



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada Ponente

SEP 124-2022

Radicación N° 00086

Aprobado Acta No. 102

Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia a proferir sentencia penal dentro del proceso que se adelanta en contra de JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, otrora gobernador del Departamento del Huila, acusado por la presunta comisión del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

1. SITUACIÓN FÁCTICA

JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, como Gobernador del Departamento del Huila para el periodo 2001

a 2003, delegó en su secretario de Vías e Infraestructura el trámite y celebración del contrato de obra No. 586 del 31 de diciembre de 2002 con la sociedad CONINT Ltda., que tenía por objeto "*a todo costo construcción piscina de niños del municipio de San Agustín*", en un plazo de 90 días y por valor de \$184.800.637, el cual no se ajustó a los requisitos legales.

De esa manera, sin vigilar que la actividad de su delegatario se ajustara a la legalidad resultó desconocido el principio de economía al incumplir con el deber de planeación, puesto que el contrato de obra se celebró sin estudios previos, sin contar con interventoría y sin actuar con austeridad de tiempo, medios y gastos, lo cual aparejó su suspensión en diferentes ocasiones, que se necesitaran mayores volúmenes de excavación y se incrementaran los costos, al tiempo que el 31 de diciembre de 2003, el gobernador suscribió *otrosí* por valor de \$233.042.109, mismo al que posteriormente le adicionó \$28.954.338, ascendiendo así el negocio jurídico a un monto total de \$446.797.084, lo que iría en contravía de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, de la prohibición de adicionar los contratos estatales por más del 50% de su valor inicial.

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, porta la cédula de ciudadanía No. 4.881.008 de Acevedo (Huila), nació el 17 de junio de 1955 en el mismo municipio, es hijo de Dagoberto Cárdenas y María Helena Chávez de Cárdenas, de estado civil

casado con Karla Covaleda Ramírez, es padre de cinco hijos e ingeniero civil de profesión. Se desempeñó como Gobernador del departamento del Huila para el periodo 2001 a 2003.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. Etapa de investigación

El 18 de enero de 2016, la Fiscalía General de la Nación dispuso abrir investigación previa contra JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ por la presunta comisión del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*¹.

Vinculado a la actuación mediante indagatoria recepcionada el 12 de mayo de 2016², su situación jurídica fue resuelta el 31 de mayo de 2017 con medida de aseguramiento no privativa de la libertad, obligación de presentarse ante la autoridad judicial y prohibición de salir del país, como presunto responsable del ilícito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* consagrado en el artículo 410 del Código Penal. Por otro lado, la Fiscalía se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento por el delito de *peculado por apropiación* que le fuera imputado³.

El 8 de junio de 2018⁴, el ente investigador cerró la investigación y el 19 de septiembre siguiente calificó el mérito

¹ Fls. 223 a 227, cuaderno original No. 1, Fiscalía.

² Fls. 272 a 273, ídem.

³ Fls. 45 a 60, cuaderno original No. 2, Fiscalía.

⁴ Fl. 268, cuaderno original íbidem

sumarial con resolución de acusación por el citado delito contractual contra el bien jurídico de la administración pública, concurriendo la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 9° del artículo 58 del Código Penal, en tanto que precluyó la investigación por el delito de *peculado por apropiación* por no haberse generado un detrimento al departamento⁵.

3.2. Etapa de Juicio

Ejecutoriado el calificadorio el 13 de noviembre de 2018⁶, el expediente fue remitido a esta Sala Especial y corrido el traslado contemplado en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000⁷, por auto AEP 041-2020 se negó la nulidad solicitada por la defensora del enjuiciado, en tanto se accedió a la práctica de las pruebas deprecadas⁸.

4. RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

La Fiscalía Segunda Delegada ante la Corte Suprema de Justicia acusó a CÁRDENAS CHÁVEZ como presunto autor del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* de conformidad con las previsiones del artículo 410 del Código Penal, pues en su calidad de Gobernador del Departamento del Huila permitió el trámite y celebración de manera irregular del contrato No. 586 de 31 de diciembre de 2002 con la sociedad CONINT Ltda.

⁵ Fls. 118 a 138, cuaderno original No. 3, Fiscalía.

⁶ Fls. 206 a 218, ídem

⁷ Fl. 3, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

⁸ Fls. 46 a 67, ibidem.

Indicó que la conducta la cometió al delegar en el secretario de Vías e Infraestructura, Hernando Quesada Trujillo el trámite y suscripción del contrato sin vigilar que la actividad de su delegatario cumpliera los requisitos legales esenciales, lo que ocasionó una infracción a los principios de economía, transparencia y responsabilidad que rigen en la Ley 80 de 1993.

El ente instructor encontró demostrada la calidad de servidor público del aforado, pues para los años 2001 a 2003 se desempeñó como gobernador del Departamento del Huila, por lo tanto, tenía la competencia funcional de dirección, esto es, el control y la supervigilancia de todas las actividades delegadas a otros funcionarios de su administración.

Respecto del principio de economía, indicó que fue transgredido al haber sido desconocido el deber de planeación, ya que al omitir la elaboración de los estudios previos técnicos aparejó la necesidad de suspender el contrato en diferentes ocasiones, requiriéndose una adición en más del 100% del valor inicial.

Del principio de transparencia, indicó que este se vio vulnerado por la inobservancia del deber de selección objetiva al haber acudido a la contratación directa por menor cuantía sobre la base de un presupuesto reducido, para luego, mediante una adición, incrementar exorbitantemente su valor, ya que de haberse atendido al verdadero costo de la obra se debió acudir a la licitación pública como forma de selección del contratista.

En lo relacionado con el principio de responsabilidad, sostuvo que no ejerció correcta vigilancia sobre la adecuada celebración del contrato, en la ejecución del objeto contratado y la protección de los derechos de la entidad que representaba y sus recursos, que el procesado quería desprenderse del cumplimiento de su obligación y por ello delegó la contratación y la ordenación del gasto en sus secretarios, desatendiendo el mandato que le imponía deberes dirección, orientación, seguimiento y control de la actuación de sus delegatarios.

Concluyó el ente acusador, el aforado en su calidad de gobernador tenía el dominio sobre todas las etapas de los ciclos contractuales que delegó y la facultad de reasumir las funciones en cualquier momento y no lo hizo.

Por último, le revocó las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad que impuestas bajo el argumento que, para el año 2002, fecha de la presunta comisión de los hechos, no existía el régimen procedimental implementado en el literal B del artículo 307 la Ley 906 de 2004.

5. AUDIENCIA PÚBLICA

El 23 de abril de 2021⁹ se dio inicio a la audiencia pública de juzgamiento, en cuyo desarrollo se recaudaron las declaraciones de Joaquín Emilio García y Noe Santiago Parada. Dicha vista pública continuó el 13 de junio de 2022¹⁰

⁹ Fls. 39 a 41, cuaderno No. 2, Sala Especial de Primera Instancia.

¹⁰ Fls. 82 a 85, cuaderno No. 2, Sala Especial de Primera Instancia.

donde se escuchó en interrogatorio al acusado y se recepcionó el testimonio de Dollys Herrera Ramírez. Finalmente, en la misma diligencia se dio paso a la presentación de las alegaciones finales por parte de los sujetos procesales.

5.1. Fiscalía¹¹

Solicitó emitir sentencia condenatoria en contra del enjuiciado como autor del delito objeto de acusación por haberse acreditado la tramitación y celebración irregular, previa delegación en el secretario de Vías e Infraestructura, del contrato No. 586 de 31 de diciembre 2002 y sus respectivas adiciones.

Para el ente instructor, la conducta del acusado transgredió los principios de economía, transparencia y responsabilidad por la inobservancia de los deberes de planeación, selección objetiva, control y vigilancia de la actividad contractual.

Indicó que el negocio jurídico se celebró sin que durante la etapa previa se realizaran estudios de suelos, lo que redundó en la necesidad de mayores volúmenes de excavación e incremento en el presupuesto, además, no hubo un análisis de costos que definiera en debida forma el presupuesto oficial del proyecto, generando inconsistencias entre lo proyectado y las necesidades reales de la obra.

¹¹ Fls. 115 a 177, cuaderno No. 2, Sala Especial de Primera Instancia.

Adicionalmente, recalcó que se tramitó y celebró sin tener la licencia ambiental necesaria para la explotación de materiales de cantera y granulares, con deficiencias en el diseño estructural y sin contar con presupuesto para contratar la interventoría, lo que ocasionó la suspensión del contrato.

Reprochó también la celebración por contratación directa al suponer una estimación de obra de menor cuantía, para luego adicionarlo en más del 100% del valor inicial, evadiéndose así la realización de una licitación pública como proceso de selección que correspondía al valor real de la obra. Igualmente, señaló que las adiciones al contrato se llevaron a cabo por más del 50% del valor inicial.

Insistió en que era necesaria y obligatoria la elaboración de estudios previos de suelos que permitieran conocer con objetividad y precisión cuáles eran las condiciones del terreno donde se ejecutaría la obra para determinar técnicamente el diseño estructural de la misma y calcular el volumen de excavación que debía hacerse. De la misma manera, con la mencionada actuación se podían evidenciar posibles fallas en la zona que pudieran incidir en el adecuado desarrollo de la obra.

Y que si bien el acusado indicó que las falencias en el terreno obedecieron a un "*vicio oculto*" de diseño detectado solamente en el proceso de construcción pues evidenciarlo en los planos era complejo, lo cierto es que dichos yerros no se advirtieron por no haber realizado estudios de suelos que

habrían mostrado la real situación del terreno y hubieran permitido que los diseños estructurales se elaboraran de manera acorde a las necesidades de la zona.

Para el ente acusador, CÁRDENAS CHÁVEZ no puede excusar su conducta en que la Contraloría no encontró acreditado un daño patrimonial al erario público con ocasión de los mayores volúmenes de obra requeridos en ejecución del contrato, ya que la conclusión de ese ente de control fue clara al indicar que, a pesar de no acreditarse el daño patrimonial, sí medió la ausencia de estudios previos y la omisión de la administración departamental al no dimensionar las cantidades de obra a realizar para culminar la construcción de la piscina.

Que el gobernador no demostró un mínimo esfuerzo por cumplir con los requisitos legales exigidos para adelantar el proceso de contratación, sino que trasladó, sin fundamento alguno, la carga de dicha verificación al municipio de San Agustín que estructuró el proyecto. Además, ni el exmandatario, ni alguno de los funcionarios que tuvieron a cargo parte de trámite contractual, verificaron la existencia real de los estudios previos y, específicamente, el de suelos.

Resaltó la Fiscalía que, aunque el Decreto 855 de 1994 no exigía formalidad para la elaboración de estudios previos, la Ley 80 de 1993, vigente para la fecha de los hechos, sí delimitaba que se debían elaborar estudios y diseños con antelación al inicio del proceso de selección a la firma del contrato.

En ese sentido, para el instructor resulta indiscutible que Eduardo Sánchez Ordóñez, consultor y arquitecto encargado de la elaboración de los estudios y diseños de la obra, quien luego se desempeñó como interventor del contrato, declaró bajo juramento que aunque se realizó el diseño arquitectónico, la alcaldía de San Agustín no contrató en la consultoría un estudio de suelos para el proyecto.

En cuanto a la responsabilidad penal del enjuiciado, advirtió que las irregularidades demostradas son atribuibles al aforado a título de autor, bajo un actuar doloso, pues tuvo conocimiento de los hechos objeto de la infracción y quiso su realización, ya que sabía que al momento de tramitarse y celebrarse el contrato se estaban desconociendo las normas de derecho público regulatorias de los contratos estatales y, en particular, aquellos que se regían por la forma de contratación dispuesta en el numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, reglamentado por el Decreto 855 de 1994, los requisitos esenciales del artículo 25 ibid. y la obligación prevista en el artículo 29 del estatuto de contratación pública, vigentes para la época de los acontecimientos.

Asimismo, indicó que de conformidad con el Decreto 0026 de 2001, si bien el aforado había delegado la facultad de contratar en sus secretarios, la misma disposición advertía que los delegatorios debían rendir informes de los resultados y logros obtenidos en la liquidación de los contratos al gobernador.

En cuanto a la manifestación realizada por el acusado encaminada a que él contaba con un departamento administrativo jurídico para la revisión de los documentos y soportes de los procesos de contratación y confiaba en su visto bueno, sostiene el instructor que la Corte Suprema de Justicia tiene señalado que el servidor público que suscribe un contrato sin observar los principios y reglas que le obligan, no se puede justificar en principios como el de confianza, en tanto el gobernador tenía el deber de vigilancia del desempeño de todos quienes intervenían en la actividad compleja del proceso administrativo de contratación.

Para el Fiscal, la omisión del gobernador es dolosa, puesto que como Gobernador tenía el dominio sobre todas las etapas del proceso contractual que delegó y la facultad de reasumir las funciones en cualquier momento. El incumplimiento de sus deberes no es negligente ni descuidado, sino consciente y querido, pues la delegación de la función contractual la hizo en una persona por él nombrada, bajo su dirección y a quien le entregó el control de contratos específicos.

Por último, destacó que CÁRDENAS CHÁVEZ es ingeniero civil de profesión y tenía experiencia laboral al haber ocupado cargos en la administración pública los cuales le permitieron conocer, a pesar de no ser abogado, la normatividad inherente a la contratación estatal, pues se había desempeñado como secretario de obras públicas, Diputado en la Asamblea Departamental del Huila, Alcalde del municipio de Acevedo e ingeniero de carreteras.

5.2. Ministerio Público¹²

Pidió emitir sentencia de carácter condenatorio en contra del aforado ante las irregularidades contractuales con indiscutible trascendencia a nivel penal, originadas o derivadas ellas, en su mayoría, de la palmaria inobservancia del principio de planeación. Prueba de tal afirmación la constituyen las tres suspensiones a las que se vio sometida la obra, la suscripción del *otrosí* modificando la cláusula primera del contrato, incrementándolo en la suma de \$233.042.109 y la adición por \$28.954.338, por lo que la cuantía del negocio jurídico ascendió a \$446.797.084.

Advirtió que si bien es cierto que las anteriores modificaciones se llevaron a cabo amparadas en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, radicado número 1439 del 18 de julio de 2002, donde se indicó que el Departamento y la interventoría deberían cuantificar las mayores cantidades de obra, así como gestionar la consecución de los recursos necesarios para lograr su terminación y poder cumplir de esa manera con los fines de la contratación estatal, lo que dio lugar a la suscripción del acta del 22 de noviembre de 2003 "*de justificación de mayores cantidades de obra, obras adicionales y aumento del plazo del contrato No. 586 de 2002*", el citado concepto no subsana o sana en modo alguno las irregularidades de las cuales da cuenta el acopio probatorio.

¹² Fls. 104 a 114, cuaderno No. 2, Sala Especial de Primera Instancia.

Indicó que la administración departamental de la época, de forma amañada y con el propósito de evadir o soslayar la licitación pública, suscribió el contrato N° 586 de 2002 por una cuantía de \$184.800.637, que le permitía la contratación directa —toda vez que el tope o techo para dicha modalidad contractual era de \$185.400.000, de acuerdo con el presupuesto del Departamento del Huila para la vigencia fiscal correspondiente al año 2002, equivalente a \$259.194.622.625, y el salario mínimo de ese entonces fijado en \$ 309.000—, cifras estas que de acuerdo con lo previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, situaban la menor cuantía para la contratación hasta 600 salarios mínimos mensuales legales vigentes, esto es, \$185.400.000.

Pero que mediante la utilización de ese “*otro*”, la administración modificó sustancialmente el valor del contrato, cuyo valor inicial de \$184.800.637 fue mutado en \$446.797.084, atajo a través del cual le hicieron el esguince a la licitación pública a la que estaban obligados.

Que aun bajo la delegación, según lo previsto en el artículo 104 de la Ley 489 de 1998, el aforado estaba obligado, como delegante, a informarse e impartir las orientaciones inherentes a las funciones delegadas para verificar que se cumplieran en armonía con las políticas gubernamentales, de ahí que tenía el deber jurídico de realizar seguimiento e informarse diligentemente del devenir del proceso contractual adelantado por el funcionario delegado, en este caso, Hernán Quesada Trujillo, Secretario de Vías e Infraestructura del Departamento, y respecto de

quien incluso se profirió resolución de acusación como responsable del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* por los mismos hechos de este proceso.

En suma, para el Ministerio Público, el aforado no ejerció el comportamiento a que estaba obligado, según lo ordenado por el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, para asegurar el cumplimiento de los fines de la contratación y acoplar sus actuaciones a los principios rectores de la contratación estatal y, en este orden de ideas, por no haber atendido el mandato que le imponía dichos deberes de dirección, orientación, seguimiento y control de las actuaciones de su delegatario, es por lo que, en principio, procede atribuirle la autoría del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

5.3. Apoderado de la parte civil¹³

El apoderado de la gobernación coadyuvó la petición condenatoria realizada por la Fiscalía y el Ministerio Público bajo el argumento que la inexistencia de estudios previos vulneró los principios de la contratación estatal, como el de planeación, transparencia y economía, establecidos en la Ley 80 de 1993 y en el artículo 2 del Decreto 855 de 1994.

Sobre el aumento del valor del contrato, justificado en el concepto proferido por el Consejo de Estado, indicó que esa misma Corporación en el mencionado señaló que en el

¹³ Fls. 178 a 181, cuaderno No. 2, Sala Especial de Primera Instancia.

desarrollo de los procesos contractuales debe contarse con proyectos que realmente sean ejecutables y no como en el presente asunto donde no existían cantidades de obra requeridas para la construcción, no había estudios serios y no existía permiso de la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena.

Que, si bien el exmandatario departamental contaba con la potestad de delegar funciones en sus secretarios, la debía cumplir dentro de los parámetros establecidos en los artículos 7°, 9° y 10° de la Ley 489 de 1998, esto es, verificar que las labores encomendadas se cumplieran en armonía con las políticas gubernamentales.

Por último, sostuvo que el aforado no puede justificar su actuar bajo la figura denominada "*principio de confianza*", habida cuenta que el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha señalado que la existencia de una oficina asesora no exonera de la responsabilidad al director de la corporación, como quiera que en él radica la competencia y la responsabilidad de la contratación administrativa que ha de desarrollar con arreglo a la Ley 80 de 1993.

5.4. Defensor¹⁴

Pidió sentencia absolutoria en favor de su representado al advertir que, para la fecha de los hechos, el estudio de

¹⁴ Fls. 87 a 103, cuaderno No. 2, Sala Especial de Primera Instancia.

conveniencia previsto en el artículo 8° del Decreto 2170 de 2002, no era exigible, pues su implementación, como un documento cierto y tangible de la etapa precontractual inició a partir del 1° de enero de 2003.

Igualmente, reconoció que los numerales 7° y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, establecen la necesidad de ejecución de actividades previas como insumos para el proceso precontractual en torno a una debida planeación y en contra de la improvisación y el desorden, pero ello no implicaba *per se*, que antes de la entrada en vigencia del Decreto 2170 de 2002, fuera exigible el documento denominado "*estudio de conveniencia y necesidad*".

En consecuencia, para la defensa, a la fecha de los hechos los estudios, diseños y proyectos previos relacionados en los aludidos numerales están referidos precisamente con aquellos documentos previos que sirvieron para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones y del mismo contrato. Por consiguiente, un presupuesto oficial, al igual que un proyecto registrado, y otros, comportan el cumplimiento de estudios y diseños previos propios del principio de planeación y economía en la contratación estatal.

Así sostuvo que en el contrato cuestionado no faltó al requisito esencial de elaboración de estudios técnicos, pues se tiene que:

i) El proyecto Centro Recreacional y Cultural del Municipio de San Agustín inicialmente fue enviado a la

Gobernación del Huila en mayo de 2002 con sus estudios previos, relacionando el proyecto urbanístico general, diseños estructurales y arquitectónicos realizados por la Ingeniera Clara Inés Muñoz España.

Luego de los ajustes elaborados, el proyecto fue nuevamente enviado al Departamento, tal como se infiere del documento remitido por el mismo alcalde de San Agustín, que mediante oficio de 27 de julio de 2002 allegó como anexos el certificado de Planeación Municipal en el cual consta que el proyecto está incluido en el Plan de Desarrollo municipal y contiene fichas EBI, fichas de seguimientos FSE, cronograma de actividades, flujo de fondos, fichas BPIN, planos arquitectónicos y detalles hidráulicos, estructurales y técnicos, documento que fue revisado por Rodrigo Coronado.

Que lo anterior lo corroboró el testigo Jesús Méndez Artunduaga en la declaración efectuada el 9 de mayo de 2018, quien advirtió que si la ficha SEPI *“se expedía fue porque cumplió todos los requisitos establecidos para ello, que en el caso de los proyectos de infraestructura requiere diseños, requiere estudios y presupuestos (...) la elaboración del proyecto la hizo el municipio de San Agustín, hizo los estudios, los diseños y el presupuesto”*.

ii) Dicho proyecto y sus soportes no pasaron inadvertidos por la parte técnica del Departamento del Huila, pues de los documentos se puede inferir que el proyecto fue revisado por la Gobernación y devuelto al municipio de San Agustín, para luego volverse a presentar corregido, tal como se desprende del contenido del oficio del 27 de noviembre de

2002 suscrito por Joaquín Emilio Artunduaga, Alcalde de San Agustín.

iii) Con el fin de desvirtuar la afirmación de la Fiscalía, según la cual, la falta de estudios de suelo como parte esencial de los estudios previos fue la causa para que se tuviera que modificar el contrato por no haberse advertido mayores cantidades de obra, resaltó un aparte de la declaración del ingeniero Eduardo Sánchez Ordoñez, quien afirmó que los volúmenes de excavación fueron superiores en la ejecución de la obra por las siguientes razones:

“1. La topografía del proyecto no contemplaba algunas curvas de nivel lo que al hacer los cortes estaban por debajo de la realidad. 2. El nivel del canal que desviaba la quebrada Las Moyas, se bajó más de lo previsto para poder dar el desnivel de la evacuación de agua, este proyecto del canal fue una fase previa al inicio de la piscina, entonces al bajarse el nivel el volumen de corte aumentó. Y 3. Se presentaron varios fallos del terreno que fue necesario extraer debido al alto nivel freático por el entorno de la fuente de agua de la quebrada Las Moyas, circunstancia que es muy difícil de determinar antes de calcular un volumen de excavación, por lo tanto, fue necesario hacer toda esta remoción de tierra para poder llegar al nivel cero del borde de la piscina y los niveles previstos en los diseños para el foso de la misma. (...) sin embargo para mí la mayor diferencia estuvo en que los niveles del canal se bajaron y por los fallos que hubo que removerse en la excavación, circunstancia que es muy difícil prever en una consultoría para establecer volumen de corte (...)”.

Así advirtió el defensor que ni la interventoría del contrato N° 586 de 2002, ni el permiso de cantera y ambientales eran requisitos esenciales.

Y que como el tipo penal de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, no interesa alguna conducta relacionada con su ejecución, todos los cuestionamientos de la Fiscalía

relacionados con esta etapa contractual deben desestimarse de plano, porque además no son esenciales para su trámite y celebración.

Respecto de la primera suspensión, adujo que, si bien la interventoría no se contrató de manera pronta, ello obedeció a la intervención que hizo la Procuraduría Departamental a la Gobernación del Huila a inicios del año 2003, como lo explicó el ingeniero Quesada Trujillo en sus declaraciones, generándose la demora en el inicio de ejecución de las obras, por cuanto no se podía avanzar sin la interventoría técnica, la cual debía ser externa.

Y sobre la modificación a las cantidades de obra sostuvo que este punto no es cuestionable, debido a que está soportado jurídicamente con base en lo que en su momento se analizó respecto de la posición del Consejo de Estado en el concepto 1439 de 18 de julio de 2002.

En cuanto a la forma de contratación y modalidad de selección señaló que ésta no fue alterada por parte del contratante, pues la modificación del valor final del contrato obedeció a circunstancias y hechos imprevisibles al momento de la ejecución, tal como quedaron soportados en cada una de las actas y documentos que las respaldan.

Tocante a la transgresión del principio de responsabilidad, indicó que como las irregularidades denunciadas por el ente acusador no constituían requisitos legales esenciales, el aforado no contaba con conducta

antijurídica alguna que vigilar. Asimismo, advirtió que, por contar con un Departamento Administrativo Jurídico, que daba el visto bueno, no solo de los decretos de delegación sino en el proceso precontractual y contractual del negocio N° 586 de 2002, se materializó de alguna manera ese principio de responsabilidad.

Finalmente, respecto del principio de confianza, destacó las obligaciones impuestas legalmente en cabeza del Departamento Administrativo Jurídico de la Gobernación del Huila, que participó en todo el trámite precontractual y celebración del negocio jurídico N° 586 de 2002, tal como se evidencia de la suscripción conjunta de los actos procedimentales y el mismo contrato por parte del abogado Noe Santiago Parada Pardo, director de esta cartera.

5.5. Procesado¹⁵

El aforado en primer lugar acotó que el proyecto radicado en planeación departamental señalaba que no se requería licencia ambiental, además, el alcalde del municipio de San Agustín en su declaración dijo que él hizo todos los trámites ante la Corporación Autónoma Regional.

Negó que una de las suspensiones hubiera obedecido a la falta de licencia ambiental, pues el acta de tal suspensión indicaba que el proponente hacía la visita a las entidades o

¹⁵ El aforado expuso sus alegaciones finales en la audiencia pública del 13 de junio de 2022.

canteras que tenían que suministrar el material, advirtiendo que el 23 de diciembre de 2002 había la disponibilidad.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018, el cual modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer del presente asunto y emitir sentencia, en razón del fuero que ampara al señor JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ por haber sido gobernador del Departamento del Huila, aun cuando ya no ostenta tal condición, además, la conducta descrita en la resolución de acusación guarda relación con las funciones que desarrolló al frente de ese Departamento del 1° de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2003.

Según acta de posesión número 150 de 2000¹⁶ y las propias manifestaciones del procesado¹⁷, se desempeñó como gobernador en el citado periodo, mediante los decretos 0026 de 12 de enero de 2001¹⁸ y 1799 de 16 de diciembre de 2002¹⁹, delegó en su secretario de Vías e Infraestructura la tramitación y suscripción del contrato No. 586 con la sociedad CONINT Ltda., cuyo objeto era “*a todo costo construcción piscina de niños del municipio de San Agustín*”,

¹⁶ Fl. 5, cuaderno anexo No.3, Fiscalía.

¹⁷ Tanto en la indagatoria como en el interrogatorio advirtió su calidad de aforado.

¹⁸ Fls. 17 a 21, cuaderno anexo No. 4, Fiscalía.

¹⁹ Fls. 22 a 35, cuaderno anexo No. 4, Fiscalía.

en tanto que directamente, y 31 de diciembre de 2003 suscribió un *otrosí* a tal contrato, los cuales son materia de análisis en este juicio.

6.2. Requisitos para condenar

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, que rige en el presente asunto, para proferir sentencia condenatoria se requiere que la prueba legal, regular, oportuna y válidamente recaudada en el proceso conduzca a la certeza sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del acusado.

En armonía con lo anterior, se debe dar pleno cumplimiento a las previsiones del artículo 238 de la misma normatividad, según la cual, para resolver el asunto es preciso hacer una valoración conjunta y concatenada de los medios de convicción arribados al plenario, tanto los de cargo como los de descargo, confrontándolos y comparándolos entre sí con la explicación de la capacidad de convicción razonada que ofrecen bajo los postulados de la sana crítica, esto es, los principios lógicos, las leyes que comandan la observación científica y las reglas de la experiencia tomadas a partir de comportamientos sometidos a una identidad circunstancial, sin desconocer que en tal sistema procesal opera el principio de la libertad probatoria, consagrado en el artículo 237 *idem*.

Con este fin, se debe destacar que para la emisión de una sentencia condenatoria no basta la asunción de la

ocurrencia de un suceso, porque para la adecuación típica y subsiguiente declaración de responsabilidad penal es menester motivar la atribución jurídico penal o ligazón con el actuar del procesado, aspecto en el cual debe mediar la precisión del tipo objetivo y subjetivo, así como de qué manera desarrolló el procesado en todo o en parte la conducta prohibida, sus circunstancias, el objeto sobre el cual recayó, la forma conductual, etc.

Por eso, para determinar si en el presente asunto se encuentran reunidos los citados presupuestos, se abordará en primer lugar la definición legal y estructura dogmática de del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, baremo que servirá para verificar si los comportamientos predicados de CÁRDENAS CHÁVEZ se adecúan a la descripción típica objeto de acusación, y si de contera, tales conductas devienen en antijurídicas y culpables.

6.3. Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

6.3.1. Del Tipo objetivo

Como las actividades contractuales públicas hacen parte del armazón estatal, han de estar signadas por los principios fundantes de la función administrativa, de ahí que no solo deben estar al servicio de los intereses generales, sino que, en virtud de lo normado en el artículo 209 superior, deben ajustarse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad,

todo ello encaminado a cumplir los fines del Estado de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales.

En ese orden, el delito en estudio, conducta atentatoria del bien jurídico de la administración pública, busca preservar los postulados que de raigambre constitucional la rigen y específicamente con la descripción típica, que los ámbitos de tramitación, celebración y liquidación de los contratos estatales se cumplan de acuerdo con las normas que los regulan.

El artículo 410 del Código Penal lo define en los siguientes términos:

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

Es menester advertir que no resulta aplicable el incremento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pues solo rige para las conductas perpetradas a partir del 1° de enero de 2005, y su implementación para el Distrito Judicial de Neiva sólo se dio a partir del 1° de enero de 2007, y en este asunto los hechos ocurrieron el 31 de diciembre de 2002 y el 31 de diciembre de 2003.

Para la estructuración del referido ilícito se exige, en primer lugar, ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato y, en segundo lugar, llevar a cabo la conducta desvalorada sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales²⁰.

Es un injusto de simple actividad o mera conducta²¹ que se configura cuando el sujeto calificado tramita, celebra o liquida el contrato sin observancia de los requisitos legales, sin que se exija la constatación de un resultado separable de los propios comportamientos antes referidos, en otras palabras, se consuma con la mera realización de las conductas allí descritas²².

Aunque es un delito de mera actividad, ello no es óbice para prescindir del análisis de criterios normativos, como la imputación objetiva, en aras de determinar si el sujeto con su conducta ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, si este se materializa en el resultado lesivo para el bien jurídico y ello se encuentra dentro del fin de protección de la norma.

De otro lado, es un tipo penal en blanco, razón por la cual se debe acudir a normativa extra penal para complementar su supuesto fáctico. En concreto, debe acudirse a aquellas normas consagradas en el Estatuto

²⁰ CSJ SP, 9 feb 2005, Rad. 21547 y CSJ SP, 23 mar de 2006, Rad. 21780.

²¹ CSJ SP, 18 ene 2017, Rad. 47100 y SP, 7 dic 2011, Rad. 37941.

²² Cuestión distinta sería determinar el desvalor de resultado (de lesión o de peligro para el bien jurídico) que exige el referido tipo penal.

General de la Contratación Pública, esto es, la Ley 80 de 1993, las demás disposiciones que la desarrollan o, de ser el caso, a las normas consagradas en regímenes especiales de contratación estatal, con el fin de establecer el alcance del elemento normativo *requisitos legales esenciales*.

Tocante a las distintas etapas de la contratación que abarca el correspondiente tipo penal, ha puesto de relieve la Sala de Casación de esta Corporación que el comportamiento puede estar ligado a la tramitación, celebración o liquidación, más no de su ejecución, ello en armonía con el principio de estricta tipicidad²³.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 23 precisa que las actuaciones de quienes interfieren en la contratación estatal se ejecutan conforme a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, y siguiendo los postulados que rigen la función administrativa:

i) *Principio de transparencia*²⁴, garantiza otros principios, entre los que se encuentran la imparcialidad, igualdad, moralidad y selección objetiva en la contratación. De allí que, la escogencia del contratista, por regla general, deba realizarse mediante licitación pública o concurso, exceptuando aquellos eventos para los cuales existe una modalidad específica regulada en la legislación. Sobre el asunto, el Consejo de Estado ha sostenido que la selección del contratista se debe fundar sobre las siguientes bases:

²³ CSJ SP, 25 ene. 2017, Rad. 48250.

²⁴ Consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

“i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración”²⁵.

Tal principio abarca el mandato de *selección objetiva*, entendido este como la elección de la oferta más favorable para la entidad, teniendo en cuenta criterios de interés general e ignorando por completo motivos subjetivos²⁶. Es por esto que, deberá ser elegido como contratista aquél que obtenga la calificación más alta en los diferentes factores señalados en el pliego de condiciones o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa.

ii) *Principio de economía*²⁷, exige tener documentados los estudios o análisis de conveniencia y oportunidad, los cuales acrediten la necesidad de celebrar el contrato y las posibilidades de que se pueda llevar a cabo²⁸. Ello en busca de asegurar la eficiencia de la administración en la actividad contractual, para que los procedimientos se surtan de forma ágil y sencilla, en orden a maximizar los resultados y minimizar los costos para la administración²⁹.

Tal mandato está estrechamente ligado con el *principio de planeación*³⁰, el cual tiene como finalidad que el proyecto

²⁵ CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 15324.

²⁶ CSJ SP, 26 may 2010, rad. 30933.

²⁷ Consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

²⁸ CSJ SP, 23 nov 2016, rad. 46037.

²⁹ CSJ SEP, 29 abr 2021, rad. 45013.

³⁰ Consagrado en los artículos 25 y 26 de la Ley 80 de 1993.

esté antecedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos necesarios para establecer su viabilidad y así lograr determinar la conveniencia del objeto a contratar³¹. Lo anterior, impide la improvisación y, por ende, evita la producción del daño o perjuicio a la misma administración y/o a la sociedad³².

En lo que respecta al principio de planeación, el Consejo de Estado sostiene que, antes de dar inicio al proceso de selección, es imprescindible que la entidad estatal realice un estudio serio y completo que establezca lo siguiente:

“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”³³.

³¹ CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 21489.

³² CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 2260.

³³ CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 23829.

iii) *Principio de responsabilidad*³⁴, insta a los servidores públicos a dirigir su actividad hacia el cabal cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución del objeto acordado y actuar como garantes de los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, debiendo responder por sus acciones y omisiones³⁵.

6.3.2. Tipo subjetivo

El delito en estudio admite exclusivamente la forma conductual dolosa, por tanto, han de converger las aristas de *conocimiento* de los hechos típicos y *voluntad* en su realización. En tal medida, es necesario que medie el conocimiento o conciencia de los elementos descriptivos y normativos del tipo penal que se refieren a la exterioridad de la conducta, así como el volitivo, entendido como el querer realizarlos, de ahí que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.

6.3.3. Correspondencia de la conducta al tipo endilgado

6.3.3.1. Elementos objetivos

Respecto del primer requisito objetivo del tipo, esto es, ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la

³⁴ Consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

³⁵ CSJ SEP, 29 abr 2021, Rad. 45013.

competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato para la fecha de los hechos, encuentra la Sala con suficiencia que JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ fungió como Gobernador del Departamento del Huila, elegido para el período constitucional del 1° de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2003, lo que está demostrado con el acto administrativo correspondiente allegado al plenario³⁶ y la propia manifestación del acusado³⁷, quien afirmó que se desempeñó en dicho cargo y que fue en tal calidad que delegó la suscripción del contrato No. 586 de 31 de diciembre de 2002, suscribió el otrosí y la adición al contrato original el 31 de diciembre de 2003, objetos de la presente actuación jurídica.

Ahora, como se trata de un tipo penal en blanco se debe acudir a las normas que regulan la contratación estatal con el fin de determinar cuáles son los requisitos esenciales que deben cumplirse en las distintas fases precontractuales y contractuales en este tipo de contrato.

De conformidad con la resolución de acusación, las irregularidades que se presentaron en el proceso para la celebración del contrato No. 586 de 2002, suscrito entre Hernando Quesada Trujillo, secretario de Vías e Infraestructura de la Gobernación del Huila y la sociedad CONINT Ltda. se circunscribieron a: *i)* la trasgresión del principio de planeación evidenciada por la falta de estudios técnicos adecuados; *ii)* haber realizado una serie de

³⁶ Folio 5, cuaderno anexo No. 3, Fiscalía.

³⁷ Tanto en la indagatoria como en el interrogatorio efectuado ante esta Corporación.

actuaciones con el propósito de evadir la licitación pública y seleccionar al contratista a través de la modalidad de contratación directa; y *iii*) la firma por parte del gobernador de una adición por más del 50% del valor inicial del contrato inicial.

En cuanto al primer punto, aunque el defensor señaló que, para la fecha de los hechos, los estudios previos, contemplados en el artículo 8° del Decreto 2170 de 2002 no eran exigibles, ya que su implementación, como un documento cierto y tangible de la etapa precontractual solo lo es a partir del 1° de enero de 2003, tal afirmación se desvirtúa ante las previsiones del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que con anterioridad a la suscripción del contrato, preveía “*con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia*”.

Efectivamente, si bien los *estudios previos* del artículo 8° del Decreto 2170 de 2002, son exigibles a partir del 1° de enero de 2003, lo cierto es que el estatuto de la contratación pública, vigente para la fecha de los hechos, ya contemplaba una disposición que ordenaba la elaboración de estudios y diseños con antelación a la apertura del procedimiento de selección.

Precisamente, respecto de tal tópico el Consejo de Estado ha señalado que:

*“De conformidad con el Estatuto de Contratación Administrativa, con anterioridad a la apertura de la licitación o de la firma del contrato, se deben elaborar los estudios, diseños y proyectos necesarios, so pena de incurrir en causal de responsabilidad, **excepción hecha de los contratos cuyo objeto sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes.***

Los estudios previos a que alude el Estatuto se refieren a la conveniencia y oportunidad del contrato, a su adecuación a los planes de inversión, presupuesto y ley de apropiaciones, y son los que, según la exposición de motivos, inspiraron la inclusión del artículo que aquí se analiza -art. 48.30 ley 734/02-

Cuando se requiera, dichos estudios deben estar acompañados de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad. Los diseños a su vez comprenden tres fases, a saber:

- Fase I, anteproyecto del diseño
- Fase II, el diseño en detalle
- Fase III, el diseño ya ejecutable

*De lo anterior se infiere que, **si el objeto del contrato es la construcción de la obra**, la entidad contratante, en el momento de la apertura del procedimiento de selección, debe haber elaborado los respectivos estudios y diseños.*

***Si el objeto del contrato incluye el diseño y la construcción**, a la apertura del proceso de selección la entidad debe tener los estudios básicos necesarios para determinar la viabilidad del proyecto, bien sea en fase I o II, ya que el diseño final corre por cuenta del contratista y, por consiguiente, se traslada a él el riesgo del diseño”³⁸.*

Las evaluaciones de factibilidad mencionadas apuntan a decidir la posibilidad y la conveniencia del proyecto, además de establecer la mejor forma de ejecutarlo, de ahí que a nivel de prefactibilidad se realiza un primer mapeo general con el propósito de advertir los aspectos que puedan afectar el proyecto, si este arroja un resultado positivo se continúa con el análisis de factibilidad que requiere de un estudio más detallado de aspectos que no fueron revisados en la anterior fase, como por ejemplo, en temas ambientales, legales,

³⁸ CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 1429.

políticos, de mercadeo, técnicos, financieros, sociales y organizacionales.

Además, el párrafo del artículo 3° del Decreto 855 de 1994 señala que, en los casos en lo que solo se presenta un oferente —tal como ocurrió en el asunto que es objeto de análisis—, la entidad pública que pretenda celebrar directamente el negocio debe tener en cuenta los precios del mercado, *los estudios* y evaluaciones que para el efecto se hayan realizado.

Reseñado lo anterior, queda claro que para la fecha de los hechos, esto es, 31 de diciembre de 2002, los numerales 7° y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y el mismo Decreto 855 de 1994, ya citado, exigían la elaboración de estudios técnicos que dieran cuenta de la posibilidad, conveniencia y viabilidad de la ejecución del proyecto, los cuales se debieron surtir para el contrato cuestionado relacionado con la construcción a todo costo de la piscina de niños en el municipio de San Agustín.

El defensor señaló que los numerales 7° y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 se refieren a aquellos documentos previos que sirvieron para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones y del mismo contrato. En su criterio, la existencia de un presupuesto oficial y un proyecto registrado comportan el cumplimiento de los estudios y diseños requeridos en la normatividad citada, los cuales garantizaron el principio de planeación y economía, sin embargo, la Sala no cuestiona la existencia o no de los

estudios y diseños previos, pues de la prueba documental obrante en el plenario se puede inferir que sí hubo una presentación de los mismos por parte del municipio de San Agustín³⁹ y, además, la Fiscalía no se opone a tal afirmación, lo que debe analizarse es la suficiencia de estos para determinar la correcta viabilidad del proyecto, pues de ello depende si el deber de planeación y el principio de economía se cumplieron a cabalidad por parte del Departamento del Huila.

Bajo esa óptica, no puede salir avante la postura defensiva que se deben dar por satisfechos estos requisitos con la simple enunciación de elementos materiales probatorios que dan cuenta de la existencia de la documental exigida, pues el reproche radica en que no se hayan contratado estudios técnicos adecuados, particularmente, los estudios de suelos indispensables para definir la real necesidad de la zona para la construcción de la piscina de niños en el municipio de San Agustín.

Para tal arista, se destaca la declaración efectuada por el Ingeniero Eduardo Sánchez Ordóñez del 9 de mayo de 2018, interventor del contrato No. 586 de 2002⁴⁰ y quien participó en la elaboración de los diseños del proyecto

³⁹ Declaración de Joaquín Emilio García, quien fungió como alcalde del municipio de San Agustín para el año 2002 y de Jesús Méndez Artunduaga, quien fue el Director del Departamento de Planeación de la Gobernación del Huila para la fecha de los hechos. fl. 180 y 206, cuaderno No. 2, Sala Especial de Primera Instancia. Además, se encuentra el oficio denominado "Informe sobre mayores cantidades de obras e ítem no contemplados contrato No. 586-2002 a todo costo construcción de piscina de niños del municipio de San Agustín, proferido por Jaime Hernán Quintero, secretario de Vías e Infraestructura, quien reconoce la existencia de los documentos, visto a fl. 277, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia

⁴⁰ A través del contrato No. 119 de 2002.

presentado por el Municipio de San Agustín a la Gobernación del Huila⁴¹, cuando al preguntársele si, según su experiencia, se omitió algún aspecto técnico por parte de la administración departamental antes de la suscripción del contrato, respondió:

“Pues digamos que cuando se hizo el diseño estructural la Alcaldía no contrató en la consultoría el estudio de suelos del proyecto por lo tanto el ingeniero calculista tuvo que asumir una mala condición del suelo bajo su responsabilidad y así se presentó el proyecto tanto a la alcaldía como a la gobernación, siendo el interventor de la obra en coordinación con la Secretaría de vías del departamento se solicitó dicho estudio a la alcaldía de San Agustín, el cual contrató creo que a finales de 2006 ya cuando la obra se había entregado. Después se corroboró que la obra ejecutada con las (sic) solicitud técnica de capacidad portante de suelo”⁴². (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

El mismo relato lo ofreció el testigo en el proceso de responsabilidad fiscal cuando en versión libre indicó que “(...) los estudios de suelos lo que determina es la capacidad portante o de resistencia del suelo para efectos de determinar la cimentación y la estructura a utilizar en el proyecto y que al inicio de la contratación no se exigió el estudio de suelos, pero posteriormente se consideró necesario incluirlos como parte de los documentos técnicos, para avanzar en el desarrollo del proyecto”⁴³.

Estas afirmaciones concuerdan con lo plasmado en el documento suscrito por Alberto Angarita Riaño, Jefe de la División Técnica de la Secretaría de Vías e Infraestructura dirigido el 02 de septiembre de 2004 a Deyci Martina Cabrera, Secretaria de la cartera mencionada, informando de las presuntas irregularidades presentadas durante la etapa

⁴¹ Fl. 185, cuaderno original No. 2, Fiscalía.

⁴² Fl. 186, cuaderno original No. 2, Fiscalía.

⁴³ Fl. 23, cuaderno anexo No. 3, Fiscalía.

precontractual y contractual del negocio jurídico de obra pública No. 586 de 2002, resaltando allí el oficio remitido el 24 de marzo de 2004 por el ingeniero Eduardo Sánchez Ordóñez al Alcalde de San Agustín con el propósito de que este último llevara a cabo un estudio de suelos y geotecnia para el proyecto del Centro Recreacional y Cultural del Municipio, cuya cita textual es la siguiente:

“Con este estudio de suelos y geotecnia podremos saber a ciencia cierta cuales son las características de los suelos donde se está construyendo, se podrán determinar las resistencias de estos mismos suelos y por ende las cuantías de hierro necesarias en el diseño de la estructura, además permitirá determinar posibles fallas que se vayan a presentar en determinadas zonas del proyecto, con el objeto de entrar a corregirlas antes de su construcción y no perder tiempo y dinero solucionándolas sobre la marcha de la obra”⁴⁴.

Es oportuno precisar que, si bien no obra en el plenario el documento, la lectura que se ofrece del oficio del 24 de marzo de 2004, reconoce el hecho de que no hubo estudio de suelos, tal como lo afirmó el ingeniero Eduardo Sánchez Ordóñez en sus diferentes declaraciones, pues de haberse realizado en el año 2002, no habría motivos para que el interventor los pidiera de nuevo en el año 2004, cuando la obra si bien se encontraba suspendida para ese momento⁴⁵, ya había iniciado su ejecución el 19 de agosto de 2003⁴⁶.

Ahora, esta información también concuerda con el informe de policía judicial No. 11-227850 de 16 de mayo de

⁴⁴ Fls. 34 a 35, cuaderno original No. 1, Fiscalía.

⁴⁵ Según el acta No. 2 del 10 de noviembre de 2003 y el acta de reinicio No. 2 del 6 de abril de 2004, vistos en los fls. 68 y 157, cuaderno anexo No. 1, Fiscalía.

⁴⁶ Fl. 34, cuaderno anexo No. 1, Fiscalía.

2018⁴⁷, donde se indicó que, de los 61 folios allegados por la secretaria de Planeación Territorial del municipio de San Agustín, relacionados con el denominado “*proyecto de la primera etapa centro recreacional y cultura – presupuestos y cantidades de obra*”, ninguno contenía información acerca de los estudios de suelos. Situación similar se expuso en el informe de Policía Judicial No. 41- 26420 de 29 de mayo de 2013⁴⁸, que la inspección judicial realizada a la oficina de archivo documental de la Gobernación se halló una serie de documentos referentes a la etapa precontractual del contrato de obra pública No. 586 de 2002, en los que no se evidenció prueba del estudio geotécnico.

Otro elemento de convicción que da cuenta de la ausencia de estudio de suelos es la solicitud dirigida el 12 de mayo de 2004 a la alcaldía del municipio de San Agustín por parte de Deyci Martina Cabrera Ochoa, Secretaria de Vías e Infraestructura y Carlos Angarita Riaño, Jefe de la División técnica⁴⁹ en la cual se señaló lo siguiente:

“El proyecto fue radicado por el municipio de San Agustín en el año 2002, pero una vez realizada la revisión técnica de los documentos soporte por parte de la secretaria de vías del departamento Huila en la actual administración, se han encontrado inconsistencias en las cantidades de obra presupuestadas, cálculos estructurales y de cimentación en razón a la no existencia de estudios de suelos y/o geotecnia que permitiesen en su momento un diseño acorde a las características y propiedades de los suelos encontrados in situ.

En razón a la magnitud del proyecto y a la inversión que hasta la fecha ha realizado el departamento del Huila y con el fin de saber a ciencia cierta cual (sic) es el costo real del proyecto y hacer los ajustes de tipo técnico y económico que garanticen la estabilidad de

⁴⁷ Fls. 166 a 170, cuaderno original No. 2, Fiscalía.

⁴⁸ Fls. 173 a 178, cuaderno original No. 1, Fiscalía.

⁴⁹ Fl. 107, cuaderno anexo No. 2, Fiscalía.

la obra y la inversión eficiente y eficaz de los recursos que se destinen para tal fin con el debido respeto le solicitamos se sirva hacernos llegar la documentación soporte que nos permita realizar dicha evaluación”.

Refulge así que una obra de gran envergadura como la construcción de una piscina demandaba la elaboración de los estudios técnicos adecuados, dada la necesaria excavación del terreno, aspecto que no se cumplió a cabalidad en este caso⁵⁰.

El defensor para desvirtuar que la necesidad de mayores cantidades de obra no obedeció a la falta de estudio de suelos como parte esencial de los estudios técnicos, trae a colación la declaración rendida por el ingeniero Eduardo Sánchez Ordóñez el 9 de mayo de 2018, donde la Fiscalía en la etapa

⁵⁰ No está por demás destacar que para la época de los hechos estaban vigentes las Normas Colombianas de Diseño y Construcción Sismo Resistente de 1998, reguladas en el Decreto 33 de 1998, las cuales, tratándose de piscinas, que remite a la construcción de “*Tanques y compartimientos estancos*”, Título C, capítulo C.20, en lo que tiene que ver con el diseño señala:

“C.20.1.3-DISEÑO Y ANALISIS Las fuerzas de diseño para tanques y compartimientos estancos se determinan a partir de la profundidad y peso específico de los líquidos y/o sólidos contenidos, los empujes del suelo, los equipos que se instalen, las cargas vivas sobre sus tapas o cubiertas, y las cargas hidrodinámicas que adicionalmente se producen durante un sismo, tanto impulsivas como convectivas, asociadas a la inercia del líquido dentro del tanque. Debe tenerse especial cuidado con los efectos de impacto y vibración producidos por los equipos instalados. El análisis estructural debe ser lo suficientemente preciso y bien fundamentado para que describa adecuadamente el estado de esfuerzos esperado en la estructura. Debe tenerse especial cuidado en identificar las zonas potenciales de fisuración en el concreto con el fin de tomar las precauciones necesarias para evitar la corrosión del acero de refuerzo y la pérdida de impermeabilidad. La buena calidad de la información geotécnica para la fundación de tanques apoyados sobre el terreno es de fundamental importancia para poder evitar asentamientos diferenciales que puedan causar fisuración. Los métodos de diseño se fundamentan en la obtención de la resistencia adecuada de la estructura. No obstante, debe realizarse una verificación al nivel de esfuerzos de servicio con el fin de poder garantizar el funcionamiento adecuado de la estructura. Además, debe considerarse la condición de carga derivada de desagües obturados y tanque rebosando”.

de instrucción le cuestionó sobre *“¿si las cantidades de obra contratadas conforme al contrato No. 586 de 2002, fueron las apropiadas y adecuadas para llevar a buen término la construcción de la piscina para niños, objeto del contrato?”*⁵¹, a lo que respondió:

*“Al hacer la revisión de cantidades de obra como interventor del contrato se detectó que algunas cantidades de obra, habían sido disminuidas y otras no estaban incluidas pero que eran necesarias para el correcto desarrollo técnico de la obra, otras cantidades particularmente los volúmenes de excavación fueron muy superiores en la ejecución de la obra por las siguientes razones: 1. La topografía del proyecto no contemplaba algunas curvas de nivel lo que al hacer los cortes estaban por debajo de la realidad. 2. El nivel del canal que desviaba la quebrada las Moyas, se bajó más de lo previsto para poder dar el desnivel de la evacuación de agua, este proyecto del canal fue una fase previa al inicio de la piscina, entonces al bajarse el nivel el volumen de corte aumentó. Y 3. Se presentaron varios fallos del terreno que fue necesario extraer debido al alto nivel freático por el entorno de la fuente de agua de la quebrada de las Moyas, circunstancia que es muy difícil de determinar antes de calcular un volumen de excavación, por lo tanto, fue necesario hacer toda esta remoción de tierra para poder llegar al nivel cero del borde de la piscina y los niveles previstos en los diseños para el foso de la misma. En cuanto a las cuantías de hierro ya sobre la revisión técnica se incrementaron también las cantidades de las inicialmente previstas”*⁵².

Lo anterior denota la transgresión al principio de planeación por parte de la Gobernación en la etapa precontractual, toda vez que de haber revisado las condiciones reales del terreno donde se realizó la construcción o al menos se hubiera atendido el oficio de 16 de mayo de 2002, remitido por el alcalde del municipio de San Agustín a la Gobernación del Huila, en el cual informó que la primera etapa del proyecto incluía la *“canalización de un tramo de 180 (Ciento ochenta) metros lineales de la quebrada de la Moyas (sic) que pasa tangencialmente por las piscinas en mención,*

⁵¹ Fl. 146, cuaderno original No. 2, Fiscalía.

⁵² Fl. 185, cuaderno original No. 2, Fiscalía.

según los planos diseñado para el proyecto⁵³, se hubiera percatado de la intervención realizada a la quebrada, además, que la canalización de este cauce se encontraba situada muy cerca de la piscina, lo que implicaba análisis topográficos adecuados, pues con el oficio referenciado se adjuntó un documento con el estudio topográfico del lugar donde se ubicaría el centro recreacional⁵⁴ el cual data de 16 de mayo de 2002, fase precontractual en la cual la administración departamental debió constatar que dichos resultados coincidieran luego de la canalización de la quebrada *Las Moyas*, revisión que debió ser previa a la expedición de la Resolución No. 190 del 19 de diciembre de 2002, toda vez que al intervenir un terreno aledaño a la piscina, las condiciones de este podrían alterarse y, por ende, el estudio topográfico debería ser ajustado a los nuevos parámetros que ofrecía la superficie donde se iba a realizar la obra.

A lo expuesto se debe aclarar que, según la declaración del ingeniero Eduardo Sánchez Ordóñez⁵⁵, el proyecto de la canalización de la quebrada *Las Moyas* fue una fase previa a la piscina, por lo tanto, era factible realizar su estudio.

El señor Joaquín Emilio García, Alcalde del municipio de San Agustín para ese momento, señaló que Dollys Herrera Ramírez, consultora del Departamento, realizó la visita técnica correspondiente⁵⁶, sin embargo, ésta última en su declaración de 1° de febrero de 2017 ante el Juzgado Quinto

⁵³ Fl. 5, cuaderno anexo No. 10, Fiscalía.

⁵⁴ Fl. 8, cuaderno anexo No. 10, Fiscalía.

⁵⁵ Fl. 185, cuaderno original No. 2, Fiscalía.

⁵⁶ Fl. 176, cuaderno original No. 2, Fiscalía.

Penal del Circuito de la ciudad de Neiva (Huila)⁵⁷, tajantemente negó tal hecho al indicar que no era de su competencia realizar labores de campo, sino simplemente una revisión formal documental, lo que confirma que por parte de la Gobernación no hubo una exploración al terreno donde se realizó la obra.

Deviene así claro que al no haberse realizado el estudio de suelos y, por esta razón, el ingeniero calculista haber tenido que asumir unas condiciones del terreno que no eran acordes con la realidad, se debieron contratar mayores cantidades de obra, y a la postre el Departamento tuvo que adicionar valores que incluso superaron el 100% del valor inicial del contrato, tal y como se concluyó en los siguientes informes:

Informe	Cita textual
Informe de auditoría Gubernamental con enfoque integral especial modalidad especial ⁵⁸ de diciembre de 2008.	Hallazgo No. 20: Planeación deficiente que genera gestión antieconómica. La obra se inició sin que se hubiere realizado estudios de suelos, lo cual es requisito indispensable para estas clases de construcciones, la carencia de este procedimiento, conllevó mayores volúmenes de excavación, lo cual incrementó los costos inicialmente presupuestados. Lo anterior, evidencia una planeación deficiente, que influyó en la elaboración de los valores presupuestados para su construcción, se presentaron mayores cantidades de obra en los ítems excavación y retiro de materiales, relleno en recebo compactado, piso en concreto 3000 p.s.ie= 0.15m y enchape para piscina en baldosa.

⁵⁷ Fl. 103, cuaderno original No. 3, Fiscalía.

⁵⁸ Fl. 114, cuaderno original No. 1, Fiscalía.

Informe 1675 de la S.I. CTI Neiva ⁵⁹ del 26 de octubre de 2009 e Informe 1477- 2010 de la S.I. C.T.I. Neiva ⁶⁰	En el proyecto "piscina para los niños" en el Parque Recreacional de San Agustín, faltó planeación, verificación de los estudios y diseños por parte de la entidad que suministraba los recursos, ya que no había un estudio de suelos, motivo por el cual fue necesario realizar excavaciones muy profundas para asegurar la cimentación, lo cual generó mayores cantidades de obra y nuevos ítems que también incrementaron el valor final del contrato, quedando inconcluso porque los dineros destinados para este proyecto no alcanzaron para la electrificación e instalación de los equipos, donde actualmente se encuentra abandonado y deteriorándose sin que ninguna entidad se pronuncie al respecto.
--	--

Es claro que, por un lado, la consultoría contratada por el municipio no realizó los estudios geotécnicos para establecer las condiciones reales del terreno y de allí poder determinar técnicamente el diseño estructural de la obra y el volumen de excavación necesario. Ahora, pese a que la Gobernación reiteró que existían varios filtros para la aprobación técnica de los proyectos, se logró demostrar que esto no era cierto, pues sólo efectuaban una revisión documental, o meramente formal, tal como lo afirmó la consultora Dollys Herrera Ramírez en diferentes declaraciones⁶¹, sin que existiera una verificación efectiva del terreno de la construcción o los datos que contemplaban los estudios y diseños.

Asimismo, se reprocha el que se haya pasado por alto el estudio de suelos pese a ser evidente la cercanía entre la

⁵⁹ Fl. 69, cuaderno original No. 1, Fiscalía.

⁶⁰ Fl. 163, ídem.

⁶¹ Fls. 103 a 105, cuaderno original No. 3, Fiscalía y min. 1:24:00 audiencia pública de juzgamiento del 13 de junio de 2022.

quebrada *Las Moyas*, la cual había sido canalizada para modificar su cauce al interior del centro recreacional, y el lugar dispuesto para la construcción de la piscina de niños, pues tal circunstancia al menos suscitaría duda sobre el nivel freático y su repercusión en la obra.

Y aunque en el Auto 869 de 04 de octubre de 2019 de la Dirección de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República al resolver el Grado de Consulta del Auto No.000619 del 15 de agosto de 2013, en el que se dispuso la cesación de la acción fiscal en favor del aforado y otras personas al estimar que no hubo detrimento patrimonial, concluyó que *“aunque se hubieran elaborado estudios de suelos previos al contrato, es evidente que dichos estudios hubieran puesto de presente que las cantidades de obras requeridas para lograr la construcción de la piscina, eran superiores a las inicialmente contempladas en la consultoría efectuada para la elaboración del proyecto”*⁶², y que la realización del estudio geotécnico nunca *“podrá determinar exactamente cuánto será el volumen de excavaciones y demás aspectos de construcción de un proyecto”*⁶³, para la Sala es claro que si el Gobernador en la etapa precontractual hubiera dado alcance al principio de planeación en el momento oportuno y, por ende, realizado los estudios de suelos pertinentes, se hubieran podido determinar las condiciones reales del terreno de la construcción y delimitar los problemas que se pudieran presentar en la ejecución del mismo, a fin de adoptar las decisiones pertinentes en pro del desarrollo más eficiente y

⁶² Fl. 36, cuaderno anexo No. 3, Fiscalía.

⁶³ Fl. 37, cuaderno anexo No. 3, Fiscalía.

económico para la administración; por ejemplo, hubiera sido factible para solucionar los inconvenientes, la reubicación de la piscina de niños, un tratamiento para bajar el nivel freático, etc... y no continuar necesariamente con mayores excavaciones.

En tales circunstancias, esta Sala reconoce que las cantidades de obras canceladas por la administración al contratista coinciden con las efectivamente ejecutadas, no obstante, la conducta reprochada es haber ignorado los designios que integran el deber de planeación, lo que trajo consigo que la Gobernación incurriera en mayores gastos.

Otro argumento de la Fiscalía para denotar la transgresión al principio de planeación se direccionó a la falta de intervenir al momento de dar inicio al contrato y no contar con los permisos ambientales necesarios para la explotación de materiales de cantera y granuladores, lo que conllevó a la suspensión del contrato en diferentes ocasiones.

Acercas de tales tópicos el defensor alegó que ni la contratación de la interventoría, ni los permisos de cantera y ambientales eran requisitos esenciales del contrato cuestionado, pues de conformidad con el precedente de la Sala de Casación Penal, el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* no se refiere a conductas relacionadas con la etapa de ejecución del negocio jurídico estatal.

Evidentemente, por expresa disposición legal, la mencionada conducta punible se limita a las etapas de

tramitación, celebración o liquidación, sin que pueda entenderse que todo lo que tenga que ver con la contratación administrativa pertenece al trámite del contrato, así como lo ha sentado la Corte Suprema de Justicia (CSJ SP 20 may. 2003, rad. 14.669; CSJ SP 23 nov. 2016, rad. 46.037; CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 48250, entre otras), pero según la resolución de acusación, tales circunstancias están referidas a la necesaria falta al deber de planeación en el contrato.

En cuanto a la no contratación de la interventoría al inicio de la obra, la defensa y el aforado sostuvieron que esta se debió a la intervención que a la Gobernación hizo la Procuraduría Departamental en el mes de enero del año 2003, cuando ordenó la suspensión de todo trámite contractual hasta tanto no se revisaran los negocios jurídicos suscritos por el ente territorial, así como también al cambio de secretario de Vías e Infraestructuras para el mes de mayo de 2003, y aunque el informe de policía judicial No. 11-227850 de 16 de mayo de 2018⁶⁴ se señaló que de la inspección judicial adelantada en las instalaciones de la Procuraduría Departamental, no se encontraran pruebas de que se hubiera dispuesto tal suspensión, lo cierto es que el acta de suspensión del contrato ⁶⁵ firmada por el mismo Hernando Quesada Trujillo y el contratista se expuso como motivo de esta situación el hecho de que no se hubiera contratado la interventoría externa, lo cual significa que, antes de la intervención de la Procuraduría ya se había suspendido el contrato.

⁶⁴ Fls. 166 a 170, cuaderno original No. 2, Fiscalía.

⁶⁵ Fl. 22, cuaderno anexo No. 6, Fiscalía.

De llegarse a aceptar que la no contratación del interventor se debió a la interrupción presentada ante la intervención que a la administración departamental hizo la Procuraduría y no a la falta de planeación para la contratación del mismo, tal afirmación se cae por su propio peso, teniendo en cuenta que de las pruebas obrantes en el expediente se evidencia que pasaron alrededor de 3 meses desde la última situación que presuntamente retrasó la contratación del interventor, esto es, el nombramiento como secretario de Vías e Infraestructura de Hernando Quintero Quiroga el 13 de mayo de 2003⁶⁶ y la suscripción en el mes de agosto del contrato 119 de 2003 que nombraba a Eduardo Sánchez Ordóñez como tal, lo que demuestra que la contratación del interventor se demoró sin justificación alguna.

Por regla general desde la etapa de planeación del negocio jurídico principal se han de adelantar gestiones para la contratación del interventor de la obra a fin de surtir el seguimiento de la obra y de sus plazos con el propósito de que no se atrase y se cumpla cabalmente, pero aquí ni siquiera se proyectó su contratación para inicios del mes de enero de 2003, pues solo vino a considerarse luego de 8 meses de haberse suscrito el contrato, impidiendo que la obra empezara a ejecutarse en el tiempo estipulado, siendo la causa de la primera suspensión causada.

⁶⁶ Fl. 208, cuaderno original No. 2, Fiscalía.

En lo relacionado con la tramitación de la licencia ambiental necesaria para la explotación de materiales de cantera y granuladores como causa de la segunda suspensión del contrato⁶⁷, ocurrió un efecto dominó derivado de la tardía contratación del interventor para el mes de agosto de 2003. Por lo tanto, la falta de planeación en el proyecto ocasionó una serie de eventualidades que conllevaron a la tardía ejecución del objeto contractual del negocio jurídico, pues al contratarse la interventoría para el mes de agosto y haberse reiniciado el contrato el 19 de agosto de 2003, esto repercutió en que el trámite de las licencias necesarias se retrasara.

Aunque la Fiscalía pone de relieve también que fue desatendida la celebración de licitación pública ya que el proyecto ascendía a más de 400 millones de pesos, lo cual soporta en: *i)* la no verificación de la real necesidad de la obra a partir de unos estudios previos; *ii)* la elaboración de un presupuesto por debajo del límite de la contratación directa por menor cuantía; *iii)* la no contratación de la interventoría externa al inicio de la ejecución del contrato; *iv)* no contar con permisos ambientales y *v)* la justificación de una adición por \$233.042.109 y \$28.954.338, no es posible en este específico aspecto dibujar que deliberadamente desde un inicio se quiso evadir la licitación pública, toda vez que la no verificación de la real necesidad de la obra derivada de la no revisión de los estudios técnicos y, particularmente, de la elaboración de unos planos y diseños adecuados conllevó a

⁶⁷ Fl. 68, cuaderno anexo No. 6, Fiscalía.

que el valor no estuviera definido técnica ni presupuestalmente.

Ciertamente al calcular el presupuesto por parte de la Gobernación se fijó un valor que no correspondía a la realidad, visto *a posteriori* con las obras que se hicieron necesarias para la construcción de la piscina se muestra que el monto superó la menor cuantía, pero todo obedece, como ya se anotó, a lo defectuoso del proyecto.

En lo que sí se advierte irregularidad es en la adición al contrato No. 586 de 2002 en cuanto ascendió más del 100% de su valor inicial, lo que contraría lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual solo lo autoriza en no más del 50%.

Sobre tal tópico la Sala de Casación Penal ha precisado que la adición de un contrato público procede cuando en desarrollo de su ejecución surjan circunstancias excepcionales imposibles de prever en el proyecto y en los estudios técnicos iniciales. Ocurre entonces cuando al alcance físico del contrato se agrega algo nuevo sin variar su esencia, y la ampliación se produce debido a la deficiente estimación de las cantidades de obra requeridas para la ejecución del objeto contractual. Su diferencia con el contrato adicional se fundamenta en el principio de autonomía o independencia de cara al contrato principal, ya que mientras las modificaciones simples o de forma son meras adiciones accesorias de éste, el contrato adicional

encierra una modificación de fondo, es decir, un cambio sustancial del objeto convenido⁶⁸.

El artículo 40 de la Ley 80 de 1993 autoriza la adición en no más del 50% de su valor inicial, no obstante, ello solo es posible sobre la base del respeto a los principios de planeación y economía, es decir, se habilita en atención a circunstancias de carácter excepcional que no pudieron preverse en el proyecto y en los estudios técnicos iniciales, sin que con ello autorice hacer nugatorio el proceso licitatorio establecido por la ley⁶⁹.

Por ello, para determinar si era posible la suscripción del *otrosí* al contrato No. 586 de 2002, y de cara a verificar si las cantidades de obra que se requirieron de más para la ejecución del negocio jurídico obedecieron a circunstancias excepcionales que no se pudieron prever en el proyecto y en los estudios técnicos iniciales, está comprobado que durante la etapa precontractual no se elaboraron los estudios técnicos correspondientes para determinar las verdaderas cantidades de obra necesarias para la construcción de la piscina de niños, lo que conllevó a que el contratista solicitara al interventor la suscripción de una adición.

En consecuencia, esas cantidades de obras adicionales que se requirieron no obedecieron a circunstancias extraordinarias e imprevisibles de la etapa precontractual, el "*otrosí*" suscrito el 31 de diciembre de 2003 por el aforado por

⁶⁸ CSJ SP, 08 nov 2017, Rad. 43263.

⁶⁹ CE, Sección Segunda, Rad. 20001602 52001-23-31-000-2002-01023-02-0506-08.

\$233.042.109, contravino lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, asistiéndole la razón a Fiscalía y al Ministerio Público al señalar que el contrato no se podía adicionar por más del 50% del valor inicial.

Como argumento el defensor señaló que la modificación de las cantidades no es cuestionable debido a que están soportadas jurídicamente con base en lo que en su momento se analizó respecto de la posición del Consejo de Estado plasmado en el concepto 1439 del 18 de julio de 2002, cuando indicó:

"(...) Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera "adición" a un contrato cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, en razón a que el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada (...)".

No obstante, se advierte en la postura defensiva una interpretación fragmentada de dicho concepto en cuanto desconoce que las cantidades de obras necesarias para la culminación de la construcción de la piscina para niños debían ceñirse a situaciones excepcionales que no transgredieran los principios de planeación y economía, tal como lo establece el precedente del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En suma, se acredita en el tipo objetivo la falta al deber de planeación por haberse suscrito un contrato de obra sin

contar con unos estudios técnicos serios que evidenciaran la real condición del terreno donde se iba a realizar la construcción de la estructura de contención, constituye una omisión a un requisito esencial de este tipo de contrato estatal, aún más cuando ello trajo como consecuencia que la Gobernación debiera adicionar el contrato No. 586 de 2002 en más del 100% del valor inicial para culminar la obra.

6.3.3.2. Elementos subjetivos

Para estudiar si en el actuar de JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ medió conocimiento y voluntad, se dividirá el análisis en dos partes: *i)* frente a la delegación y su deber de responsabilidad en el contrato No. 586 de 2002 y *ii)* de cara a la suscripción del *otrosí*.

Teniendo en cuenta que la suscripción del contrato por parte de Hernando Quesada Trujillo, Secretario de Vías e Infraestructura fue realizado en ejercicio de la delegación de la ordenación del gasto efectuada por el entonces gobernador del Departamento del Huila, CÁRDENAS CHÁVEZ mediante los decretos 0026 de 12 de enero de 2001 y 1799 de 16 de diciembre de 2002, es preciso destacar que de manera general en el ejercicio de las atribuciones encargadas, entre delegante y delegatario media un vínculo funcional especial y permanente, en virtud del cual *“el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario, y para revocar el acto de delegación, particularidades que se desprenden del principio de unidad 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 estatal*⁷⁰.

Si bien el artículo 211 de la Constitución Política establece, en principio, que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, en virtud de los deberes de dirección, instrucción, orientación y seguimiento de la función delegada, en cualquier momento de esa relación está facultado para reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario. Lo anterior impone que toda infracción a la Constitución y la ley en que incurra el servidor público con ocasión de los aludidos deberes y que implique la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los principios de la función administrativa, le será atribuible.

En este orden, afirmar que por mandato constitucional el acto de delegación exime de responsabilidad al delegante, soslaya los principios de unidad administrativa, moralidad, eficacia, igualdad e imparcialidad, al tiempo que desconoce las exigencias contempladas en la Ley 80 de 1993, así como lo normado en el parágrafo del artículo 12 de la Ley 489 de 1998: *“en todo caso relacionado con contratación, el acto de la firma expresamente delegada no exime de la responsabilidad legal, civil y penal al agente principal”*, disposición que la Corte Constitucional encontró ajustada al texto superior en la sentencia C-727 de 2000.

⁷⁰ CSJ SEP, 24 feb. 2021, rad. 49599, reiterada en CSJ SEP, 29 abr 2021, rad. 45013.

En virtud del principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, tratándose de delitos de acción como el que aquí nos ocupa, tal y como lo ha clarificado esta Sala Especial de Primera Instancia⁷¹, la posibilidad de imputación jurídica del resultado debe examinarse de cara al contenido del artículo 9° del Código Penal, conforme con el cual, para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable, y como la causalidad por sí sola resulta insuficiente para dicho fin, se analizará si CÁRDENAS CHÁVEZ creó un riesgo jurídicamente desaprobado al bien jurídico aquí tutelado, y si éste se realizó en el resultado típico.

Se debe advertir que el aforado en diferentes intervenciones indicó que estuvo activo durante la tramitación del contrato hoy cuestionado para lo cual trajo a colación la suscripción del contrato No. 275 de 2002⁷², por medio del cual contrató una consultoría con el propósito de revisar todos los proyectos que hicieran parte del Banco de Proyectos de la Gobernación y que se fueran a suscribir⁷³. Dicha consultoría se celebró con C.F. Ingeniería Ltda., representada legalmente por Dollys Herrera Ramírez, y tenía como objeto: *“Consultoría para realizar los estudios de factibilidad, diseño, implementación y revisión de los proyectos de electrificación, de vías y obras civiles de infraestructura que se encuentre radicados en el banco de proyectos de la gobernación del huila y los que se han presentado por la comunidad para ser incluidos en el plan de desarrollo del departamento. Así mismo, realizar la interventoría de vía e infraestructura de los contratos que celebre la gobernación del huila en*

⁷¹ CSJ SEP, 24 feb. 2021, Rad. 49599, reiterada en CSJ SEP, 29 abr 2021, Rad. 45013.

⁷² Fls. 64 a 68, cuaderno No. 2, Sala Especial de Primera Instancia.

⁷³ Afirmación realizada en diligencia de indagatoria del 12 de mayo de 2016.

*los proyectos de electrificación de proyectos de vías y obras civiles y estructuras para el periodo 2002 a 2003*⁷⁴.

Pese a que el contrato No. 275 de 2002 contaba con el aval de la Directora (E) del Departamento Administrativo Jurídico, el documento no tenía una complejidad para su comprensión, pues las instrucciones eran básicas, pero la exculpación del procesado relacionada con que la verificación de los estudios técnicos y diseños estaba a cargo de la firma C.F. Ingeniería Ltda., se derruye tal afirmación con las manifestaciones de la propia representante legal de esa compañía, Dollys Herrera Ramírez, quien en su declaración de 1° de febrero de 2017⁷⁵ ante el Juzgado Quinto Penal del Circuito⁷⁶, señaló que *“Esa revisión de campo no era de mi competencia, hasta allá no era mi alcance, no se hacía, como lo dije traía sello de garantía que habla (sic) sido elaborado por profesionales idóneos en la materia, y en nuestro alcance no estaba decir si el diseño estaba bien o mal concebido, sino que cumplía con todos los componentes, requisitos previos para un proceso contractual, nosotros hacíamos la revisión que hubiera surtido todo el proceso, inicialmente del recibo a satisfacción de estudios y diseños por el Municipio que era la entidad contratante, que estuvieran firmados y avalados por todos los especialistas en cada área, que hubiera sido aprobado por el Dpto., de planeación tanto departamental como municipal, que estuviera radicado en el Banco de proyectos del Dpto...y aprobado obviamente sin pendientes por subsanar y como nuestra área ya era la última etapa de construcción, antes de iniciar el proceso de contratación verificábamos todo lo mencionado. **Es decir, nuestro alcance no era verificar el contenido del diseño o debatir sobre la forma de diseñar no podíamos debatir sobre el cálculo a especificaciones técnicas, por***

⁷⁴ Fl. 64, cuaderno No. 2, Sala Especial de Primera Instancia.

⁷⁵ Fls. 103 a 105, cuaderno original No. 3, Fiscalía.

⁷⁶ Dentro del proceso que curso contra Hernando Quesada Trujillo, funcionario que suscribió el contrato No. 586 de 2002, en ejercicio de las funciones delegadas por el procesado.

(sic) no estaba a nuestro alcance, y además porque traía la firma de un especialista de un profesional en la materia⁷⁷.

Tal afirmación la reiteró ante esta Sala Especial cuando en la audiencia pública de juzgamiento afirmó: “nosotros cumplíamos muchas, digámoslo así, funciones de apoyo, nosotros apoyábamos los procesos de revisión de documentos más no teníamos una función específica de objetar revisar, analizar, calcular todos los estudios que fueran radicados”⁷⁸, lo que comprueba que las funciones realizadas por la consultoría revestían la simple verificación de la existencia de los documentos necesarios para que el proyecto pudiera suscribirse, algo meramente formal, pues en palabras de la representante legal, sus obligaciones consistían en: “La revisión que hacíamos era la lista de chequeo que se tenía establecido, que no le faltara ningún documento”⁷⁹. Ello para resaltar que, de acuerdo con el contrato de consultoría y a las funciones materialmente asignadas, nunca estuvo la de adelantar un estudio técnico de fondo que verificara la información documental allegada al proyecto.

Por ello, si bien el aforado reiteró en diferentes oportunidades el cumplimiento de sus deberes de vigilancia y supervisión dentro del trámite y suscripción del negocio jurídico No. 586 de 2002, por haber suscrito el aludido contrato de consultoría para la revisión de la parte técnica de los contratos de infraestructura que hicieran parte del banco de proyectos, lo cierto es que, contrario a lo que expone, desde un inicio se evidenció su actuar doloso para sustraerse de su obligación de

⁷⁷ Fl. 105, cuaderno original No. 3, Fiscalía.

⁷⁸ Min. 1:49:10 audiencia pública de juzgamiento del 13 de junio de 2022.

⁷⁹ Min. 1:45:00 audiencia pública de juzgamiento del 13 de junio de 2022.

vigilancia y supervisión sobre el proyecto de la piscina para niños, pues la supervisión del contrato de consultoría No. 275 de 2002, la asignó a la misma Secretaría de Vías e Infraestructura⁸⁰, dependencia que vigilaría las funciones, de quien, a su turno, le revisaba a ésta los proyectos que estuvieran en trámite contractual, es decir, la consultoría debía revisar la parte técnica de los proyectos que estuvieran en cabeza de la Secretaría de Vías e Infraestructura para la posterior suscripción de los contratos y, a su vez, la Secretaría de Vías e Infraestructura supervisaba que la consultoría cumpliera con sus obligaciones, coloquialmente sería *“yo vigilo lo que tú me vigilas”*.

Tal situación, permitió que el secretario de entonces, Hernando Trujillo Quesada, tuviera un control absoluto sobre las actuaciones que en materia contractual tuviera su dependencia, tal como quedó demostrado al permitir que la consultora C.F. Ingenieros Ltda. solo adelantara tareas meramente de revisión formal documental, no siendo este el objeto para el cual fue contratado.

Para el defensor, contar con un Departamento Administrativo Jurídico encargado de dar el visto bueno no solo de los decretos de delegación sino también en el proceso precontractual y contractual cumplió con el principio de responsabilidad, pero esa postura de asumir por satisfecho el mandato de optimización señalado por la actividad de vigilancia y supervisión del contrato desde la parte jurídica del

⁸⁰ Ibidem.

Departamento no supe las responsabilidades del gobernador, ya que esa dependencia no tenía la capacidad para avalar los estudios y diseños de una obra, más aún cuando lo que se evidenció es que se transgredió el principio de planeación al no haber realizado unos adecuados estudios técnicos que dieran cuenta de las condiciones reales del terreno, lo que impidió realizar la correcta ejecución de la obra.

El enjuiciado alegó también que la responsabilidad de los estudios y diseños correspondía a quienes los elaboraron, esto es terceros, no obstante, debió no solo verificar la existencia del lleno de los documentos, sino la seriedad de su información y revisar que los datos allí plasmados correspondieran a la realidad, pues por haber delegado la facultad para contratar en el secretario de Vías e Infraestructura, debía constatar que el delegatario cumpliera a cabalidad sus funciones.

Se debe resaltar que el delito no se atribuye al Gobernador como una acción positiva o conducta comisiva, sino precisamente por su inactividad al incumplir su deber de control y vigilancia a la función delegada, pues de haberlo hecho le habría permitido percatarse de las falencias de previsión del contrato.

En suma, al no haber implementado el gobernador alguna actividad con el propósito de ejercer de manera idónea y eficaz sus deberes de vigilancia y supervisión sobre las funciones delegadas por él, conllevó a que el contrato se suscribiera sin la previa revisión de los estudios técnicos correspondientes por parte del Departamento, pues como quedó comprobado, la

consultoría que tanto refiere la defensa como la encargada de la revisión técnica de los proyectos, no tenía a cargo dicha competencia, según lo manifestado por la representante legal de la época, Dollys Herrera Ramírez, falencia que obviamente aparejó que el contrato se adicionara en más del 100% del valor inicial por las cantidades de obra requeridas para su culminación.

Bajo esta perspectiva, deviene diáfano el incumplimiento por parte del enjuiciado de sus deberes de supervisión y vigilancia al no verificar la observancia de los principios de planeación, economía, transparencia y responsabilidad, pues de haberlo hecho hubiera retomado las funciones que delegó y suspendido el trámite precontractual hasta tanto se realizaran todos los estudios necesarios para establecer las condiciones reales del terreno y clarificar los diseños requeridos para la obra, lo cual dibuja claramente su actuar doloso.

Además de lo anterior, se debe indicar que el aforado por ser el gobernador del Departamento del Huila para la fecha de los hechos, era quien ejercía la función de director de la actividad contractual de la entidad territorial por mandato legal y constitucional. En consecuencia, al omitir velar por la consecución de los fines estatales que le eran exigibles y tampoco haber propendido por la protección de los bienes patrimoniales del Estado que estaban a su cargo, es responsable de la comisión del tipo penal de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* en calidad de autor en la modalidad de comisión por omisión.

No sucede lo mismo respecto de la firma del *otrosí* del contrato por parte de CÁRDENAS CHÁVEZ, al mediar pruebas demostrativas de que lo realizó bajo el convencimiento que los parámetros fijados allí se encontraban ajustados a derecho, pues a la consulta realizada a la Gobernación el 05 de noviembre de 2003 por el interventor sobre la posibilidad de adicionar el contrato debido a la necesidad de contratar mayores cantidades de obra, haciendo expresa mención al concepto con radicado 1439 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁸¹, el comité de obra, por acta de 21 de noviembre de 2003, acogió en su totalidad tal concepto, al concluir que no se requería una adición sino una simple modificación a las cantidades de obra⁸².

Por demás, el aludido *otrosí* contaba con el visto bueno del director del Departamento Administrativo Jurídico⁸³, pruebas que denotan que el otrora gobernador CÁRDENAS CHÁVEZ, lo firmó con el convencimiento de que estaba ajustado a la normatividad y al precedente vigente para el momento de su suscripción.

Valga aclarar que en esta oportunidad para tal suscripción cobra relevancia el aval del director del Departamento Administrativo Jurídico como evidencia de la ausencia del dolo en la conducta del procesado, teniendo en cuenta que el contenido requería un conocimiento

⁸¹ Fls. 287 a 293, cuaderno original No. 1, Fiscalía.

⁸² Fls. 294 a 298, cuaderno original No. 1, Fiscalía.

⁸³ Fls. 115 a 117, cuaderno anexo No. 1, Fiscalía.

especializado en materia de contratación estatal por la complejidad de la interpretación jurisprudencial sobre la diferencia entre adición a un contrato y un contrato adicional.

En este sentido, si el mismo Departamento Administrativo Jurídico de la Gobernación, conformado por personas instruidas en materia legal, incurrió en error al establecer la posibilidad de suscribir el *otrosí* por más del 50% del contrato inicial, cuando esto no podía ser aplicable para el contrato No. 586 de 2002, no se le debe exigir al aforado tal conocimiento.

6.3.4 De la antijuridicidad

Se tiene que la elevación a delitos de comportamientos atentatorios de la administración pública tiene una doble connotación: *i)* apunta al correcto ejercicio de la función pública, entendida ésta como la actividad funcional del Estado, de los entes territoriales y demás entidades públicas de todo orden, que actúan conjunta y coordinadamente en el cumplimiento de los fines estatales, como garantía de que la prestación del servicio público responda siempre al interés general y conforme a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política; y *ii)* propende por la protección de los bienes patrimoniales del Estado, esto es, aquellos destinados para el desarrollo de esos mismos fines.

Aquí ninguna duda surge frente a la lesividad del comportamiento atribuido a JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, en la medida en que la delegación sin control para

el trámite y suscripción del contrato No. 586 de 2002 no estuvo orientado a la consecución de los fines estatales que le eran exigibles y en procura del interés general, de manera que lesionó sin justa causa el bien jurídico de la administración pública ante el claro desvío del propósito que debe regir todas las actuaciones de las autoridades administrativas, y que impone el deber de actuar respetando las normas regulatorias de la actividad contractual estatal, comportamiento que sin duda deteriora la confianza de los asociados en las instituciones oficiales.

6.3.5 De la culpabilidad

Para la Sala, el enjuiciado tenía plena capacidad para comprender la ilicitud del acto y para autodeterminarse conforme dicha comprensión, pues así lo revela su sanidad mental y la plena conciencia sobre su antijuridicidad, siéndole exigible una conducta adecuada a la normativa.

En efecto, no se tiene noticia que hubiera ejecutado la conducta típica y antijurídica condicionado por algún tipo de perturbación psíquica o inmadurez psicológica que le impidiera comprender y acatar los mandatos legales. Por el contrario, sus intervenciones procesales permiten afirmar que para el momento de la comisión del punible no padecía de patología transitoria o permanente que le impidiera comprender la naturaleza de la conducta a él atribuida, por manera que el injusto le es plenamente atribuible pues, pese a estar en posición de ajustar su comportamiento al mandato legal, no lo hizo.

Aunado a lo anterior, CÁRDENAS CHÁVEZ tenía plena conciencia de la antijuridicidad de la conducta desplegada, toda vez que es ingeniero civil de profesión, con experiencia en contratación estatal dado el ejercicio de las funciones públicas que a lo largo de su carrera le permitió ser ordenador del gasto como fue el hecho de haber sido alcalde del municipio de Acevedo, Huila y gobernador del mencionado departamento, máxime que para la fecha de los hechos estaba culminando su segundo año de mandato.

6.3.6 De la responsabilidad

En este caso se declarará la responsabilidad penal del procesado a partir de la materialidad de la conducta punible por la cual se le procesa, consagrada como comportamiento prohibido por el ordenamiento jurídico, su contrariedad formal y material con este último y el juicio de culpabilidad del que se hace merecedor, quien, pese a estar en plena capacidad de actuar de otra manera dirigió su conducta a ejecutar la acción antijurídica.

7. DOSIFICACIÓN PUNITIVA

A JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ se le acusó como autor del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, consagrado en el artículo 410 del Código Penal de 2000, que contempla una pena privativa de la libertad de 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 públicas de cinco (5) a doce (12) años.

En consecuencia, tiene el siguiente ámbito punitivo de movilidad: prisión de 96 meses (144-48=96); multa de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes (200-50=150), e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 84 meses de ámbito (144-60=84), todo lo cual conforma los siguientes cuartos punitivos:

PENA	1° cuarto	2° cuarto	3° cuarto	4° cuarto
Prisión	48m - 72m	72m1d - 96m	96m1d - 120m	120m1d - 144m
Multa	50-87,5 smlmv	87,6-125 smlmv	125,1-162,5 smlmv	162,6-200 smlmv
Inhabilitad	60m-81m	81m1d-102m	102m1d-123m	123m1d-144m

Ahora, de acuerdo con las circunstancias de menor o mayor punibilidad que hayan sido endilgadas a efectos de la ubicación en los cuartos punitivos, como todo evento modulador de la punibilidad, además de estar demostrado, debe ser motivado con criterios de proporcionalidad⁸⁴, se tiene que si bien la Fiscalía le endilgó la consagrada en el numeral 9° del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, por la posición distinguida del aforado en la sociedad, lo basó etéreamente al señalar que la sociedad *“lo premió al poder acceder a los recursos económicos que le permitieron lograr estudios profesionales, lo cual le exigía que retribuyera algo al conglomerado que lo había premiado, pero por el contrario, utilizó esas prebendas para atentar contra bienes jurídicos caros a la sociedad, como a la administración pública, todo lo cual merece un mayor reproche penal”*, sin que se advierta una carga argumentativa suficiente para

⁸⁴ CSJ SP, 23 may 2018, rad. 52159.

dibujar tal circunstancia, pues mencionó situaciones que no corresponden a aspectos del procesado, como es el hecho de que la sociedad lo haya premiado con *“acceder a los recursos económicos que le permitieron lograr estudios profesionales”* y que haya utilizado tal capacitación para atentar contra el bien jurídico de la administración pública, por lo tanto la Sala se apartará de tal predicamento al no mediar sustento para ello.

En virtud de lo anterior, la Corporación habrá de ubicarse en el cuarto mínimo en atención a que en este caso concurre como circunstancia de atenuación la contemplada en el numeral 1 del artículo 55 del Código Penal, por no demostrarse la existencia de antecedentes penales, ello acorde con la postura de esta Sala Especial frente al reconocimiento de esta circunstancia por ausencia de evidencia demostrativa que el procesado cuenta con antecedentes penales: *“... 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”*⁸⁵.

En consideración a los criterios decantados en el inciso 3º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, conforme con los cuales se debe sopesar la gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la intensidad del dolo y la función que la pena ha de cumplir en el caso concreto, dado que JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ merece un juicio de reproche en tanto la afectación del bien jurídico tutelado reflejó el manejo irregular de la actividad contractual de aquellos asuntos por él delegados en el secretario de Vías e

⁸⁵ CSJ SEP, 5 ago 2021, Rad. 47494.

Infraestructura, desconociendo flagrantemente los principios que deben regir la contratación administrativa y el manejo del erario, se le impondrá la pena de cincuenta (50) meses de prisión.

La intensidad del dolo es evidente al demostrarse que el enjuiciado delegó en el secretario de Vías e Infraestructura la tramitación y suscripción del contrato No. 586 de 2002, sin supervisar y vigilar aquellas funciones que le hubiere conferido a este integrante de su gabinete, lo cual hizo con pleno conocimiento, pues pese a haber suscrito un contrato de consultoría para la supuesta revisión de los aspectos técnicos de los contratos de infraestructura, se trató de una supervisión meramente formal a los documentos, de ahí la necesidad de esta Sala de reprochar la conducta del aforado, pues al haber delegado en un tercero la tramitación y suscripción de los contratos estatales se le exigía un comportamiento mucho más diligente, ya que en cabeza de este se encontraba la obligación de proteger los bienes patrimoniales del Estado que le fueron encomendados en razón a su cargo de gobernador.

Así mismo, teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política existe la obligación superior de proteger a los niños y niñas con el propósito de garantizar su desarrollo armónico e integral, se debe recriminar con dureza la conducta omisiva desplegada por el exgobernador en el contrato estatal que iba a beneficiar con la construcción de una piscina a los menores del

Departamento del Huila, pues con ello relegó el interés de los niños, el cual debía prevalecer.

Evidentemente el marco de protección reforzada a favor de los niños, niñas y adolescentes del cual se desprende el principio constitucional del interés superior del menor, es un baremo constante no solo para la familia y la sociedad, sino principalmente para el Estado a través de los servidores públicos, quienes están en la obligación de materializarlo en sus funciones y actividades, pues esa supremacía no se puede quedar meramente en el texto constitucional, sino que debe ser viviente.

Para la Sala si bien todo trámite contractual estatal debe estar en estricto apego de la normatividad, cuando se trata de obras destinadas a niños debe mediar un mayor celo, de ahí que en este caso como se trataba de una obra que beneficiaría a los niños, CÁRDENAS CHÁVEZ debía observar una mayor diligencia, por el contrario incumplió sus deberes al desatender el control y vigilancia que debía hacer sobre la función delegada para tramitar y celebrar el contrato de construcción de la piscina para niños en el municipio de San Agustín.

Es ese criterio hermenéutico que también debe irradiar la función judicial de aplicar justicia la que lleva a la Sala a no imponer el mínimo de pena, sino adicionar dos meses más de prisión.

Además, para satisfacer los principios de retribución justa, prevención general y especial, argumentos, buscando evitar o persuadir a la sociedad de no cometer la conducta punible que se le atribuyó al aforado, amén de conducir a resocialización de CÁRDENAS CHÁVEZ.

Con el mismo criterio y rango⁸⁶, tanto la sanción pecuniaria como la inhabilitación ciudadana partiendo de la pena mínima del primer cuarto, respectivamente, arroja una pena de multa a imponer para el sentenciado de cincuenta y tres punto doce (53.12) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de comisión de los punibles y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en sesenta y uno punto siete (61.7) meses, es decir, sesenta y un meses y veintidós días.

8. MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

8.1 Precisión inicial

Si bien el artículo 68A de la Ley 599 de 2000, así como las modificaciones introducidas por la Ley 1709 de 2014 establecen que no se concederá la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión para aquellas personas que hayan sido condenados por delitos dolosos contra la administración pública, dicha prohibición no se aplicará en esta ocasión, teniendo en cuenta que la fecha de la comisión de las conductas

⁸⁶ Artículo 39.3 de la Ley 599 de 2000. Determinación. La cuantía de la multa será fijada en forma 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.

por las cuales se condenó al aforado⁸⁷ se realizaron con antelación a la entrada en vigencia de estas disposiciones.

8.2 De la suspensión condicional de la ejecución de la pena

El original artículo 63 del Código Penal señala como requisitos para este subrogado penal que: *i)* la pena impuesta no exceda de tres años de prisión, y *ii)* los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena, pero aquí no se satisface el requisito objetivo para el otorgamiento del subrogado penal toda vez que la pena supera los tres (3) años de prisión.

Si bien la modificación introducida por la Ley 1709 de 2014 permite su concesión para las penas privativas de la libertad que no excedan de 4 años, en este evento también se supera dicho quantum punitivo.

El incumplimiento del requisito objetivo releva a la Sala de analizar las restantes exigencias normativas.

8.3 Prisión domiciliaria

Como los hechos datan del 31 de diciembre de 2002 le será aplicable la disposición original del artículo 38 de la Ley

⁸⁷ Los hechos se cometieron el 31 de diciembre de 2002.

599 de 2000 como baremo para establecer si le asiste el derecho de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.

Lo anterior, toda vez que si bien la actual legislación establece un parámetro objetivo más favorable para los intereses del procesado, como lo es que el delito por el cual se esté condenado tenga como pena mínima 8 años o menos, lo cierto es que su aplicación conllevaría a las exclusiones contentivas en el inciso segundo del artículo 68A, por lo tanto, no sería posible conceder prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión para aquellos que hayan cometido delitos dolosos contra la administración pública.

Los requisitos originales para otorgar la prisión domiciliaria son los siguientes:

“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 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 delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, contemplado en el artículo 410 original, disposición vigente para la fecha de los hechos, tiene una pena mínima de 4 años, se da por superado el primer requisito, ya que este exige como mínimo 5 años o menos.

En cuanto al parámetro subjetivo, que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado le permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que el condenado no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, si bien la Sala reconoce que el procesado defraudó las expectativas y confianza ciudadanas, se debe sopesar que los hechos tuvieron acaecimiento hace aproximadamente 20 años, sin que se tenga noticia haya registrado nuevas violaciones a la normativa penal, lo cual permite inferir que no representa un peligro para la comunidad y no haría necesaria la reclusión en establecimiento carcelario para que la pena cumpla sus fines resocializadores y preventivos.

Igualmente, como la Sala de Casación Penal ha insistido en que la *“gravedad de la conducta está por fuera de toda consideración cuando se trata de evaluar el desempeño, laboral o social del sentenciado⁸⁸”*, aquí no se evidencia una repercusión social negativa, pues de la información que obra en el plenario se advierte que el aforado no ocupa cargos públicos desde el

⁸⁸ CSJ SEP, 5 ago 2021, Rad. 47494.

año 2009⁸⁹, cuando fue nombrado como Senador (E) de la República por un periodo de 3 meses, además, de sus manifestaciones vertidas en el interrogatorio en desarrollo de la audiencia pública en la actualidad no tiene un vínculo contractual con el Estado.

Asimismo, el arraigo familiar del condenado se encuentra demostrado, habida cuenta de que tiene 2 hijos menores de edad y que convive con su esposa en el mismo domicilio indicado desde la indagatoria, esto es, en el municipio de Chía, Cundinamarca, desde el año 2016.

Por demás se destaca que ha estado pendiente del diligenciamiento y presto a colaborar, amén que sus intervenciones se presentaron en el marco del respeto, todo lo cual le permite a la Sala estimar que el procesado cumple con los parámetros tanto objetivos como subjetivos para que se conceda el cumplimiento de la condena al interior de su domicilio, pues fundadamente se concluye que no pondrá en peligro a la sociedad, como tampoco que se sustraerá al cumplimiento de la pena.

Así las cosas, se autorizará la ejecución de la pena privativa de la libertad que por este medio se impone en su lugar de residencia, la que se hará efectiva una vez quede en firme la presente decisión⁹⁰, esto en virtud del principio *pro libertatis*. Igualmente, el condenado deberá cumplir con los compromisos señalados en el numeral 3º del artículo 38 de

⁸⁹ Manifestación realizada en audiencia pública de juzgamiento el 13 de junio 2022.

⁹⁰ Artículo 188 de la Ley 600 de 2000.

la Ley 599 de 2000 original, 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 compromiso, luego de lo cual se coordinará con el INPEC la vigilancia de prisión domiciliaria.

9. CONSECUENCIAS CIVILES DERIVADAS DEL DELITO

De acuerdo con el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo a lo acreditado en la actuación, debiéndose también pronunciarse sobre las costas judiciales y las agencias en derecho si hay lugar a ello.

Armónicamente, el artículo 94 del Código Penal dispone que la conducta punible genera la obligación de reparar a la víctima por los daños materiales y morales causados con ocasión de ella, así 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 posible.

La Sala de Casación Penal de la Corte⁹¹ ha precisado que la declaración de responsabilidad pena de quienes han cometido delitos se extiende a la definición de la

⁹¹ CSJ SP, 26 sep 2018, rad. 51194.

responsabilidad civil, sin que pueda soslayar tal pronunciamiento siempre y cuando exista prueba de los perjuicios ocasionados.

Aquí obra en el plenario el informe No. 2020-03 del 1 de septiembre de 2003 presentado por una Profesional Grado 26 de la Corte Suprema de Justicia, en el cual tasó en \$1'387.436.095,28 los daños y perjuicios causados a la Gobernación del Huila con ocasión a las irregularidades presentadas en la etapa pre contractual y contractual del contrato No. 586 de 2002, no obstante, la Sala Especial se aparta de tal estimativo en cuanto, para una correcta tasación primero debió determinar cuál hubiera sido el valor real de la obra de haber contado con los estudios técnicos acordes a la real condición del terreno, para luego partir de ahí y realizar una comparación entre lo que costaba realmente la construcción de la piscina y lo pagado por la Gobernación.

La perita partió de las sumas fijadas en el *otrosí* al contrato No. 586 de 2002 y en el contrato de adición suscritos el 31 de diciembre de 2003, por consiguiente, al no tener valores ciertos sobre los daños y perjuicios causados no se puede reconocer ningún rubro a favor de la Gobernación del Huila.

A ello se debe agregar que la Gobernación del Huila tampoco arrió al proceso evidencia que diera cuenta del valor real de la obra, por lo tanto, resulta imposible llevar a cabo la cuantificación de eventuales perjuicios de orden

material que pudieran haberse causado con la conducta punible, por eso la Sala se abstendrá de condenar a JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ por dicho concepto.

Ahora, en relación con las costas, entendidas como las erogaciones económicas que debe asumir la parte vencida, representadas en expensas y agencias en derecho, las primeras son los gastos requeridos para adelantar el proceso, tales como el valor de las notificaciones, el pago de honorarios efectuado a peritos y curadores, gastos de copias, pólizas, gastos de publicaciones, viáticos de desplazamientos, entre otros.

A su vez, las agencias en derecho corresponden al rubro que el funcionario judicial debe ordenar a favor de la parte triunfante del proceso con el fin de resarcirle los gastos en que incurrió para pagar los honorarios de un abogado y, en el evento de haber actuado en nombre propio, como contraprestación por el tiempo y esfuerzo dedicados a esta actividad. Su fijación es privativa del juez, quien no goza de amplia libertad en materia de su señalamiento al someterse a los criterios establecidos en el numeral 4° del artículo 366 de la Ley 1564 de 2012, los cuales le imponen el deber de guiarse por las tarifas establecidas por Consejo Superior de la Judicatura en los acuerdos 1887 y 2222 de 2003.

En el presente caso la Sala exonerará al procesado del pago de expensas comoquiera que no obra prueba que acredite los gastos en los que incurrió la parte civil durante el trámite del proceso.

De la misma manera procederá la Sala con relación a las agencias en derecho, pues durante el diligenciamiento, los intereses de la Gobernación del Huila estuvieron representados por el abogado Andrés Bello Pascuas, de quien ninguna claridad respecto de la vinculación se aportó, es decir, no se tiene conocimiento si el profesional del derecho es funcionario adscrito a la entidad o abogado externo, ni reposa constancia de pago alguno que se le hubiere efectuado con ocasión de la presente actuación judicial.

10. OTRAS DETERMINACIONES

10.1 Ejecución de la pena

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 469 de la Ley 600 de 2000, la vigilancia de la ejecución de las sanciones aquí impuestas corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad del lugar donde se determine la prisión domiciliaria. En consecuencia, una vez en firme, por secretaría se remitirá la actuación a la citada autoridad, para lo de su cargo.

10.2 Comunicación a otras autoridades

Conforme lo dispuesto en el artículo 472 del mismo ordenamiento adjetivo, en firme esta decisión, por secretaría se remitirán las copias respectivas a las autoridades pertinentes, así como a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para el cobro coactivo de la multa impuesta.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONDENAR a JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ como autor responsable del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, contemplado en el artículo 410 del Código Penal.

SEGUNDO. - IMPONER a JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ las penas principales de cincuenta (50) meses de prisión y multa de cincuenta y tres punto doce (53,12) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de comisión de los hechos e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por sesenta y uno (61) meses y veintidós (22) días, con base en lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

TERCERO. - NEGAR al condenado la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

CUARTO. - RECONOCER a JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ la prisión domiciliaria, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia y se ejecutará una vez adquiera firmeza el fallo.

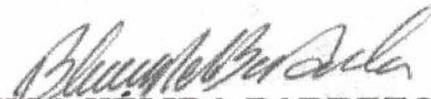
QUINTO.- NO CONDENAR a JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ al pago de perjuicios derivados de la conducta punible, por las razones expuestas en la parte motiva

SEXTO. - Abstenerse de condenar a JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, al pago de expensas procesales y agencias en derecho, conforme a lo indicado en la parte motiva.

SÉPTIMO. - En firme, **REMITIR** copias del presente fallo a las autoridades a las que alude el artículo 472 de la Ley 600 de 2000, así como a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para el cobro coactivo de la multa impuesta y al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad -reparto-, para lo de su cargo.

OCTAVO.- Acorde a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018, contra esta decisión procede el recurso de apelación, para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Notifíquese y cúmplase


BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada



JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado

Aclaración de voto



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario

SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA 2022



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicado No. 00086

JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ

Bogotá D.C., cuatro (04) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Como vengo sosteniendo de tiempo atrás en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (Art. 410 del Código Penal) soy del criterio que se trata de un tipo penal de resultado y no de mera conducta como lo estima la Sala mayoritaria, criterio que persiste en relación con la modalidad de omisión impropia aplicable también a este delito con base en el artículo 25 del Código Penal.

Ciertamente, esta especialidad que se presenta cuando el trámite y/o la celebración del contrato es delegado por el ordenador del gasto a sus funcionarios, y omite pudiendo hacerlo, el deber jurídico de orientación, instrucción, vigilancia y control que debe adelantar para evitar que estos lesionen los principios de la contratación pública; es evidente que se trata de un punible de resultado como quiera que el resultado previsto en la norma, contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, deviene producto de dicha pretermisión.

Esta modalidad implica que la atribución jurídica del delito se analice en la relación de causalidad como elemento que es del tipo objetivo, es decir, que el sujeto activo haya creado con su omisión un riesgo jurídicamente desaprobado al bien jurídico, y que el mismo se haya materializado en el resultado típico, es decir, en el trámite y/o celebración de un contrato ilegal por parte de los delegatarios, lo cual habría podido evitar de haber observado los deberes revocando la delegación.

Si se confirma que el principio de confianza amparó su comportamiento se absuelve por atipicidad objetiva, pero si no se comprueba es menester su análisis también en el tipo subjetivo.

En estos términos dejo sentado mi aclaración de voto.

Con toda consideración,


ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado