹¹⁰ CSJ SP, 17 jun. 2015, Rad. 45622 y SP, 12 feb. 2014, Rad. 42501.

generales desarrollada a través de los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

En consecuencia, el comportamiento de JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ es opuesto a los intereses de la sociedad en cuanto mancilló materialmente los principios rectores de la contratación pública, traducidos en reglas y exigencias de carácter legal de inexorable cumplimiento.

Además, con su actuar menoscabó la confianza general de la sociedad en la vigencia de las normas, las cuales fueron burladas en detrimento del interés general.

5. Culpabilidad.

En este caso no se acreditó, ni siquiera se planteó por la defensa que el acusado al momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, careciera de la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estado similares (art. 33 C.P). Es así como CÁRDENAS CHÁVEZ además de conocer que estaba actualizando los elementos estructurales del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sabía que se comportaba antijurídicamente sin concurrir en su favor causal atendible que lo exima de responsabilidad.

Al suscribir el mencionado contrato lo hizo en pleno uso de sus facultades mentales y caprichosamente desacató las reglas de la contratación estatal, pudiendo actuar con apego a la legalidad de acuerdo con los fines de la función pública

citados.

CÁRDENAS CHÁVEZ es profesional en ingeniería civil, con experiencia en temas de contratación, en razón a la capacitación y ejercicio de sus funciones públicas como Gobernador al momento de los hechos, por lo cual estaba en capacidad de comprender la ilicitud y de actuar conforme a esa comprensión, es decir, era imputable, como lo exige el artículo 33 del Código Penal.

En la fecha de la suscripción del negocio jurídico pudo abstenerse de firmarlo y exigir la elaboración de los estudios de prefactibilidad y conveniencia que establecieran las características técnicas y los factores que permitieran construir una edificación consistente y firme, la necesidad de la obra, el éxito del proceso de selección de manera imparcial y el cumplimiento del fin para el cual fue realizada, pero no lo hizo.

Acreditados los requisitos contenidos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, sobre certeza de los hechos y de la responsabilidad del acusado, y acogiendo la solicitud de condena de la Fiscalía y el apoderado del Departamento del Huila, la Sala declarará a JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ responsable penalmente como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales conforme lo prevén los artículos 29 y 410 de la Ley 599 de 2000, respectivamente.

6. Dosificación punitiva.

Siendo la conducta ejecutada por el acusado típica, antijurídica y culpable se prevé como consecuencia una sanción punitiva, la que se establecerá conforme a los criterios de dosificación establecidos por el legislador.

El artículo 410 del Código Penal¹¹¹ contempla una pena de prisión de cuatro (4) a doce (12) años, es decir, cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años, lo que es lo mismo de sesenta (60) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Como se anunció *ab initio* de la parte considerativa, los hechos aquí investigados tuvieron ocurrencia antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 en el Departamento del Huila¹¹², por lo que para establecer el *quantum* punitivo la Sala no tendrá en cuenta el aumento general de penas consagrado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004¹¹³.

6.1. De la pena privativa de la libertad.

El ámbito de movilidad es de 96, dividido en 4, arroja

¹¹¹ Texto original de la Ley 599 de 2000, toda vez que es la norma aplicable para la fecha de los hechos.

¹¹² 1º de enero de 2007

¹¹³ CSJ SP2904, 9 marzo de 2016, Rad. 47583. CSJ AEP-00042, 22 abr. 2021, Rad. 00339

como resultado 24 meses, es decir, que el rango de punibilidad está conformado por un primer cuarto comprendido entre 48 a 72 meses, cuartos medios que van de 72 más un día a 120 meses, y un cuarto último que oscila entre 120 un día y 144 meses de prisión.

Conforme lo prevé el inciso 2° del artículo 61 del Código Penal, como en el presente asunto la Fiscalía no imputó circunstancias de mayor punibilidad de las previstas en el artículo 58 *ibidem* y, se advierte en favor del procesado la circunstancia de atenuación de que trata el numeral 1° del artículo 55 *idem*, por no haberse demostrado la existencia de antecedentes penales, lo que determina que la pena debe tasarse dentro del **cuarto mínimo**, esto es, entre los guarismos de **48 a 72 meses**.

Previo a continuar, conviene precisar que frente al reconocimiento de la circunstancia de menor punibilidad, la Sala de Casación Penal¹¹⁴, ha sostenido que la pretensión punitiva de sancionar en sus justos límites corresponde exclusivamente al Estado y por tanto, es a éste a quien incumbe demostrar la existencia de los antecedentes para que produzcan efectos jurídicos. Así lo decantó:

"3. En la revisión del expediente se constata que no existe documento alguno que demuestre que DELMIRO ANTONIO CUADRADO CORREA posee antecedentes penales. Esto es, que en su contra se hubiese proferido una sentencia condenatoria, ya en firme.

En efecto, de conformidad con el artículo 248 de la Constitución Política:

¹¹⁴ CSJ. SP. Radicado 19970 de 27 de abril de 2005.

'Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales'

Ahora bien, como la pretensión punitiva, en el sentido de sancionar al autor de una conducta punible en los justos límites de su culpabilidad radica exclusivamente en cabeza del Estado, es a sus órganos o funcionarios a quienes corresponde demostrar la existencia de los antecedentes para hacerles producir los efectos jurídicos.

4. Es, sin duda, deber del Juez estudiar todas las circunstancias que inciden en la punibilidad. Así lo exige el artículo 61 del Código Penal. Si el Tribunal Superior olvidó o no reparó en las circunstancias de menor punibilidad consagradas en el artículo 55 ibídem, como aquella que consiste en "la carencia de antecedentes penales", generando consecuencias nocivas para el implicado, ese defecto in iudicando puede ser enmendado en casación.

No es que los Jueces de instancia hubiesen supuesto o imaginado que CUADRADO CORREA tenía antecedentes penales. Pues de haberlo hecho, se estaría ante un error de hecho por falso juicio de existencia.

Lo que ocurrió en este caso, fue que se ignoró la circunstancia de menor punibilidad establecida por virtud de la ley y por ello se tasó la pena tomando como punto de partida el cuarto máximo.

De ese modo, el Tribunal Superior dosificó la pena para el delito más grave, homicidio agravado, en 37 años de prisión, y desde ahí realizó los cálculos pertinentes al concurso y a la deducción por sentencia anticipada.

Como pasa a demostrarse, ese punto de partida ha debido ser inferior.

5. No asiste razón a la Procuradora Delegada en cuanto observa

que la casacionista quiere derivar consecuencias de una prueba inexistente, pues el objetivo del reproche claramente expresado es recordar que no se allegaron documentos que acreditara la existencia de antecedentes penales y que, por tanto, esa realidad tenía que haberse estimado entre los factores determinantes de la menor punibilidad.

6. El Código Penal, Ley 600 de 2000, no permite tanta discrecionalidad al Juez, como ocurría en el régimen anterior, pues ya no puede moverse indiscriminadamente entre el mínimo y el máximo de la pena que trae el tipo infringido, sino que establece tres pasos a seguir obligatoriamente para la dosificación de la pena en un caso concreto:

6.1 Inicialmente, determinar el ámbito de punibilidad, que consiste en establecer los máximos y los mínimos aplicables en consideración al hecho imputado, con todos sus factores, modalidades y circunstancias que inciden en la punibilidad (artículo 60). El guarismo que resulta restando el mínimo del máximo es el ámbito de punibilidad¹¹⁵.

En suma, corresponde al Estado demostrar la existencia de los antecedentes para los fines del proceso, de tal manera que, si no se prueban, debe asumirse que el procesado carece de ellos.

Respecto a la necesidad de motivación de las circunstancias previstas en el inciso 3º del artículo 61 del Código Penal, la Sala de Casación viene pregonando:

«3.3.3. Aunque el artículo 59 del Código Penal obliga al juez a incluir en la sentencia «una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena», ello no significa que tenga el deber de analizar de manera pormenorizada, en los asuntos sometidos bajo su conocimiento, todos y cada uno de los factores previstos en los incisos 3º y 4º del artículo 61 del Código Penal.

¹¹⁵ CSJ. *Ibidem*.

Lo anterior, por cuanto la cuantificación de la pena dentro del ámbito de movilidad legalmente establecido debe sujetarse a las particularidades de cada asunto, como ya se precisó (3.3.2), y el juez, al motivarla, puede por esas mismas circunstancias destacar la importancia de unos criterios por encima de otros. Por ejemplo, priorizar el grado de afectación del bien jurídico sobre la modalidad de imputación subjetiva del tipo; o la función preventiva especial de la pena sobre los demás fines y factores de consideración.

*De hecho, los criterios orientadores de los incisos 3º y 4º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000 estarán contenidos en todas aquellas apreciaciones atinentes a (i) la gravedad del injusto (desvalor de la acción, del resultado, atenuantes, etc.) y (ii) el grado de culpabilidad (entendida como el reproche que se le efectúa al procesado por la realización de la acción). Por lo tanto, será suficiente la motivación que para imponer un concreto monto punitivo conlleve, en esencia, la valoración de cualquiera de los aludidos parámetros. (...)*¹¹⁶.

En ese orden, la conducta por la cual procede la condena reviste la mayor gravedad, por cuanto JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ hizo a un lado el interés público encomendado a través del voto popular, traicionando la confianza de la ciudadanía. Como ya se vio con amplitud, el contrato no estuvo precedido de estudios serios y completos, por lo tanto, debió observar y verificar que se celebrara con apego a la ley, empero, el contrato fracasó por cuanto la obra nunca cumplió el fin para el cual fue construida, esto es, para beneficiar con dicho espacio a la Escuela de Formación Cultural del Municipio de Tello.

La intensidad del dolo es evidente al comprobarse que el

¹¹⁶ CSJ SP, 30 Abr. 2014, Rad. 41350. Fundamentos reiterados SP, 2 Dic. 2015, Rad. 44840.

procesado formalizó el contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, lo cual hizo con pleno conocimiento de la inexistencia de los estudios de prefactibilidad y conveniencia, con tan solo un plano que lejos está de cumplir las características de uno estructural, que dado su profesión de ingeniero civil tenía claro.

Fue tal la entidad del dolo que el burgomaestre controló el proceso contractual, habida consideración que suscribió las invitaciones, comunicó la adjudicación y celebró el contrato a sabiendas que el trámite se había realizado de manera irregular, pues los conocimientos y experiencia adquiridos en el cargo de secretario de obras públicas del mismo ente territorial, como alcalde del Municipio de Acevedo y Gobernador, lo muestran como conocedor de la normatividad que para la época regía la contratación estatal, aún así, decidió suscribir el negocio jurídico con las consecuencias aquí advertidas.

En cuanto a la necesidad de la pena atendiendo sus fines de prevención especial y general obligan a la Sala a no partir del mínimo en el cuarto aplicable, ya que su imposición contribuirá con el restablecimiento de la convivencia armónica y pacífica en las regiones en donde se ejecutó el punible y en todo el territorio nacional, al evitar o por lo menos disminuir la comisión de conductas punibles debido a su poder disuasivo e intimidatorio, y que su aplicación efectiva llevarán al procesado a resocializarse y no volver a delinquir¹¹⁷.

¹¹⁷ CC C-747-2001.

Atendiendo estas circunstancias, la Sala impondrá una pena de **50 meses de prisión**.

6.2. De la pena de multa

La pena de multa oscila entre 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes siendo el ámbito de movilidad 37.5, en consecuencia, el primer cuarto va de 50 a 87.5; los medios de 87.5 a 125 y de 125 a 162.5; y el máximo de 162.5 a 200.

De acuerdo con lo preceptuado en el numeral 3° del artículo 39 del Código Penal, la determinación de la cuantía de la multa será motivada por el Juez teniendo en cuenta el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar.

De acuerdo con lo anterior fue grave el daño causado a la sociedad por el actuar del procesado en tanto ocasionó la desconfianza de la comunidad respecto del desempeño de la administración pública departamental, conducta realizada con un dolo intenso ya que como ordenador del gasto suscribió un negocio jurídico vulnerando las normas especiales que regulan los convenios de asociación y pilares fundamentales de la contratación estatal.

Es decir, la afrenta contra el bien jurídico de la administración pública provino de un servidor público dignatario de alta jerarquía en el Departamento, en quien la comunidad tenía cifradas altas expectativas de vocación de servicio, con lo cual se deterioró la confianza ciudadana de la comunidad¹¹⁸.

De acuerdo con lo anterior, se procederá a calcular con ese presupuesto y metodología la pena de multa.

Con igual raciocinio y proporción que se dedujo para la pena de prisión (del ámbito de movilidad de 24 meses se tomaron 2 meses, o sea 1/12 parte, que equivale al 8.33%, es decir 3.12 s.m.l.m.v.), lo que arroja un total de **53.12 salarios mínimos legales mensuales vigentes**.

El anterior monto corresponde a los criterios previstos en el artículo 39-4 *ibidem* analizado y la situación económica acreditada en el proceso permite concluir que está en condiciones de pagar esa suma.

Es preciso indicar que la pena de multa se deberá consignar a nombre del Consejo Superior de la Judicatura, según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000.

6.3. De la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas

Siguiendo el sistema de cuartos que se hace extensivo para esta sanción, se tiene que el delito de contrato sin

¹¹⁸ CSJ SP16558-2015, rad. 44840.

cumplimiento de requisitos legales prevé una pena de inhabilidad que oscila entre los 60 a los 144 meses, por lo que se fija un primer cuarto de movilidad comprendido entre 60 a 81 meses, dos cuartos medios establecidos entre 81 más un día a 123 meses un día y un cuarto final de 123 un día a 144 meses.

Como quiera que solo se le endilgó al procesado una circunstancia de menor punibilidad, se hace imperativo seleccionar el cuarto mínimo, esto es de 60 a 81 meses de inhabilidad y, bajo el mismo razonamiento que se tuvo en cuenta para fijar la pena de prisión se aumenta en 8.33% (de 21 meses, o sea 1.7 meses) el *quantum* mínimo de la pena de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, dando un total de **61.7 meses**, es decir, a 61 meses, 21 días.

6.4. De los mecanismos sustitativos de la pena privativa de la libertad

Tratándose de un delito cometido contra la administración pública, el artículo 68A del Estatuto Punitivo prohíbe la concesión de beneficios y subrogados penales.

Sin embargo, tal preceptiva fue incluida en el ordenamiento penal por las Leyes 1453 y 1474 de 2011; 1709 de 2014; y, 1773 de 2016, vigentes con posterioridad a la fecha de los hechos, razón suficiente para no aplicar la citada prohibición; por lo tanto, es imperativo el estudio de los subrogados penales, de cara al cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador para la fecha de comisión de los hechos, tal como lo viene aplicando esta

Corporación en casos similares en relación de delitos contra la administración pública antes de la vigencia de las citadas normas¹¹⁹.

6.4.1. Suspensión condicional de la ejecución de la pena

Se negará el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena por no concurrir el requisito objetivo definido a partir de la pena de prisión impuesta en este caso de 50 meses de prisión, quantum que supera el límite previsto en el artículo 63 original de la Ley 599 de 2000, aplicable teniendo en cuenta la época de los hechos y por ofrecerle mayores ventajas al acusado, de 36 meses. Es innecesario, en consecuencia, analizar el factor subjetivo del instituto.

6.4.2. De la prisión domiciliaria

Según la fecha de los hechos la norma a aplicar es el original artículo 38 de la Ley 599 de 2000:

«La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

- 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.*
- 2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del*

¹¹⁹ CSJ SP1785-2019, rad. 55124.

sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

1) Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.

2) Observar buena conducta.

3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo.

4) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello.

5) Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC.

El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el Juez o Tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará, entre otros, un sistema de visitas periódicas a la residencia del penado para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.

Cuando se incumplan las obligaciones contraídas, se evada o incumpla la reclusión, o fundadamente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, se hará efectiva la pena de prisión.

Transcurrido el término privativo de la libertad contemplado en la

sentencia, se declarará extinguida la sanción.»

Este instituto ha sido modificado por las Leyes 1142 de 2007; 1453 de 2011 y, 1709 de 2014, normas que previeron la exclusión de subrogados a diferencia del original artículo 38. Aun cuando la actual legislación prevé un requisito objetivo más favorable para los intereses del procesado [8 años], lo cierto es que su aplicación aparejaría la prohibición prevista en el artículo 68 A, razón por la que la concesión de este subrogado se analizará de cara a lo previsto en el original artículo 38 de la Ley 599 de 2000.

En el presente evento se procede por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el original artículo 410 de la Ley 599 de 2000, norma aplicable a la fecha de los hechos, la que fija como pena mínima la de cuatro años (48 meses), motivo por lo que el presupuesto objetivo señalado en el canon 38-1 *ibídem* se encuentra acreditado.

En relación con el requisito de carácter subjetivo relacionado con el análisis del desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado, cuya finalidad es establecer si fundada y motivadamente no colocará en peligro a la comunidad, ni evadirá el cumplimiento de la pena, siguiendo línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal se debe tener presente las funciones de la pena previstas en el artículo 4° del Código Penal, las cuales serán observadas no solo en la individualización de la pena sino en su ejecución, extendiéndose a la figura de la reclusión domiciliaria¹²⁰.

¹²⁰ CSJ SP4134-2016

Sobre el particular ha dicho:

Exige igualmente la norma que "el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena", conclusiones que no pueden obtenerse sin estudiar los fines de la pena.

El artículo 4° del Código Penal señala que la pena cumplirá funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado y que la prevención especial y la reinserción operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

La Corte interpreta que cuando allí se declara que las funciones de prevención especial y reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión (sea esta domiciliaria o carcelaria) no se excluyen las demás funciones como fundamento de la misma pena, sino que impide que sean la prevención especial y la reinserción criterios incidentes en la determinación o individualización de la pena privativa de la libertad.

Significa lo anterior, que tanto para imponer, como para ejecutar la prisión domiciliaria en sustitución de la prisión carcelaria deben tenerse en cuenta también las funciones de la pena que tienen que ver con la prevención general y la retribución justa.

Independientemente de las afinidades teóricas que se tengan sobre los conceptos básicos que integran las funciones de la pena, la decisión de política criminal del Estado Colombiano en cuanto a los principios y los fines de la pena es la adoptada en los artículos 3 y 4 del Código Penal. Desde esa óptica, la función de "retribución justa" puede abordarse de manera general en dos estadios claramente diferenciados del proceso penal. Como criterio que influye en la determinación judicial de la pena, en cuanto es en tal momento que se define la medida de la retribución y

se determina su contenido de justicia, de mano de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y, como función vinculada a la ejecución de la pena que no puede ser dejada de sopesar cuando vaya a enjuiciarse la adopción de providencias que anticipen material y condicionalmente una parte de la privación efectiva de la libertad o la subroguen por un periodo de prueba.

Igual cosa ocurre con la función de "prevención general", a través de la cual se advierte a la sociedad de las consecuencias reales que puede soportar cualquiera que incurra en una conducta punible: paradójicamente el hombre se ve compelido a proteger la sociedad mediante la amenaza a los individuos que la componen. Porque el orden jurídico es un sistema que opera bajo la fórmula acción - reacción, supuesto - consecuencia jurídica. Ese fin de "prevención general" es igualmente apreciable tanto para la determinación judicial de la pena como para el cumplimiento de la misma, pues se previene no solo por la imposición de la sanción, sino y sobre todo, desde la certeza, la ejemplarización y la motivación negativa que ella genera (efecto disuasivo), así como desde el afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva)¹²¹.

Conforme con este derrotero, encuentra la Sala que existe un pronóstico favorable para que el acusado cumpla la sanción impuesta al interior de su domicilio, por cuanto es suficiente para que se materialice las funciones de la pena de prevención general y especial como de retribución justa.

No se desconoce que la conducta punible por la cual se emitirá condena es grave en tanto se afectó el bien jurídico de la administración pública y fue desarrollada cuando éste ostentaba la calidad de servidor público, pero lo cierto es que acaeció en el año de 2005.

¹²¹ CSJ SP, 28 nov. 2001, rad. 18285, reiterado en CSJ SP15528-2016, rad. 40383.

De otra parte, la Sala no puede realizar una doble valoración acerca de la gravedad del daño ocasionado, al momento de evaluar el desempeño laboral o social del sentenciado frente a la repercusión social de la conducta, siendo evidente que en la actualidad el procesado no ejerce función pública, está retirado del servicio público y carece de vínculo contractual con el Estado.

Sobre este punto, esta Corporación, en un caso de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, unificó la postura en el sentido de que la gravedad de la conducta está por fuera de toda consideración cuando se trata de evaluar el desempeño social o laboral del sentenciado. En extenso se adujo:

En tal sentido la Corte ha girado en torno a dos posturas: una que sostiene que la gravedad de la conducta está por fuera de toda consideración cuando se trata de evaluar el “desempeño, laboral o social del sentenciado.” Así, en la SP del 9 de julio de 2014, Rad. 43711, sostuvo:

Ahora bien, desestima la Corte el argumento del Tribunal al negar la prisión domiciliaria, cuando afirmó que dada la calidad de servidora pública de la acusada ésta merecía un tratamiento más severo por parte de la administración de justicia, frente a infractores de la ley penal que no ostenten dicha condición, pues tal circunstancia es atendible pero al momento de fijar el quantum punitivo, más no para establecer la viabilidad de sustituir o suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad, pues su procedencia se limita a los aspectos fijados, en lo que se refiere a la prisión domiciliaria, en el artículo 38 del Código Penal, los cuales aluden a la conclusión de que el procesado no representa peligro para la comunidad ni evadirá el cumplimiento de la sanción.”

La otra tesis, por el contrario, afirma que la intensidad del injusto,

más allá del cumplimiento del factor objetivo, es un factor a analizar al apreciar "el desempeño, personal, laboral y social del sentenciado." Así, en la SP, del 9 de octubre de 2013, Rad. 40536¹²², la Corte sostuvo:

"Para fijar el contenido y alcance que de acuerdo con el precepto 38.2 del C.P., posibilita que la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumpla en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto del que el juez determine y de acuerdo con el cual es presupuesto indispensable "Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena", esto es, en el proceso de su decantación, la Corte ha señalado que sólo es posible valorar este requisito dentro del ámbito subjetivo que entrañan sus elementos condicionantes, bajo el entendido que la sustitutiva (colmado el factor objetivo referido a la penalidad no superior a 5 años), sólo es viable cuando la gravedad del comportamiento, atendida la repercusión social intrínseca y las funciones de la pena desde la perspectiva de la retribución justa, prevención especial y reinserción social, lo posibilita."

Esta última interpretación lleva a la conclusión de que la conducta se debe apreciar desde una doble perspectiva: una, que corresponde a una mirada desde el factor objetivo, que se sustenta en una consideración de orden legal sobre la base del quantum de la pena, y otra que mira a la conducta en su expresión concreta, en su repercusión social intrínseca desde la perspectiva de los fines de la pena.

Es necesario entonces unificar esa interpretación y optar por la primera alternativa que articula la gravedad del injusto, la finalidad del instituto y los fines de la pena.

En ese orden, para lo que ahora corresponde, se debe señalar que no existe ninguna prueba que indique que el procesado ha cometido conductas del mismo tipo, ni antes ni después de la comisión de la

¹²² Se cita: «En la decisión indicada se mencionó como antecesores las SP 16519/02, 18455/05, 21620/06, 26794/07, 29676/08, 31058/09, 35153/11, 32571/12 y 40159/13, entre otras».

conducta que se le imputa, ni que haya evadido las citaciones o llamados judiciales¹²³.»

En consecuencia, es un yerro pensar que las finalidades de la pena se cumplen únicamente con la privación de libertad intramural y no con la prisión domiciliaria, la cual restringe derechos fundamentales puesto que en ambos opera las funciones de prevención especial¹²⁴.

Aunado a lo anterior, el comportamiento procesal asumido por CÁRDENAS CHÁVEZ revela que no eludirá el cumplimiento de la sanción. No puede desatenderse que aun conocedor de las consecuencias a las que se enfrentaba en el presente proceso atendió los llamados de la administración de justicia, actitud que permite inferir de manera fundada que no eludirá el cumplimiento de la sanción, pues en él ha obrado el condicionamiento interno de resocialización y acogimiento a la ley.

Además, en el expediente hay constancia de su arraigo familiar y social puesto que es de estado civil casado y padre de familia, con residencia fija en el mismo lugar durante varios años en el municipio de Chía (Cundinamarca).

Es decir, los datos de arraigo familiar, social y laboral que tiene el procesado establecen un referente objetivo y cierto que permiten suponer positivamente que no evadirá el cumplimiento de la pena impuesta, tal como lo exige esta Corporación¹²⁵. Tampoco hay noticia de una mala conducta

¹²³ CSJ SP2294-2019, rad. 47475.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ CSJ SP918-2016

en esos ámbitos en el proceso.

Lo anterior demuestra que en el caso en estudio la prisión domiciliaria es un mecanismo idóneo para cumplir la pena y sus funciones que deben obrar en los sentenciados, como un reconocimiento a su comportamiento posterior al acto delictivo.

Recuérdese que con la prisión domiciliaria también se satisface automáticamente el fin de prevención general positiva y especial.

En cuanto a la primera, permite estabilizar así la infracción de la norma y transmite la censura institucional a la conducta del condenado; y, en cuanto a la segunda, en su aspecto negativo, por cuanto el penado habrá de permanecer privado de su libertad en el domicilio a condición de cumplir a cabalidad las obligaciones impuestas judicialmente, y en caso de que incumpla se deberá revocar la sustitución de la ejecución de la pena y reactivarse la reclusión carcelaria¹²⁶.

En esas condiciones al acreditarse los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el artículo 38 del Código Penal es clara la procedencia de la prisión domiciliaria, bajo la obligación de cumplir con los compromisos fijados en el numeral 3º *ibidem*, previa caución por la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad en el domicilio el procesado suscribirá diligencia de

¹²⁶ *Ibidem*.

compromiso, luego de lo cual se coordinará con el INPEC la vigilancia de prisión domiciliaria, criterio que viene siendo aplicado por esta Sala en CSJ SEP-2020, rad. 49761.

Como en el presente asunto la Corporación, en decisión AEP068-2020 de 7 de junio de 2020, concedió al procesado JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ la revocatoria de la medida de aseguramiento no privativa de la libertad, el cumplimiento de la pena en su domicilio se dará una vez adquiera firmeza el presente fallo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 de la Ley 600 de 2000. Así lo ha decidido esta Corporación:

Es así como, se reitera, el entendimiento del inciso segundo del artículo 198 (sic) es como sigue: negado el subrogado de la condena de ejecución condicional, la privación de la libertad sólo podrá ordenarse una vez en firme la sentencia. Pero, si en el curso del proceso se había dictado medida de aseguramiento de detención sin excarcelación, fundado este último aspecto en el no cumplimiento del requisito objetivo del subrogado o en las prohibiciones expresas de la respectiva causal de libertad, la captura podrá ordenarse de inmediato. La expresión "sin excarcelación" tiene necesariamente que referirse a la que se funda en la anticipación del sustituto penal de la suspensión de la condena, como que ese es el tema traído a colación por la primera parte del mencionado inciso 2°.

De la misma manera se presenta en los casos de libertad provisional por otro motivo diferente al de la condena de ejecución condicional, por ejemplo por vencimiento de términos sin iniciar la audiencia pública, toda vez que llegada la oportunidad de dictar fallo de primera, segunda o única instancia la situación de libertad debe regirse por el subrogado desapareciendo así las circunstancias procesales para mantener las situaciones de excarcelación y, si se niega la condena de ejecución condicional, recobra vigencia la anterior decisión de detención

*preventiva sin excarcelación, si es que existe*¹²⁷.

7. Los daños y perjuicios.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 137 de la Ley 600 de 2000, el Departamento del Huila se constituyó en parte civil en atención a que el delito investigado atenta contra el bien jurídico de la administración pública y el representante legal de la entidad pública perjudicada el departamento del Huila era el procesado, demanda admitida en auto AP2835-2017 de 3 de mayo de 2017¹²⁸.

De acuerdo con lo estipulado por el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso en que se haya acreditado la existencia de perjuicios con fuente en la conducta punible, el juez procederá a liquidarlos con arreglo a lo demostrado en el proceso, y en el fallo condenará al responsable a indemnizar los daños causados con el injusto penal. Adicionalmente, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho, si a ello hubiere lugar¹²⁹.

Sistemáticamente, el artículo 94 del Código Penal dispone que la conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de ella a la víctima o a los ofendidos, como el deber de restituir las cosas al estado en que se encontraban en el momento anterior a la comisión del delito, cuando ello fuere posible¹³⁰.

¹²⁷ CSJ, 20 May. 2003, Rad. 18684, proveído reiterado recientemente por la Sala de Casación Penal en SP2544-2020, 22 Jul. 2020, Rad. 56591.

¹²⁸ Fls 5 a 12 Cd. parte civil.

¹²⁹ CSJ SP18532-2017, rad. 43263.

¹³⁰ Cfr. *Ibidem*

De conformidad con el artículo 6° de la Ley 610 del 2000 se entiende por daño patrimonial del Estado la lesión del patrimonio público por el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna. Ese daño patrimonial (material) se refleja, para efectos de cuantificación, en los conceptos de **daño emergente** y **lucro cesante**, que derivan de la legislación civil.

El artículo 1613 del Código Civil determina que la indemnización de perjuicios comprende esos dos conceptos, “*Entendiéndose por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento*”, en tanto que el lucro cesante es “*la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación...*” (artículo 1614).

La Sala de Casación Penal ha concebido el daño emergente como el perjuicio sufrido en el patrimonio económico de la víctima, derivado de ponderar el valor de los bienes perdidos o su deterioro respectivo, y las expensas asumidas para superar las consecuencias del suceso lesivo¹³¹.

El segundo (lucro cesante) consiste en las ganancias o lo que deja de percibir el perjudicado a causa de la comisión del delito¹³².

¹³¹ Cfr. CSJ SP 17 abril de 2013, rad. 40559; reiterado en CSJ SP18532-2017, rad. 43263.

¹³² Cfr. *Ibidem*.

En cuanto a los perjuicios morales se han reconocido dos modalidades, los subjetivos y los objetivados. Los primeros lesionan el fuero interno de las víctimas y se traducen en la tristeza, el dolor, la congoja o la aflicción que sienten las personas, y por lo mismo, no son cuantificables económicamente (artículo 56 del Código Penal), y los segundos, repercuten sobre la capacidad productiva o laboral de la persona agravada y, por consiguiente, son cuantificables pecuniariamente¹³³.

Por regla general las personas jurídicas no sufren perjuicios morales subjetivos por cuanto no pueden experimentar dolor físico o moral, pero ello no obsta para que se puedan reconocer otros de carácter extra patrimonial que derivan, por ejemplo, de la lesión del buen nombre de la entidad, en la medida que aparezcan demostrados en el proceso, los cuales serán resarcibles cuando amenazan concretamente la existencia o mermen significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento o las pongan en franca inferioridad frente a otras de su género o especie¹³⁴.

La demostración de los daños para ser liquidados se predica del perjuicio material, quedando el juez con la facultad de fijar los no valorables pecuniariamente, es decir, los morales de carácter subjetivo, cuyo único límite está determinado por la ley a partir de factores relacionados con la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado¹³⁵.

¹³³ Cfr. *Ibidem*.

¹³⁴ Cfr. *Ibidem*.

¹³⁵ Cfr. *Ibidem*.

Además, el daño para ser indemnizable debe ser cierto, directo y actual¹³⁶.

En este asunto se demostró que el burgomaestre celebró un contrato de obra civil con la empresa Figueroa Trujillo S. en C., sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales atinentes a los principios de economía y transparencia por falta de planeación. Se acreditó, que dicho proceso contractual brilló por la ausencia de planos y diseños del objeto contractual y, aunque la obra se ejecutó en su totalidad, en la medida que se construyó el kiosco, dicha estructura no cumplió con la finalidad para la cual se edificó.

Como consecuencia de la falta de los planos y diseños, entre otros estudios, la estructura presentó fallas estructurales en la cubierta que obligaron al contratista a construir una columna de soporte a la viga principal para corregir el pandeo año y medio después de entregado el kiosco (15 noviembre de 2002) y de liquidado el contrato (16 de diciembre de 2002), pese a que aquella había sido advertida con anterioridad por el funcionario de la Gobernación encargado de la interventoría (11 de junio de 2002). Sin embargo, pese a que se tomó dicha acción correctiva para mantener la estabilidad de la estructura, esta terminó por colapsar años después.

Con miras a determinar la posible existencia de perjuicios materiales ocasionados con la conducta punible, la Sala ordenó al Cuerpo Técnico de Investigación (C.T.I.) la designación de un perito contable para que los tasara de

¹³⁶ Cfr. CSJ SP, 11 agosto 2004, rad. No. 20139.

acuerdo con los parámetros legales y la prueba acopiada a dicho momento, de suerte que el 27 de septiembre de 2016, dictaminó como daño emergente la suma de \$37.365.849,42.¹³⁷

La Sala no tendrá en cuenta dicho dictamen pericial porque la perito para arribar a esa conclusión, tuvo en cuenta los valores erogados para el pago del contrato (anticipo y el remante para completar el total), lo cual no constituye un perjuicio derivado del delito, contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En efecto, los recursos desembolsados fueron invertidos en la construcción de la obra, pero lo que aquí se cuestiona como fuente de eventuales perjuicios, es la no elaboración de los planos y diseños con antelación al trámite y celebración del contrato, omisión que pudo influir en el colapso prematuro de la estructura, sin embargo, en el proceso no se encuentra acreditado que efectivamente se hubieran causado daños al departamento por ese motivo y/o a la comunidad por su no uso. Además, la parte civil no determinó daños en particular, ni los cuantificó, menos pidió pruebas con ese propósito y la investigación tampoco se ocupó de este tema. Incertidumbre que este momento procesal es imposible de salvar, motivo por el cual la Sala no condenará al acusado al pago de perjuicios.

8. Costas, expensas y agencias en derecho

No existe discusión alguna que el artículo 56 de la Ley

¹³⁷ Folios 117 y s.s. Cd Corte n.º 1.

600 de 2000, señala que en la sentencia condenatoria *“Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho **si a ello hubiere lugar**”*.

(Negrillas fuera de texto)

Lo primero sea advertir, que ante la gratuidad que rige el proceso penal de conformidad a lo previsto en el artículo 6° de la Ley 270 de 1996, claramente dentro de este no puede cobrarse arancel alguno en su procedimiento, pero ello por supuesto no implica como lo señala la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, que dicho principio irradie a aquellos *“gastos que originó el funcionamiento o la puesta en marcha del aparato judicial, debido a la reclamación de una de las partes”*, por ello, reconoce que la mayoría de las legislaciones del mundo contemplan la condena en costas en la medida que estos gastos fueron necesarios para obtener la declaración de un derecho, pues *“se trata ..., de restituir los desembolsos realizados por quienes presentaron una demanda o fueron llamados a juicio y salieron favorecidos del debate procesal.”*

No obstante, el máximo órgano de control constitucional en ejercicio de sus funciones y revisión del texto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, declaró inexecutable la expresión *“que habrán de liquidarse en todos los procesos sin excluir a las entidades públicas”*, pues consideró que era responsabilidad del legislador definir *“en cada proceso, si se amerita o no el cobro de las expensas judiciales, así como el determinar, según las formas propias de cada juicio, si se incluye o no a las entidades públicas dentro de la liquidación de agencias en derecho, costas y otras*

expensas judiciales.”

Para el caso que aquí interesa, entonces la Ley 600 de 2000, contempla como posible la liquidación de costas procesales¹³⁸, las que se conforman por dos rubros distintos, las expensas y las agencias en derecho, entendidas las primeras como *“los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo”*¹³⁹, definición que se acompasa con la reconocida por la Sala de Casación Penal, pues se predica que estas son *“los gastos necesarios realizados por cualquiera de las partes para adelantar el proceso, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos y los curadores, los impuestos de timbre, el valor de las copias, registros, pólizas, gastos de publicaciones”*¹⁴⁰.

Y, las segundas, es decir, las agencias en derecho *“no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora”*¹⁴¹, así también descrita por la Alta Corte, pues de ellas indica son *“los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, esto es, el pago de los honorarios de los profesionales del derecho que cada parte debió contratar para adelantar la gestión.”*¹⁴²

Es importante, precisar que la condena en costas no es el resultado de *“un obrar temerario o de mala fe, o siquiera*

¹³⁸ A diferencia de lo previsto en el artículo 55 del Decreto Ley 2700 de 1991 y lo previsto para la Ley 906 de 2004, donde resulta posible, pero una vez culminado el incidente de reparación integral, acudiendo por vía de integración normativa a lo señalado en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso

¹³⁹ Sentencia C-089 de 2002

¹⁴⁰ CSJ Radicado 34145 de abril 13 de 2011, reiterada SP440-2018 (49493) de febrero 28 de 2018.

¹⁴¹ Sentencia C-089 de 2002

¹⁴² Ídem.

*culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley.** De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”¹⁴³ (Negrillas fuera de texto)*

En el caso que concita la atención de la Sala, si hubiere lugar a estos -costas por agencias en derecho y expensas-, de conformidad a lo previsto en los artículos 2, 3 y 40 de la Ley 153 de 1887, el camino para adelantar el trámite para reconocerlas y fijarlas será el previsto en el Código General del Proceso, descrito en los artículos 365 y 366, ello por vía de integración tal como lo ordena el artículo 23 de la Ley 600 de 2000.

Corolario de lo anterior, lo propio sería realizar el reconocimiento de tales derechos y luego dar inicio a un trámite incidental que tiene lugar después de ejecutoria de la sentencia, empero, en el presente asunto, no fue acreditado gasto alguno realizado por la parte civil, por lo que la Sala no emitirá condena al pago de expensas.

¹⁴³ Sentencia C-157 de 2013

Idéntica situación acontece con las agencias en derecho, pues a pesar de contar con un abogado que representó los intereses de la Gobernación del Huila, en este caso, encuentra como limitante la Corporación que se desconoce si quien apoderó al ente territorial era funcionario o contratista del departamento; por lo que, al no haber acreditado tal pretensión siquiera de forma sumaria en la demanda¹⁴⁴ y tampoco en los alegatos de clausura de la etapa de juzgamiento, no habrá lugar a tal reconocimiento en contra de JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ.

Por medio de la Secretaría de la Sala, expídanse las copias de que tratan los artículos 469 y 472 del Código de Procedimiento Penal, aplicado.

Finalmente, ordenará declarar que la ejecución de las penas aquí impuestas le corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad del lugar de la prisión domiciliaria.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Primera Instancia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR a JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, de condiciones civiles y personales referidas en ese fallo, Exgobernador del Departamento del Huila, como autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de

¹⁴⁴ Cfr. Cd parte civil folios 5 a 13

requisitos legales [artículo 410 del Código Penal], por el cual fue acusado; en consecuencia, se dispone **CONDENARLO** a la pena principal de **50 meses de prisión, multa de 53.12** salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2005, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por **61.7 meses**, con fundamento en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO. - NO CONDENAR a **JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ**, al pago de perjuicios derivados de la conducta punible, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

TERCERO. - NO CONDENAR a **JUAN DE JESÚS CÁRDENAS**, al pago de expensas judiciales, ni agencias en derecho conforme a lo indicado en la parte motiva.

CUARTO. - DECLARAR que **NO** es procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

QUINTO. - SUSTITUIR al condenado la pena privativa de la libertad por la **PRISIÓN DOMICILIARIA** en el lugar de su residencia, con la obligación de cumplir con los compromisos fijados en el numeral 3° del artículo 38 de la Ley 599 de 2000, previa caución para su cumplimiento por la suma de 1 s.l.m.l.v., en los términos señalados. La cual se ejecutará una vez adquiere firmeza el fallo.

SEXTO. - En firme, REMITIR copias del presente fallo a las autoridades a las que alude el artículo 472 de la Ley 600 de 2000 y de las piezas procesales pertinentes al juez de

ejecución de penas y medidas de seguridad- reparto, para lo de su cargo.

SÉPTIMO. - Contra esta sentencia procede el recurso de apelación.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



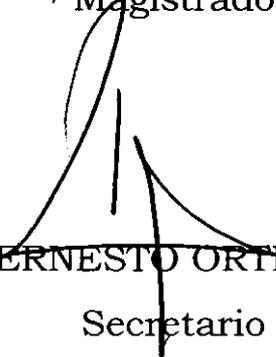
JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado



BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario