

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado Ponente

SEP071-2026

CUI 11001020400020150030201

Radicación 45412

Aprobada mediante Acta Extraordinaria No. 45

Bogotá, D. C., cuatro (04) de mayo de dos mil veintiséis (2026).

1. VISTOS

Finalizada la audiencia pública de juzgamiento y no advirtiéndose causal de nulidad, procede la Sala a dictar sentencia en este proceso seguido en contra del actual representante a la Cámara por el Departamento de Norte de Santander, WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, acusado por los punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso con el delito de peculado por apropiación en favor de terceros agravado por la cuantía, cometidos cuando se desempeñaba como secretario de infraestructura de dicho departamento.

2. IDENTIDAD DEL PROCESADO

WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, identificado con la cédula de ciudadanía 88.211.843, nacido en Arboledas, Norte de Santander, hijo de Ramiro Antonio Carrillo Rincón y Alba Marina Mendoza Ortega, casado, padre de cinco hijos, reside en la vía Boconó-Rumichaca, conjunto campestre Tamacoa Tamarindo, casa A 16-A del municipio de Villa del Rosario, y en Bogotá en la transversal 4 Este # 61-05, Sierras del Este, Torre 3, apartamento 601; de profesión arquitecto con posgrado en administración de la construcción, desde el año 2014 es representante a la Cámara por el departamento de Norte de Santander.

3. HECHOS

Según la acusación, con ocasión de la emergencia económica, social y ecológica y la situación de desastre declarada por el Gobierno nacional mediante Decreto 4580 de 7 de diciembre de 2010, por la fuerte ola invernal que se presentó durante los años 2010 y 2011, el Gobernador de Norte de Santander, William Villamizar Laguado, suscribió con la Asociación de Carboneros del municipio de Cúcuta y Norte de Santander –Asocarbón– el Convenio de Asociación 00177 de 24 de junio de 2011¹, por valor de \$1.465.416.134, cuyo objeto fue la ejecución de obras para la reconstrucción del acceso y protección de la estructura del puente de Puerto León, ubicado sobre el río Zulia en la vía Agualasal–Puerto León–Puerto

¹ Folio 254 c. anexo 9 Sala de Instrucción.

Santander, que comunica a esa región con la ciudad de Cúcuta; por los daños ocasionados en su estructura que amenazaba con colapsar por el aumento del caudal del río.

Los recursos provenían del Fondo Nacional de Calamidades - Subcuenta Colombia Humanitaria, hoy Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres.

En cuanto al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales:

A WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, como secretario de infraestructura de Norte de Santander para la época, le atribuyó que en el trámite contractual que estuvo a su cargo por delegación que le hiciera el entonces gobernador a través del Decreto 00619 de 2 de junio de 2011², artículo décimo tercero, habría incurrido en las siguientes irregularidades:

1. Los diseños y estudios técnicos fueron realizados por la firma que luego resultó favorecida como contratista.

2. La obra se contrató a través de un convenio de asociación, cuando esta modalidad no es permitida para la ejecución de obras conforme a la Ley 80 de 1993.

3. La firma contratista era una entidad sin la capacidad técnica requerida para realizar la obra, por lo que para ejecutar la reconstrucción del puente de Puerto León, debió

² Folio 17 c. anexo 8 Sala de Instrucción.

subcontratar la realización del trabajo con la firma de ingeniería Hidroconsulta.

4. En el contrato se incluyó el valor de \$338.172.951 por concepto de administración, imprevistos y utilidad (AIU), que no es permitido en los convenios de asociación.

Frente al cargo de peculado por apropiación en favor de terceros le atribuyó:

Su participación en el delito surgió en razón a que en su condición de secretario de infraestructura facultado para adelantar las etapas precontractual, contractual y poscontractual de los contratos que se celebraron para la ejecución de los recursos del Fondo Nacional de Calamidades – Subcuenta Colombia Humanitaria, incluyendo la contratación de las interventorías externas, con excepción de la firma de los contratos que correspondía al ordenador del gasto; dispuso jurídicamente del erario en cuantía de \$242.173.590, por incluir en el Convenio 00177 de 24 de junio de 2011 (cláusula primera) una partida de \$338.172.951, bajo el rubro correspondiente a AIU estimado en el 30 % del valor total del proyecto, ocasionando un detrimento patrimonial al Estado, con la consecuente apropiación por parte de terceros.

Lo anterior teniendo en cuenta que al realizarse el balance final del proyecto y efectuar los análisis correspondientes a las sumas realmente pagadas por concepto de las obras realizadas en el puente de Puerto León y al porcentaje inicialmente establecido por concepto de AIU, se puede concluir con

fundamento en el acta de liquidación final, que se ocasionó un detrimento patrimonial al erario nacional en dicha cantidad por pago de este concepto luego de los ajustes pertinentes calculado en \$242.173.590, suma que consolidó atendiendo “*el valor real ejecutado en obras del proyecto Puente Puerto León y el porcentaje de Administración, Imprevistos y Utilidad (considerando la nueva proporción), cifra resultante de restar el valor total de la obra (\$1.356.616.345) y los costos directos -subcontratos- del proyecto (\$1.114.442.755)*”, según también lo consideró la Contraloría.

Los recursos en cuantía de \$242.173.590, fueron desembolsados por el Fondo Nacional de Calamidades - Subcuenta Colombia Humanitaria, a través de la Sociedad Fiduciaria La Previsora, de conformidad con lo estipulado en la cláusula quinta del convenio, esto es, el 40 % como anticipo una vez perfeccionado y legalizado este; un segundo pago equivalente al 30 % previa presentación y aprobación por la gobernación del informe de inversión del primer desembolso; y el 30 % restante a la presentación del informe final de ejecución de la obra³.

4. ACTUACIÓN PROCESAL

4.1 Situación jurídica

La Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia mediante proveído AEI00094-2021 de 6 de mayo, determinó que WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, en su condición de Secretario de Infraestructura del Departamento

³ Escrito de acusación, pág. 155.

de Norte de Santander, pudo cometer las conductas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros agravado por la cuantía, conforme al inciso segundo del artículo 397 de la Ley 599 de 2000.

Respecto de esta conducta reconoció la circunstancia de atenuación punitiva del artículo 401 del Código Penal, en atención a que la cantidad apropiada fue reintegrada entre el 3 y 5 de febrero de 2015, antes de que se iniciara la investigación.

Concluyó que en este caso se reunía a cabalidad el presupuesto del artículo 356 de la Ley 600 de 2000, para la imposición de medida de aseguramiento, consistente en la existencia de *por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente practicadas durante el proceso*, derivados de las versiones de los testigos que se refirieron a su participación en los hechos, ya que el aforado en su condición de secretario de infraestructura del departamento fue delegado expresamente para adelantar todo el proceso contractual de la obra, y que en tales circunstancias estuvo al frente de dicho trámite; testimonios que le merecieron credibilidad no solo por su coherencia, sino porque su contenido tuvo respaldo en otros medios de prueba.

Destacó la sala instructora la contundencia y precisión de la prueba documental allegada al proceso, tanto la atinente a la contratación, que demostró su intervención en todo este asunto, como la procedente de Colombia Humanitaria y de la Contraloría General de la República, que revelaron la

transgresión de los requerimientos normativos en el proceso contractual, con lo cual se lesionó igualmente el patrimonio público.

No obstante, se abstuvo de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva, al concluir que en su caso no se reunían los requisitos exigidos desde el punto de vista de los fines constitucionales determinados por la sentencia C-774 de 2001 como presupuestos de su imposición.

4.2 Resolución de acusación

De conformidad con lo previsto en los artículos 186, 234 y 235-4 de la Constitución Política, modificados por el Acto Legislativo 01 del 18 de enero de 2018, en concordancia con el numeral 7 del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, justificó su competencia para calificar el mérito del sumario, por ser el procesado un representante a la Cámara actualmente en ejercicio, a pesar de que las conductas atribuidas fueron cometidas cuando se desempeñaba como secretario de infraestructura de la gobernación de Norte de Santander.

Sobre la materialidad de las conductas comenzó por señalar que el supuesto fáctico que sustenta la imputación en este caso, se enmarca dentro del proceso de contratación de una obra para la reconstrucción del acceso y protección de la estructura del puente de Puerto León, ubicado sobre el río Zulia en la vía Agualasal-Puerto León-Puerto Santander, que

comunica a esa región con la ciudad de Cúcuta, y que las pruebas recaudadas le permitieron colegir la ocurrencia de las conductas punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía⁴.

Respecto del contrato sin cumplimiento de requisitos legales, una vez hecho el estudio dogmático y de los elementos normativos y presupuestos que distinguen este tipo penal, adujo la Sala instructora, que la calidad de servidor público del procesado no estaba en discusión, ya que la prueba documental así lo demostraba y al efecto invocó el Decreto 004 de 2 de enero de 2008 expedido por el gobernador del departamento, William Villamizar Laguado, que acreditaba que CARRILLO MENDOZA fue nombrado como Secretario de Infraestructura de la gobernación, posesionándose en la misma fecha, según Acta 1666 de 2008, y ejerció hasta el 26 de diciembre de 2011.

Sobre el cargo de secretario destacó que según el Decreto 0091 de 7 de febrero de 2008, el aspirante debía contar con título profesional en ingeniería civil, arquitectura o ingeniería de vías, tarjeta profesional cuando el ejercicio de la profesión lo exigiera y conocimientos básicos de la Constitución Política y Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación) y sus decretos reglamentarios entre otros, calidades y conocimientos que debió acreditar para su nombramiento.

⁴ Folios 52-170 cuaderno 4.

En relación con las funciones del cargo, debía ejercer una serie de estas afines a su sector y, en particular, supervisar los procesos contractuales para que se cumplieran con calidad y eficiencia, *de conformidad con las normas establecidas en el régimen de contratación estatal.*

Además, en los decretos del gobernador que declararon la emergencia se lo facultó para ejecutar todas las acciones orientadas a la realización de las obras y las necesarias para conjurar los daños producidos por la crisis invernal, y en particular, mediante el Decreto 00619 de 2 de junio de 2011, se le delegó la *“facultad de adelantar la etapa precontractual, contractual y poscontractual de los contratos que se celebren para la ejecución de los recursos del Fondo Nacional de Calamidades –Subcuenta Colombia Humanitaria–, incluyendo la contratación de las auditorías externas que se hagan necesarias, pero la suscripción de los contratos respectivos corresponderá en forma exclusiva al ordenador del gasto”.*

A juicio de la Sala instructora fue en estas circunstancias en las que el sindicato llevó a cabo las actividades concernientes al trámite contractual que dio lugar a la suscripción del Convenio de Asociación, entre el departamento y la Asociación de Carboneros de Cúcuta y Norte de Santander –Asocarbón–, con el objeto de realizar las obras necesarias para la *reconstrucción del acceso y protección de estructura del puente “Puerto León” de Cúcuta*, además de las acciones en torno de su celebración y ejecución y las modificaciones que se produjeron después de la firma, relativas a cantidades de obra, diseños, y a la inclusión del concepto de AIU, así como su intervención en la preparación de la minuta contractual y de los demás actos que conllevaron a la entrega de los recursos públicos.

Sobre las irregularidades halladas en el trámite de la contratación, empezó por señalar la acusación que CARRILLO MENDOZA optó por realizar un convenio de asociación, invocando para ello el artículo 355 inciso 2º de la Constitución Política, y algunas disposiciones emitidas por el Gobierno nacional al amparo del estado de emergencia, modalidad contractual sujeta a régimen especial.

Sin embargo, tras el análisis jurídico concluyó que el objeto contractual corresponde a un contrato de obra pública definido en el artículo 32-1 de la Ley 80 de 1993, como el que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de un trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago, del que además se derivaron obligaciones y contraprestaciones equivalentes, mutuas y recíprocas entre las partes según se infiere de la cláusula tercera del mismo y, por tanto, estaba sometido a la regulación del Estatuto General de la Contratación Pública y de sus normas complementarias, en especial lo concerniente a la modalidad de selección del contratista.

Además, se pactó una partida equivalente al 30 % del valor del convenio por concepto de AIU, figura propia de los contratos de obra y ajena a los convenios.

En síntesis, estimó que se trató de un verdadero contrato de obra que se rige por la Ley 80 de 1993 y las normas que la reglamentan, independientemente de la denominación que se

le hubiera dado. No obstante, la gobernación y en particular el sindicato, para la realización de la obra pública no optó por aplicar esta modalidad de contratación sino un convenio de asociación con Asocarbón, invocando el artículo 355 inciso segundo de la Carta, sin tomar en cuenta su real objeto contractual.

Es decir, lo que debió celebrarse fue un contrato de obra directamente con Hidroconsulta u otra firma dedicada a la construcción de obras, atendiendo las directrices de los artículos 77 y siguientes del Decreto 2474 de 2008, vigentes para la época de los hechos, por lo que el no haber procedido de esta forma revela la voluntad de la administración de soslayar las normas de contratación de la Ley 80 de 1993.

No discutió la situación de calamidad pública generada por la fuerte ola invernal de la época, ni la necesidad de adoptar medidas urgentes para atenderla; sin embargo, aclaró que esta no se produjo en forma repentina e imprevista, sino que fue un fenómeno progresivo iniciado por la temporada de lluvias, por lo que el Gobierno nacional declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio por 30 días mediante Decreto 4580 de 7 de diciembre de 2010, situación que no le fue ajena al gobierno seccional que dos meses antes, es decir, el 7 de octubre de 2010 por Decretos 00458 y 00459⁵ declaró la emergencia vial y la urgencia manifiesta en todo el departamento.

⁵ Folio 9 y siguientes, cuaderno anexo 9 Sala de Instrucción

Lo anterior le permitió concluir a la Sala instructora que a pesar de la gravedad de la situación esta fue advertida por la administración con la suficiente antelación para precaver las posibles afectaciones del puente, pero solo fue atendida hasta el mes de junio de 2011 cuando se suscribió el convenio con desconocimiento del régimen contractual público, que a pesar de la urgencia no podía soslayar con el pretexto de que las circunstancias imponían aplicar el derecho privado.

Pretexto que fue desvirtuado por la acusación con el argumento de que si bien la Circular 0015 de 16 de mayo de 2011 del Fondo Nacional de Calamidades – Subcuenta Colombia Humanitaria señaló que la ejecución de los recursos transferidos se sometería al régimen contractual entre particulares, también lo es que la misma hizo la salvedad de la necesidad de acatar lo ordenado en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y 13 de la Ley 1150 de 2007, además de los principios de la función pública del artículo 209 de la Carta.

La Corte Constitucional en la revisión de exequibilidad del Decreto 4830 de 2010, sentencia C-194 de 2011, no suspendió la Ley 80 de 1993, creando un vacío normativo como lo adujo la defensa, lo que hizo fue limitar a un año el régimen excepcional de contratación originado en la emergencia, sin perjuicio de los principios fundamentales de la contratación pública.

Concluyó en consecuencia, la Sala de Instrucción, que lo que pretendió el Gobierno nacional con la creación del régimen excepcional de contratación fue flexibilizarlo para hacerlo más

expedito con el fin de afrontar la emergencia, pero sin renunciar a los principios y procedimientos esenciales previstos en las normas de la contratación estatal.

Para esa Sala en el trámite del convenio se incumplieron los principios de transparencia, responsabilidad, economía y planeación.

En punto del principio de planeación, luego de definir su naturaleza y alcance, señaló que en el caso concreto no se elaboraron los estudios previos necesarios para la estructuración del pliego de condiciones y de los términos de referencia, a pesar de que la gobernación desde el 7 de octubre de 2010 había declarado la emergencia vial y la urgencia manifiesta en el departamento y facultó al secretario de infraestructura para adelantar las diligencias administrativas pertinentes para conjurar los efectos adversos de la calamidad invernal, es decir, de acuerdo con la acusación el procesado tuvo tiempo suficiente para adelantar los estudios previos relacionados con la reconstrucción del puente.

No obstante, fue la entidad privada Asocarbón quien tuvo la iniciativa de la gestión y diseño de los detalles para la reparación del puente con lo cual se inició la cadena de irregularidades en el trámite contractual. Es decir, el futuro contratista fue quien finalmente diseñó la obra, elaboró los estudios técnicos y el presupuesto, mientras que la secretaría de infraestructura los sometió a aprobación del Invías Regional, y del Comité Regional para la Prevención y Atención de

Desastres –Crepad– y, finalmente, el gobernador ante Colombia Humanitaria.

El proyecto fue presentado por el procesado en condición de secretario del Crepad y aprobado por unanimidad en reunión del 25 de abril de 2011 aduciendo su relación de causalidad directa con el fenómeno de La Niña, en concordancia con los decretos de emergencia social y ecológica expedidos por el Gobierno nacional y los lineamientos previstos por el Fondo Nacional de Calamidades.

En cuanto al presupuesto de \$1.567.995.263, indicó la acusación que fue elaborado por el ingeniero Yonny Pascual Contreras Roa bajo las directrices de CARRILLO MENDOZA, sin motivación alguna de los factores contenidos, incluido un porcentaje del 30 % por concepto de AIU, infiriendo del testimonio del primero que este se hizo con cifras aproximadas o preliminares como lo dijo el testigo, es decir, no fue estructurado con datos reales, ni un análisis serio, pues no tuvo a disposición estudios previos ni diseños.

En punto al documento denominado por la secretaría de infraestructura como “Estudio previo y solicitud de contratación” de “abril de 2011”, suscrito por el gobernador y el secretario de infraestructura CARRILLO MENDOZA, dijo que de la motivación se desprende que la selección del contratista y la adjudicación de la obra estaban previamente decididas, incluso antes de iniciar el trámite.

Cuestionó además su contenido, que según expresó, no satisface la finalidad del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, por carecer de sus elementos esenciales como la descripción de la necesidad, el objeto a contratar con sus especificaciones, la modalidad de selección del contratista, el valor estimado del contrato y la justificación del mismo, criterios para seleccionar la oferta más favorable, el análisis del riesgo y las garantías a constituir.

Aunque reconoció que el proceso contractual se dio en el marco de una emergencia invernal, a juicio de la instructora esto no autorizaba a obviar la elaboración de estudios técnicos, previos y diseños, por constituir un deber derivado del principio de planeación, por lo que su omisión dio lugar a la vulneración de los principios de planeación, economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, eficiencia, entre otros.

Sobre la evaluación de idoneidad de la contratista, cuestionó que se hubiera elaborado por el gobernador y el procesado un día antes de la suscripción del convenio, es decir, el 23 de junio de 2011.

Para la Sala de Instrucción el haber escogido un convenio como modalidad de contratación y no un contrato de obra, tiene una connotación importante en la medida en que bajo esa figura se disimuló la transgresión de los principios esenciales de la contratación, en particular los de transparencia y selección objetiva, ya que Asocarbón fue seleccionada antes de iniciar el trámite contractual hasta el punto que fue esta firma

la que estructuró los estudios previos y diseños que se presentaron a la gobernación como propuesta.

En ese contexto, agregó, el aforado además de haber adelantado el trámite contractual en virtud de la delegación conferida desde el 7 de octubre de 2010⁶ por el gobernador, ejecutó las siguientes acciones: *(i)* intervino en la reunión del Crepad de 25 de abril de 2011, en la que presentó el proyecto propuesto por Asocarbón; *(ii)* ordenó al ingeniero Yonny Pascual Contreras Roa elaborar el presupuesto de la obra con base en el estudio de Asocarbón; *(iii)* suscribió el documento denominado “Estudio previo y solicitud de contratación” que se limitó a sintetizar las gestiones adelantadas por Asocarbón y el proyecto inicialmente propuesto por ésta y lo referente al objeto del contrato, su valor, forma de pago, presupuesto y las pólizas a exigir; *(iv)* certificó la idoneidad y experiencia de Asocarbón para ejecutar la obra; y, *(v)* elaboró la minuta del convenio que suscribió el gobernador.

En relación con el contenido del estudio previo, destacó que la Circular 00015 a que se alude allí, fue expedida el 16 de mayo de 2011, mientras que la aprobación de los recursos por Colombia Humanitaria se efectuó el 2 de junio de la misma anualidad, previo concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación de 25 de mayo de 2011, de lo que coligió que en la solicitud de contratación no pudo haberse invocado como sustento de la misma, ni el Decreto 000619 (de 2 de junio), puesto que tales actos administrativos no habían sido expedidos para la fecha de la solicitud.

⁶ Cf. Decretos 458 y 459 de 2010 del gobernador.

De otro lado, la acusación puso de manifiesto que el gobernador pidió a Colombia Humanitaria los recursos que financiarían la obra el 19 de mayo de 2011, para cuyo propósito adjuntó una certificación dirigida al Fondo Nacional de Calamidades expedida por el procesado tres días antes, es decir, el 16 de mayo, o sea, la misma fecha de la Circular 00015, en la que hizo constar que los estudios y diseños fueron elaborados “por los ingenieros adscritos a esta secretaría”, afirmación que no es cierta porque fueron realizados por Asocarbón, como lo testificaron algunos de los ingenieros de la secretaría, quienes reafirmaron que el proyecto fue iniciativa de esta firma y una vez entregado a la gobernación, CARRILLO MENDOZA, coordinador de todas las actividades, comisionó al ingeniero Yonny Pascual Contreras, quien lo avaló para que fuera remitido a Colombia Humanitaria.

De lo anterior, derivó la instructora dos conclusiones: (i) que el procesado no fue ajeno al trámite contractual; y, (ii) que el documento “Estudio previo y solicitud de contratación” no satisface los requerimientos del artículo 25-12 de la Ley 80 de 1993, y que aspectos como el análisis de tránsito y las investigaciones geotécnicas que comprenden estudios de hidrología, hidráulica y socavaciones, fuentes de materiales, especificaciones de construcción y análisis unitarios, que se refieren en la certificación expedida por CARRILLO MENDOZA con destino al Fondo Nacional de Calamidades, tampoco integraron el estudio previo.

De la fecha del “Estudio previo y solicitud de contratación” (“abril de 2011”), infirió la acusación que desde esa época era previsible la magnitud de la obra a desarrollar, circunstancia que dejó sin piso los argumentos relacionados con la “necesidad” del cambio de diseño con posterioridad a la suscripción del convenio, así como el relativo a que en Cúcuta no existía una firma especializada en la clase de obra requerida, porque según lo afirmado por el representante legal de Asocarbón y lo expresado en el estudio previo, a raíz de la “afectación de la rampa del puente” en el mes de abril, Asocarbón consultó con ingenieros idóneos para determinar la solución final, por lo que subcontrató con Hidroconsulta, quien precisamente la asesoró sobre los nuevos diseños.

De esta serie de irregularidades extrajo las siguientes conclusiones: (i) desde antes de iniciarse el trámite contractual Asocarbón fue seleccionado como la firma a quien se adjudicaría la obra; (ii) que los diseños, estudios previos y presupuesto los elaboró la misma contratista; (iii) que el documento “Estudio previo y solicitud de contratación” fue confeccionado con posterioridad a la aprobación del proyecto por parte de Colombia Humanitaria y el Departamento Nacional de Planeación; y, (iv) que el proyecto se llevó a cabo sin estudios previos por la secretaría de infraestructura delegada para el efecto.

La falta de planeación, a juicio de la Sala de Instrucción, dio lugar a que un mes y medio después de la celebración del convenio se hiciera necesario subcontratar con Hidroconsulta el manejo hidráulico de la obra, lo que desdice de la idoneidad

y experiencia de Asocarbón para la ejecución de la obra, acreditada por el procesado.

A lo anterior suma la instructora que por acta de 3 de octubre de 2011, en la que intervinieron el procesado junto con el gobernador y la contratista, se modificaron las cantidades de obra y el AIU, descomponiéndolo así: administración 29 %; imprevistos 1 % y utilidad 0 %, sin que tales ítems hubieran sido soportados y avalados por un contador. Además, los permisos ambientales fueron solicitados por Asocarbón solamente dos meses después, es decir, hasta el 25 de agosto de 2011 y los mismos fueron concedidos el 13 de noviembre siguiente, lo que demuestra la improvisación y falta de transparencia del acusado en el trámite contractual.

Para la acusación no es cierto que la contratación se hubiera adelantado conforme a las directrices de la Circular 00015, en cuanto al respeto por el principio de transparencia; la necesidad de estudios previos serios; la invitación a por lo menos dos proponentes aptos; la elaboración de un pliego de condiciones que contuviera: el objeto, cuantía estimada, obligaciones del contratista, fecha y forma de presentación de la oferta, requisitos técnicos, jurídicos y financieros, lugar de ejecución, garantías etc.; presupuestos necesarios para la evaluación de la mejor oferta; por el contrario, concluyó, que ninguna de estas fue acatada por el procesado.

Negó la supuesta ajenidad del procesado al trámite de la contratación que, dijo, dejó en manos de sus subalternos, pues fueron estos los que señalaron, por el contrario, que todas las

actividades desarrolladas por esa dependencia eran coordinadas por el secretario CARRILLO MENDOZA, quien los instruía a través de memorandos o verbalmente sobre la forma cómo debían adelantar sus labores, por lo que no tuvieron injerencia en el trámite del convenio. Además, según narró la abogada Sandra Sepúlveda, se hizo costumbre en las distintas administraciones celebrar convenios de asociación.

Acerca de la supuesta falta de experiencia del procesado en temas de contratación, la acusación rechazó este argumento aduciendo que como arquitecto contaba con el conocimiento suficiente y además que para ocupar el cargo debió acreditar conocimientos básicos de derecho constitucional y Ley 80 de 1993 y decretos reglamentarios, máxime que como lo reiteraron sus subalternos, todas las actividades de la secretaría eran “direccionadas o coordinadas” por él.

Por esto último refutó la posibilidad de reconocer al procesado que obró al amparo del *principio de confianza* tímidamente insinuado; en primer lugar porque la conducta se le atribuye en calidad de autor, habida cuenta que en su condición de secretario de infraestructura para el caso no solamente se le delegó la competencia para la tramitación de la contratación de la obra, a excepción de la firma del contrato, por el gobernador, sino que por la naturaleza de sus funciones le correspondía su ejecución, adicionalmente contó con un equipo para llevar a cabo las actividades necesarias para superar la emergencia, que como se dijo antes, operó bajo su dirección y coordinación.

De cualquier manera, continuó, el principio de confianza no tiene incidencia en el juicio de imputación del resultado cuando quien lo esgrime ha actuado dolosamente, en otras palabras, aplica siempre y cuando quien lo invoca ha acomodado su actuar a las normas que rigen la actividad concreta.

En este caso, a juicio de la colegiatura instructora no es admisible el planteamiento de la defensa, en tanto su conducta no se circunscribió a firmar los documentos producto de valoraciones ajenas en las que confió, sino que en su condición de secretario de infraestructura delegado para la contratación “adelantó directamente” el trámite contractual con violación de los principios de la contratación pública, al pretermitir el deber de selección objetiva y aplicar una modalidad contractual incompatible con su objeto, menos, cuando en virtud de la delegación, si bien tenía un especial deber de vigilancia, control y supervisión, su conducta no estaba supeditada a la intervención de terceros.

En síntesis, concluyó, no es posible amparar con el principio de confianza a quien no ha ajustado su comportamiento a la ley y ha sido el autor de la conducta punible.

Abordó a continuación el *error de tipo invencible* alegado por la defensa al señalar que el comportamiento del procesado estuvo precedido de una realidad equivocada al asumir firmemente que la modalidad de contratación adoptada, la autorización de subcontratación y la inclusión del valor por

concepto de AIU no infringía la ley penal, convicción basada en que el trámite impartido se ajustaba a la ley.

No obstante, luego de hacer reseña de la jurisprudencia imperante sobre el alcance de la figura del error invocada, concluyó que las circunstancias ya ampliamente referenciadas no permiten advertir alguna por la que no se hubiera representado consciente y voluntariamente que el trámite delegado debía cumplir con los presupuestos mínimos de la contratación pública y los principios de la función administrativa, y que, de soslayarlos, como lo hizo, tornaba ilícito el trámite.

Refutó la alegación de que el sindicado hubiera errado acerca de “los presupuestos objetivos de una causal que excluyera su responsabilidad” y al efecto adujo que en el proceso hay testimonios de sus subalternos que desvirtúan las circunstancias que se invocan como sustento del error, pues afirman no haber intervenido en el trámite contractual, contradiciendo al encausado en cuanto dijo que sus funcionarios fueron quienes decidieron optar por un convenio de asociación.

Como corolario dedujo la acusación que los medios probatorios, especialmente los documentales, indican el compromiso penal del sindicado frente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en el grado de conocimiento exigido para acusar.

En lo atinente al punible de peculado por apropiación, consideró la Sala de Instrucción que en este caso se reunieron los presupuestos de realización de esta conducta.

Agregó que a partir de la delegación que se le confirió para adelantar la contratación relacionada con la ejecución de los recursos de Colombia Humanitaria, fue que el procesado desplegó los actos de disposición del erario que dio lugar al punible de peculado que se le reprocha.

Según la acusación, la participación activa del procesado en el trámite del Convenio 00177 de 2011, fue determinante para ejecutar los actos de disposición jurídica de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Calamidades – Subcuenta Colombia Humanitaria cuyas partidas tenía la potestad de comprometer, de acuerdo con las funciones de su cargo de secretario de infraestructura. Entre estas se cuentan las de gestionar y asignar los recursos necesarios para garantizar la ejecución de los proyectos de desarrollo vial del departamento.

Para la Sala instructora, la participación del acusado en el delito de peculado surge por las facultades de que estaba investido para adelantar las etapas precontractual, contractual y poscontractual de los contratos financiados con los recursos de Colombia Humanitaria, por lo cual dispuso jurídicamente de estos en cuantía de \$242.173.590 al ordenar su inclusión en el convenio por concepto de AIU, estimado preliminarmente en \$338.172.954, suma equivalente al 30 % del valor del proyecto.

Aclaró que si bien el enjuiciado no estaba facultado para suscribir los contratos relacionados con los fondos de Colombia Humanitaria, sí tenía la disposición jurídica por virtud de la delegación e intervino en la celebración del acto de disposición al adelantar el trámite y preparar el documento que precedió la firma del convenio, disponiendo de los recursos públicos que terminaron en manos de terceros.

En relación con este aspecto, dirigiéndose al ministerio público, reafirmó que el procesado sí tenía la potestad de intervenir en la celebración contractual y, por ende, de disponer jurídicamente de los recursos reservados para esta obra, atendiendo que *celebrar* no implica únicamente suscribir un contrato, o como en este caso, el convenio, sino, además, adelantar todos los trámites que condujeron a su perfeccionamiento. Afirmación que respalda en jurisprudencia del Consejo de Estado (Rad. 4033 de 31 de agosto de 2006) que sostuvo que la intervención en la celebración de contratos es un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las gestiones precontractuales, sino también a las partes del contrato en donde la participación personal se entiende directa. Es decir, para el máximo tribunal de lo contencioso administrativo la intervención en la celebración de contratos con entes públicos puede presentarse personal y activa o mediante gestiones o actuaciones indirectas en los actos tendientes a su formación, suscripción y perfeccionamiento del acuerdo de voluntades.

Considerando entonces la activa participación del procesado en el convenio no le quedó duda a la instructora de

la participación de este en su “celebración”, ya que no solo realizó todos los actos precontractuales, sino que, a pesar de tratarse de una obra eligió hacerlo por convenio, e incluyó el concepto de AIU, extraño a esta modalidad contractual.

Su implantación dentro de los costos directos de la obra se hizo bajo la dirección y por instrucciones del encausado, según dijo el ingeniero Yonny Pascual Contreras Roa, circunstancia que le pareció extraña, pero a pesar de informarlo a la gobernación ésta dijo que no se podía modificar ni mutar el convenio de asociación en un contrato de obra.

Expresó que la Contraloría General de la República, luego de los ajustes pertinentes estableció que el monto indebidamente pagado por concepto de AIU fue de \$242.173.590, luego de determinar el valor real ejecutado en obras, por lo que en esa cifra determinó el daño fiscal.

Sobre el momento consumativo del delito señaló que esta Corporación tiene por sentado que en los eventos en que el agente tiene la disponibilidad jurídica del bien, se materializa a partir del acto que dispone el desprendimiento patrimonial, para el caso, señaló, ocurrió el 24 de junio de 2011, cuando se suscribió el convenio donde se pactó el pago por concepto de AIU al cual se llegó por el trámite efectuado en la etapa precontractual y la preparación de la minuta del convenio por parte del procesado.

Dada la magnitud de la cuantía, señaló la acusación que la conducta debe agravarse conforme al inciso segundo del

artículo 397 del CP, por superar los 200 SMLM vigentes para el año 2011.

Añadió que una vez determinado el daño fiscal por la Contraloría, el procesado el 5 de febrero de 2015 reintegró la suma señalada y procedió a promover una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Lo anterior, siguió, ubica, por ahora, la conducta en la hipótesis del artículo 401 del CP por reintegro total del objeto del peculado antes de iniciar la instrucción, esto es, antes del 17 de octubre de 2019.

En lo que atañe a la modalidad de participación se indicó en los cargos que se atribuye a título de coautoría, ya que como el fallo de responsabilidad fiscal involucra tanto al gobernador como al encartado, dado que ambos concurren a la celebración del convenio y dispusieron de los recursos del Estado, rechazando así el planteamiento del ministerio público y el de la defensa, en cuanto se arguyó que la inclusión de la AIU obedeció a un error del ingeniero Contreras Roa.

Como corolario, concluyó que en este caso se reunieron los presupuestos sustanciales del artículo 397 del CPP de 2000 para acusar al congresista WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso con el punible de peculado por apropiación en favor de terceros agravado en calidad de coautor, conductas cometidas a título de dolo, ambas con la circunstancia de agravación del numeral 10 del artículo 58 del CP por haber actuado en coparticipación criminal valiéndose

de la intervención de otras personas para conseguir su propósito, como el gobernador del departamento.

4.3 Actuación ante la Corte

Durante el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, fue radicada solicitud de práctica de pruebas por el defensor del procesado, mientras que el ministerio público guardó silencio.

Por AEP041-2023⁷ de 16 de marzo de 2023, notificada en audiencia de 9 de mayo siguiente, la Sala se pronunció sobre la solicitud de pruebas formuladas, negando la práctica de la ampliación de los testimonios relacionados en el acápite 2.2. Contra la determinación de negar la práctica de la prueba el defensor interpuso recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación.

La Sala por AEP089-2023 de 11 de julio de 2023⁸, dispuso no reponer la decisión y conceder el recurso de apelación en el efecto diferido.

Al desatar la alzada, la Sala de Casación Penal por proveído AP4112-2024 de 24 de julio de 2024, confirmó la decisión impugnada.

El 15 de mayo de 2025, durante la vista pública de juzgamiento, luego de haberse surtido la etapa probatoria del

⁷ Cuaderno Corte núm. 1 a folio 72 en adelante.

⁸ Cuaderno Corte núm. 1 a folio 136 en adelante.

juicio, los sujetos procesales presentaron sus alegaciones de conclusión, que pueden resumirse así:

4.3.1 Ministerio Público

Una vez elaborada la respectiva reseña del curso del proceso y, en particular, del pliego de cargos, abordó el análisis de la tipicidad objetiva del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, aclarando previamente que analizaría la conducta solamente en la fase de tramitación que fue la que estuvo a cargo del procesado, por cuanto la celebración correspondió al gobernador.

Sobre este elemento de la conducta comenzó por destacar que si bien se confeccionó un documento denominado “Estudios previos y solicitud de contratación”, este no satisface los requerimientos del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, por lo que concluyó la incursión en conducta violatoria del principio de planeación.

Del contenido del documento destacó que no se elaboró una relación de las especificaciones requeridas para la ejecución de la obra, tampoco se abordó la necesidad de solicitar permisos, menos se elaboraron los estudios técnicos necesarios para el desarrollo de la obra y, finalmente, no se indicaron las variables y cálculos efectuados para la estimación del valor del contrato.

Todo esto condujo, dijo, a la afectación sustancial de la modalidad de contratación asumida, como fue el convenio de

asociación cuando realmente correspondía a un contrato de obra.

Aunque reconoce que las circunstancias de urgencia manifiesta flexibilizaban la necesidad de los estudios previos de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008, lo que permite afirmar que la ausencia de estos no implica violación de requisitos legales de la contratación, lo cierto es que para que así pueda procederse debe mediar una situación de “verdadera urgencia” que amerite una inmediata intervención, sin embargo, la revisión del trámite impartido llevó al ministerio público a concluir que en este caso la administración contó con tiempo suficiente para elaborar los estudios previos, de tal manera que la afectación del puente venía siendo monitoreada desde octubre de 2010, cuando se expidieron los Decretos 458 y 459, pero solamente hasta el mes de junio de 2011 se adelantaron los trámites contractuales para intervenirlo mediante la celebración del convenio 00177.

La falta de estudios previos se reflejó también en la estimación del valor del contrato, que se elaboró de manera preliminar a partir de la observación y consultas a compañeros, sin calcular precios unitarios como corresponde a un verdadero estudio técnico.

No le resultan de recibo las explicaciones ofrecidas por el acusado en cuanto a que los funcionarios de la secretaría se encargaron de los estudios previos, y la modalidad de contratación se determinó con base en los lineamientos de

Colombia Humanitaria, pues tales aserciones no tienen respaldo documental ni testimonial.

Las labores o funciones que dijo el acusado les habría asignado a sus subalternos, no fueron controladas por aquel omitiendo los deberes de dirección y control que le correspondía ejercer frente a las tareas encargadas a sus colaboradores, pues no definió los mecanismos de control; tampoco exigió informes.

Se refirió entonces al principio de confianza y luego de estudiar su alcance concluyó que, dadas las circunstancias concretas, el procesado no puede ampararse en este.

Agregó, de otro lado que, aunque la circunstancia de urgencia autorizaba la contratación directa, ésta de todas formas debió sujetarse a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 en cuanto debió atender los postulados de transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, eficacia y eficiencia.

Otro hecho que llamó la atención del ministerio público por irregular, fue la evaluación de idoneidad de Asocarbón, efectuada un día antes de la suscripción del convenio por el procesado y el gobernador la cual carece de sustento, al punto de que la realidad demostró lo contrario, tanto que Asocarbón debió subcontratar a Hidroconsulta que finalmente fue la firma que ejecutó el contrato. Destacó que Asocarbón participó desde el principio en la solución de la problemática y en la elaboración preliminar de los estudios, lo que en su sentir desde antes de

iniciar el trámite precontractual se sabía a quién se le asignaría la ejecución de la obra.

La Procuraduría dio así por probado el tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En lo atinente a la tipicidad subjetiva afirmó que el procesado “intervino directamente”, lo que dedujo de los Decretos 458, 459 y 00619, por los cuales, dijo, se lo delegó para adelantar la obra, y del hecho de que su firma aparezca en varios de los documentos relacionados con el trámite precontractual, supuestamente porque según su dicho estimó que los mismos se ajustaban a derecho.

Negó la ausencia de dolo por existencia de un error de tipo invencible, porque en su sentir fue el mismo procesado quien “propició y toleró” las irregularidades que se presentaron en el trámite de la contratación.

Aseguró que el encausado incurrió en una conducta típica, antijurídica y culpable con plena consciencia de la ilicitud de su actuar y, en consecuencia, solicitó impartir fallo condenatorio por el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en calidad de autor.

Para el ministerio público las alegaciones defensivas no tienen vocación de prosperidad, habida consideración de que las funciones que le delegaron fueron implementadas por sus subalternos sin vigilancia, control o supervisión de su parte.

A continuación, abordó el tema relacionado con el delito de peculado por apropiación y en punto de la tipicidad objetiva destacó su desacuerdo con la acusación porque en su opinión la imputación fáctica no configura sus elementos objetivos ni subjetivos, pues el acusado no tenía la facultad de ordenación del gasto, es decir, carecía de la disponibilidad jurídica y material del presupuesto, que recaía en el gobernador.

Es decir, agregó, el procesado no tenía la competencia funcional para disponer jurídicamente de los recursos del Fondo de Calamidades que estaba en cabeza del gobernador por ser este el representante legal del ente territorial.

Por último, deprecó de la Sala sentencia de condena por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y absolutoria por el punible de peculado por apropiación en favor de terceros.

4.3.2 El defensor

En términos generales solicitó la absolución de su defendido por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros.

En relación con el primer punible empezó por destacar que la acusación imputó esta conducta sobre la base de la delegación que, según dijo, solamente le fue conferida a su prohijado a partir del 2 de junio de 2011 mediante la expedición del Decreto 00619, por modo que antes de esa data era el gobernador el

competente para tramitar la etapa contractual, de suerte que cualquier reproche que se proponga contra su defendido debe tomar en cuenta ese límite temporal.

Procedió a continuación a responder los cargos puntualizando que, por la localización del puente de Puerto León, es responsabilidad del municipio de Puerto Santander y no de la gobernación, por lo que el reproche planteado no se compadece con las obligaciones, ni la competencia de la gobernación.

Agregó que la afectación del puente solamente fue advertida por la comunidad en enero de 2011 y antes de esa data la administración no tenía conocimiento. Incluso, solamente hasta abril de 2011 fue enterada la gobernación de la gravedad del daño cuando Corponor y Ecopetrol incumplieron los compromisos, según lo relató Luciano Canal Moros, representante legal de Asocarbón. Fue a partir de esa fecha que la gobernación asumió la gestión del proyecto ante el Crepad⁹ y la consecución de recursos ante Colombia Humanitaria.

Por lo dicho, rechazó la afirmación que sostiene que desde octubre de 2010 se podía planear la obra, pues la secretaría de infraestructura no conocía en ese momento la dimensión del daño. La respuesta de la administración solo se implementó una vez tuvo conocimiento de la grave afectación del puente gestionando recursos ante las entidades respectivas y cumpliendo con los trámites necesarios para solventar la crisis.

⁹ Comité Regional para la Prevención y Atención de Desastres.

Insistió en que los hechos fueron imprevisibles de tal manera que el proceso de planeación no podía ponderarse con parámetros normales, sino excepcionales dadas las difíciles condiciones de desastre, por tanto, la afirmación que asegura que el secretario debió planificar el proyecto desde octubre de 2010, soslaya el hecho de que Asocarbón, Corponor y Ecopetrol se hicieron cargo del asunto en enero de 2011 con resultados fallidos, por lo que el departamento quedó supeditado a los trámites del orden nacional y departamental, en parte a la aprobación y priorización del Crepad que solamente se dio hasta el 25 de abril de 2011 y a partir de esa fecha pudo avanzarse.

Bajo esa perspectiva rechazó la afirmación de que se hubiera obrado con “negligencia”, por el contrario, sostuvo, todo se dio en circunstancias que hicieron imposible reglamentaria y presupuestalmente atender la emergencia con mayor prontitud. Reprocharle a su prohijado una presunta “omisión” en atender prontamente la afectación del puente es ignorar que la administración no podía proceder unilateralmente, y que esa estructura no hacía parte de la red vial a cargo de la gobernación, amén de que el departamento enfrentaba una grave situación de emergencia vial en sus más de 1.400 km, 20 puentes y 40 municipios.

Para la defensa no hubo “omisión ni negligencia” y la oportunidad de la intervención se dio como resultado de la priorización progresiva y justificada en la medida de la afectación de la estructura a partir del momento en que fue conocida por la gobernación.

De otro lado, negó que el convenio haya obedecido a una decisión previamente acordada en contravía de los principios de la contratación, en oposición explicó que, como lo confirmó Elías Jaimes, director Territorial del Invías, fue la comunidad de la región de El Zulia y los mineros quienes advirtieron la afectación del puente en enero de 2011 y esto motivó a Asocarbón para intervenir presentando un proyecto de solución. En consecuencia, la actuación posterior de la gobernación no fue una imposición o favorecimiento, sino una respuesta a la gravedad de la situación que empeoró hacia finales de abril de 2011 con la ruptura de la parte izquierda del aproche del puente, lo cual obligó a una intervención inmediata.

De lo anterior concluyó la defensa que fueron Asocarbón junto con la comunidad de El Zulia quienes inicialmente advirtieron la problemática y la administración solamente intervino a partir de abril de 2011, cuando tuvo conocimiento de la afectación y desde ese momento se ocupó de los trámites necesarios para la consecución de los recursos. Agregó que no existe evidencia de direccionamiento de la contratación, sino de una articulación forzosa con la comunidad enmarcada en la legalidad y urgencia para atender una emergencia que, de no haberlo hecho, hubiera representado un daño económico superior.

Respecto de la inclusión del 30 % por concepto de AIU y del hecho de que el presupuesto del convenio coincidiera con los siete ítems propuestos por Asocarbón, negó que esto pueda calificarse como irregular, pues fue el ingeniero Contreras Roa, adscrito a la gobernación, quien luego de una visita al lugar y de

tomar los datos correspondientes elaboró el presupuesto empleando datos históricos y tablas de precios unitarios de la secretaría, sin recibir órdenes o presión de persona alguna y, de otra parte, la AIU se incluyó porque en principio el presupuesto se concibió para un contrato de obra y para ese momento no se había definido la modalidad contractual a aplicar. Por lo demás, la similitud con el presupuesto de Asocarbón obedeció a la naturaleza de la obra y este solamente se tomó como insumo de referencia para identificar las necesidades urgentes de la obra y elaborar el presupuesto ajustado a éstas, sin que se hubiera aplicado exactamente.

Destacó que la “utilidad” fue eliminada de la AIU mediante el anexo del acta de modificación de cantidades núm. 1 con la participación del interventor y del supervisor, lo que constituye una acción legítima que descarta una intención fraudulenta o una omisión reprochable.

Sobre esto finalmente en defensa del acusado se esgrimió la inexistencia de evidencia sobre el hecho de que éste hubiera intervenido de algún modo en la estructuración del presupuesto, ni en la inclusión de la AIU. Por el contrario, se agregó, su intervención se limitó a ordenar a su equipo de trabajo la revisión técnica y jurídica del proceso contractual, firmar los documentos pertinentes, siempre amparado en la “confianza legítima” de la labor realizada por sus subordinados y validada por los “entes nacionales”.

Pasando al tema de los estudios previos y de la solicitud de contratación que, de acuerdo con la acusación se presentaron

solamente hasta abril de 2011, a pesar de que la ola invernal apareció en julio del año anterior y que estos no se ajustaron a los requerimientos del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, cuestionó estos cargos con el argumento de que la ola invernal se presentó “progresivamente” y específicamente para el caso del puente de marras, afirmó que su afectación fue advertida por la comunidad iniciando 2011 y comunicada “formalmente” a la gobernación en el mes de abril siguiente, de tal manera que no podía exigírsele a la administración intervenir antes de esta última data, pues hasta ese momento no se tenía conocimiento de esa circunstancia.

En relación con la sujeción de los estudios previos al artículo 25 de la ley de contratación pública, adujo la defensa que para el momento de los hechos, esta norma no tenía definidos lineamientos que debían cumplirse como los que luego introdujo la “Ley 1474 de 2011”, por tanto, no eran exigibles requisitos distintos del acto administrativo de soporte que certificara la necesidad de contratación, la conveniencia del objeto y la disponibilidad de los recursos, que sí fue satisfecho de acuerdo con lo dicho por Roberto Castellanos.

Concluyó, en consecuencia, que los estudios previos no fueron elaborados por el procesado, pero sí el resultado del rigor técnico y legal exigidos en su momento para su confección; y la modalidad de contratación aplicada se ajustó al Decreto 4819 de 2010 y a la Circular 00015 de 2011 de Colombia Humanitaria, todo bajo la asignación de tareas por el acusado a sus subalternos y el seguimiento, vigilancia y control por parte de este del cumplimiento de las mismas.

Para el defensor el reproche de la Fiscalía por este asunto desconoce el régimen especial de las “contrataciones de emergencia” que autoriza la contratación directa para atender situaciones sobrevinientes de acuerdo con los lineamientos del Decreto 4819 de 2010 por el cual se reglamentó la subcuenta Colombia Humanitaria; la Circular 00015 de 2011 de Colombia Humanitaria que permitió omitir requisitos ordinarios por tratarse de circunstancias urgentes; y la sentencia C-194 de 2011 “que estableció” que la flexibilización del cumplimiento de los requisitos contractuales y la aplicación del régimen privado no vulneran la Carta.

En consecuencia, para la defensa no existió “negligencia, ni omisión, ni irregularidad en la planeación contractual” y tampoco vulneración del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

En punto de la omisión del registro del proyecto en el Banco de Programas y Proyectos, explicó que dicho trámite no es exigible en el ámbito de la emergencia provocada por un desastre natural que exige soluciones inmediatas.

Se refirió a continuación a los estudios citados en la certificación de 16 de mayo de 2011, de los que dijo no pueden interpretarse como una referencia a diseños específicos, sino a estudios estructurales utilizados para la construcción original del puente en 2003, realizada por la misma entidad.

Afirmó de cara al principio de planeación “consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993”, que sí se hizo un diagnóstico

técnico inicial por parte de Asocarbón en el que se evaluó la afectación del puente y se plantearon siete estrategias de intervención, que posteriormente hubieron de ser “complementadas” con estudios hidráulicos especializados por las graves afectaciones subsiguientes a raíz del invierno por su naturaleza imprevisible, que obligaron a contratar a la firma Hydroconsulta que fue la que elaboró un nuevo diseño.

En ese orden de ideas, concluyó la defensa, no puede endilgarse responsabilidad al procesado por no contar con estudios técnicos precisos, dado que la afectación fue progresiva e imprevisible.

Sobre la certificación de idoneidad de Asocarbón suscrita por el procesado y el gobernador un día antes de la contratación, explicó que esto fue el resultado de un proceso riguroso de evaluación basado en el principio de confianza legítima en el que intervino el equipo técnico, y no de un acto aislado, improvisado y doloso de última hora.

Negó que la escogencia de Asocarbón se hubiera decidido con anticipación, y al efecto adujo que esta firma por razón de la emergencia lideró la presentación de una solución técnica viable en nombre de la comunidad ante el incumplimiento de Corponor y Ecopetrol y dada la urgencia le indicaron que la modalidad contractual que “permitía unir esfuerzos de la comunidad” era la prevista en el artículo 355 de la Carta en consonancia con la Ley 489 de 1998, por lo que Asocarbón comenzó a realizar la obra de mitigación debido a que los recursos de Colombia Humanitaria aún no estaban disponibles.

Esto, lejos de configurar un “favorecimiento indebido” constituyó un acto de colaboración ciudadana para evitar el colapso de la estructura del puente, que sumado a la situación de emergencia hacían viable acudir a la figura del convenio y aplicar las reglas del derecho privado (sentencia C-194 de 2011) para agilizar las acciones del Estado frente a las circunstancias de emergencia, conclusión que apoyó también en el testimonio de Sandra Sepúlveda Contreras abogada adscrita a la secretaría de infraestructura, quien afirmó que era “costumbre” de la gobernación celebrar convenios de asociación con entes sin ánimo de lucro con reconocimiento en la región.

Para finalizar su exposición sobre el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en relación con la tardía solicitud de permiso para la ocupación de cauces, playas y lechos por parte de Asocarbón a Corponor, la calificó como una acusación descontextualizada que no tiene en cuenta la urgencia de la obra que obligó a iniciarla y paralelamente a tramitar los permisos. Por ello, afirmó, esta circunstancia no puede entenderse como una falta de planeación, sino como una eventualidad surgida de las obvias condiciones de urgencia provocadas por el intenso invierno.

Ya refiriéndose al delito de peculado por apropiación a favor de terceros, solicitó la absolución de su defendido por este punible alegando inexistencia de apropiación o “disposición indebida de recursos públicos” como elemento esencial de la conducta.

En opinión del defensor, no existe evidencia de la sustracción material de bienes del Estado ni de “que jurídicamente se hubiese emitido una orden por parte de mi representado que hubiese permitido la destinación irregular de aquellos dineros”.

Para la defensa, la imputación por la inclusión en el convenio de la cantidad equivalente al 30 % del valor del contrato por concepto de AIU carece de soporte “fáctico, técnico y jurídico”.

En primer lugar, sostuvo, su defendido no intervino en la estructuración presupuestaria ni en su validación técnica, pues carecía de los conocimientos pertinentes considerada su profesión de arquitecto. Al respecto agregó que la confección y validación del presupuesto fue responsabilidad “autónoma” del grupo técnico de la secretaría a su cargo y la AIU venía contenida en los formatos suministrados por Colombia Humanitaria y el Departamento Nacional de Planeación de manera que, de no diligenciarse el proyecto era devuelto. Además, agregó, hasta el momento de la elaboración del presupuesto se trabajó bajo el supuesto de un contrato de obra.

De todas maneras, el rubro de “utilidad” fue eliminado mediante acta de modificación de cantidades núm. 1 de 3 de octubre de 2011, lo que descarta la posibilidad de apropiación de recursos públicos, conclusión que, según dijo, reafirmó el interventor Ricardo Gelvez Moreno al señalar en su declaración que la eliminación del rubro “utilidad” de la AIU inicial fue técnica y legalmente válida. En ese mismo sentido el supervisor

Francisco Barajas aseveró que el concepto de “utilidad” no se ejecutó ni pagó, lo que descarta el acto de apropiación como elemento esencial del tipo de peculado, máxime que el fallo de responsabilidad fiscal de la Contraloría General de la República fue demandado ante la jurisdicción contenciosa y actualmente es materia de debate sin que hasta ahora se hubiera proferido sentencia.

Acerca del cargo relacionado con la subcontratación por parte de Asocarbón con la firma Hidroconsulta autorizada por el gobernador y el secretario de infraestructura por un valor aproximado de \$1.100.000.000, que probaría que Asocarbón no contaba con la idoneidad y experiencia para ejecutar el objeto del convenio, afirmó que tal imputación no tiene soporte probatorio y tampoco técnico.

En opinión del defensor, la subcontratación obedeció a un hecho imprevisible producto del agravamiento de la emergencia invernal que a su vez ocasionó la ruptura del aproche izquierdo del puente, lo que impuso modificar el diseño técnico inicial y realizar obras de ingeniería hidráulica que debieron subcontratarse.

En conclusión, estimó que la subcontratación no fue producto de la improvisación, “ni una evidencia de falta de idoneidad inicial”, sino una respuesta a la situación de emergencia, avalada incluso por los entes de supervisión y control. De hecho, subrayó, la cláusula tercera del convenio dispuso para la ejecución del proyecto la obligación de Asocarbón de ejecutar “directamente o por medio de terceros” el

objeto del proyecto, lo que significa que la subcontratación estaba autorizada por el mismo convenio.

Refutó que su prohijado hubiera autorizado la subcontratación, tal como se desprende del acervo documental que da cuenta de que esa decisión fue formalizada por el contratista en coordinación con el gobernador con conocimiento del comité técnico de la obra, sin la intervención del procesado.

No pone en duda la idoneidad de Asocarbón para la ejecución de la obra, estimación que soporta en el hecho de que esa entidad ya había participado en la construcción de obras similares, incluida la primera etapa del mismo puente Puerto León en 2003 y en los documentos que prueban que contaba con capacidad técnica para ejecutarla, hasta el punto de haber sido avalada por el secretario y el gobernador luego de ser validada por los equipos técnico y jurídico de la secretaría.

Además, aseguró el defensor, todo lo anterior fue avalado por Luciano Canal Moros, por tanto, ante esas circunstancias el reproche carece de solidez como para asumir falta de idoneidad de Asocarbón o un supuesto direccionamiento “o apropiación indebida de recursos”. Por el contrario, fue una respuesta “técnica y excepcional” asumida ante la grave emergencia cuya evolución no podía anticiparse.

Pasando al análisis del tipo subjetivo de las conductas, destacó la necesidad de que se consideren la formación profesional de arquitecto del procesado y su experiencia en el sector público para la fecha de los hechos que comprenden áreas

del conocimiento diferentes de las de ingeniero, que según dijo, son las propias de los contratos de obra. Precisamente su primer cargo público fue el de secretario de infraestructura del departamento, a partir del 2 de enero de 2008.

Además, hizo notar que su patrocinado actuó con diligencia ejerciendo vigilancia y control de las tareas asignadas a los profesionales adscritos a la secretaría a su cargo en las áreas jurídica y de ingeniería civil.

Esto por cuanto su prohijado ha insistido en que fueron los miembros de su equipo de trabajo jurídico y técnico los encargados de determinar la modalidad de contratación y de adelantar el trámite previo, incluidos los estudios, limitándose la actuación de su representado a asignarles labores y tareas y a exigir las explicaciones del caso antes de proceder a suscribir los documentos que firmaba, asegurándose de que se ajustaran a las pautas legales y “confiando bajo el principio de confianza en el criterio profesional y experto de cada funcionario”, sin que se le hubiera alertado sobre alguna circunstancia que “le impidiera otorgar su visto bueno”, descartando un actuar doloso.

Reiteró, en consecuencia, la petición de absolver a su defendido de los delitos por los cuales fue acusado.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia

De conformidad con lo previsto en los artículos 186, 234 y 235-4 de la Constitución Política, modificados por el Acto Legislativo 01 de 18 de enero de 2018, en concordancia con el numeral 7 del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para juzgar a WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, por virtud de su actual condición de representante a la Cámara, no obstante tratarse de hechos cometidos cuando se desempeñó como secretario de infraestructura del departamento de Norte de Santander.

Al respecto conviene precisar que los preceptos constitucionales citados, establecen a favor de los congresistas y en garantía de la independencia y continuidad de sus funciones constitucionales un fuero especial de rango constitucional, según el cual, serán investigados y juzgados en forma privativa por la Corte Suprema de Justicia por cualquier delito mientras ostenten la dignidad congresual, pero una vez terminada ésta, el fuero solamente se conserva respecto de los punibles que tienen relación con las funciones desempeñadas¹⁰.

En este caso, comoquiera que el procesado actualmente ostenta la calidad de representante a la Cámara¹¹, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para juzgarlo, a pesar de que los delitos por los

¹⁰ CSJ. AP. 1 de septiembre de 2009. Rad. 31653.

¹¹ www.camara.gov.co. Representante a la Cámara por el departamento de Norte de Santander para el periodo constitucional 2022-2026.

que se lo acusa acaecieron cuando fungía de secretario de infraestructura de la gobernación de Norte de Santander.

5.2 Requisitos para condenar

Conforme a lo normado por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal de 2000, a diferencia del grado de conocimiento que la ley exige para imponer medida de aseguramiento o proferir resolución de acusación, para dictar sentencia condenatoria se requiere que concurra la prueba suficiente que trasmita al juzgador la certeza sobre las categorías de la conducta punible: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y consecuentemente acerca de la responsabilidad del procesado.

La ley reclama, además, que el acervo probatorio sea ponderado en su integridad de cara a los postulados de la sana crítica, ellos son: la lógica, las máximas de la experiencia y las ciencias, y los conocimientos científicamente afianzados, asignándole razonadamente a cada medio de prueba el mérito que le corresponda, a fin de determinar las condignas consecuencias jurídicas¹².

Revisadas las diligencias, en primer lugar, ha llegado la Sala a la conclusión de que, en este evento, concurre la prueba exigida para condenar al acusado por el delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales por el que fue convocado a juicio por la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia. Veamos:

¹² Cf. art. 238 L. 600 de 2000.

5.3 Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

Previamente a abordar el análisis, estima la Sala necesario poner de presente en relación con la Ley 890 de 2004 que, a pesar de juzgarse en este caso hechos acaecidos con posterioridad a su vigencia, la misma no resulta plausible en atención a que la aplicación del incremento punitivo del artículo 14 se excluyó expresamente en la acusación¹³, de suerte que no podría sorprenderse ahora con su imposición, pues esto violaría los *principios de congruencia, confianza legítima, igualdad y seguridad jurídica*¹⁴.

Este delito es descrito por el artículo 410 del Código Penal antes de la reforma de la Ley 890 de 2004, así:

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.

El supuesto de hecho enmarca la conducta de un servidor público que entre sus atribuciones debe intervenir en un proceso de contratación e incumple los requisitos sustanciales exigidos para su trámite o al celebrar o liquidar el contrato omite verificar que se hayan observado¹⁵.

¹³ CSJ. AEI00227-2022, de 22 de septiembre, radicado 45412, pág. 57.

¹⁴ Tesis asumida por esta Sala desde: CSJ. SEP00046 de 28 de abril de 2022.

¹⁵ Cf. CSJ. SP18532-2017, rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.

Encierra dos modalidades alternativas de ejecución: la primera, no observar los requisitos legales sustanciales en el trámite, lo que involucra todos los pasos previos hasta su celebración; y, la segunda, al momento de su formalización o de su liquidación, omitir verificar que se hayan satisfecho¹⁶.

De esta forma la ley penal distingue la conducta ejecutada por los servidores públicos facultados para tramitar el contrato, de la que realiza el representante legal o el ordenador del gasto en las fases de celebración o liquidación¹⁷.

La primera modalidad alude a tramitar el contrato sin observar los requisitos legales esenciales, en tanto que, en la segunda, el contenido de la prohibición consiste en firmar el contrato sin verificar que se hubieran cumplido las exigencias legales esenciales en la etapa precontractual. Esta distinción se fundamenta en las modalidades de delegación o desconcentración de competencias a través de las cuales actualmente se ejerce la función pública en las entidades estatales¹⁸.

Las etapas previas y de ejecución son asignadas al personal de nivel ejecutivo y las de celebración y liquidación al ordenador del gasto, labor que este debe ejecutar con estricto acatamiento de las formalidades legales en la etapa previa, por ser el funcionario autorizado por la Carta Política y la ley para disponer de los recursos del ente público¹⁹.

¹⁶ Cf. *Ibidem*.

¹⁷ Cf. *Ibidem*.

¹⁸ Cf. *Ibidem*.

¹⁹ Cf. CSJ SP18532-2017, *ibidem*.

Los artículos 12²⁰ y 25-10²¹ de la Ley 80 de 1993, preceptúan que los jefes y representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos con sujeción a las cuantías señaladas en las respectivas juntas y consejos directivos, y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o equivalentes.

En todo caso, se reitera, la delegación y la desconcentración no implican el desprendimiento de la responsabilidad del encargado de la contratación²², pues la función de adjudicación está a su cargo²³.

²⁰**ARTÍCULO 12. DE LA DELEGACIÓN PARA CONTRATAR.** Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones ~~o concursos~~ en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> <Inciso adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual. **PARÁGRAFO.** Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.

²¹**ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA.** En virtud de este principio: (...) 10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento.

²² La Ley 489 de 1998 define las figuras de delegación y desconcentración en el entorno de la organización y funcionamiento de las entidades estatales, como la transferencia de funciones de un órgano o cargo a otro, ocurrida por regla general al interior de la misma entidad. En la delegación, la transferencia se realiza únicamente por el titular de la función a través de un acto administrativo expreso, a veces de manera general otras de manera específica, para lo cual debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia. Sobre la desconcentración determina que la atribución de competencia se realiza directamente por el ordenamiento jurídico y se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía, transfiriendo en forma exclusiva, es decir, la competencia debe ser ejercida por el órgano desconcentrado y no por otro y el superior no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal.

²³ Cf. CSJ SP4413-2019, rad. 55967.

El concepto de requisitos esenciales como elemento normativo hace alusión al respeto y cumplimiento integral de los principios que rigen la contratación pública, como son: planeación, economía, responsabilidad, transparencia y deber de selección objetiva, contenidos en el artículo 209 de la Carta Política, en la Ley 80 de 1993²⁴, normativa aplicable a la fecha de los hechos, y en las disposiciones que la desarrollan²⁵.

Como pautas de interpretación del delito en comento, en sentencia SP3478 del 11 de agosto de 2021, radicado 53219, esta Corte sintetizó las siguientes: (...)

4.3.1 Es un tipo en blanco; por tanto, la definición o actualización de sus ingredientes normativos remite a otras normas del ordenamiento jurídico; en especial, al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) y a otras reglas legales especiales de los contratos estatales, las que, por ende, completan la descripción típica.

4.3.2 Sanciona el incumplimiento de los requisitos legales esenciales de un contrato estatal en las fases de tramitación, celebración y liquidación; por tanto, las irregularidades consumadas en la etapa de ejecución son atípicas (...)

4.3.4 El ingrediente normativo «contrato estatal» incluye los que son regulados tanto por el Estatuto General de la Contratación Administrativa (Ley 80/1993), como por reglas especiales contempladas en otros instrumentos normativos.

4.3.5 El requisito legal del contrato cuya violación es típica debe tener carácter «esencial»; por tanto, «no cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de ley aplicables a la contratación estatal realiza el tipo».

A efectos de facilitar la identificación de los requisitos sustanciales de un contrato, deben atenderse los criterios derivados de la teoría general del negocio jurídico (SP17159-2016, nov. 23, rad. 46037), según los cuales se tienen por tales: (i) «aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente» (art. 1501 CC.); (ii) los que de ser incumplidos conllevan la nulidad absoluta del contrato estatal (art. 44 L.

²⁴ Al respecto CSJ. SP4463-2014, reiterado en CSJ. SP, 25 sep. 2013, rad. 35344; y, CSJ. SP15528-2016, rad. 40383.

²⁵ Entre estas: Ley 1150 de 2007.

80/1993); y, (iii) en especial, las formas legales que materializan uno o varios principios de la contratación pública (arts. 23-26 y 29, *ibidem*)²⁶.

Lo anterior surge de una interpretación constitucional y sistemática de los valores y fines del Estado. Según el preámbulo y el artículo 2° de la Carta corresponde a este servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en su texto²⁷.

Asimismo, el artículo 209 de la Carta prescribe que la función pública está al servicio del interés general y se debe desarrollar con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones²⁸.

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

De otro lado, los cánones 1, 3, 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, disponen que esa ley denominada Estatuto General de Contratación de la Administración Pública tiene por objeto diseñar las reglas y principios que rigen la contratación de las entidades estatales²⁹.

²⁶ CSJ.082-2023, radicado 59994 de 15 de marzo de 2023.

²⁷ Cf. CSJ. SP15528-2016, rad. 40383 de 26 oct. 2016.

²⁸ Cf. *Ibidem*.

²⁹ Cf. *Ibidem*.

En otras palabras, tal estatuto fija los requisitos que deben observar los servidores públicos al tramitar, celebrar y liquidar los contratos, siendo razón fundamental para que en su ejecución las entidades cumplan no solo con los fines del Estado sino con la prestación de los servicios públicos a la comunidad, y garanticen los derechos e intereses de los administrados³⁰.

El principio de planeación debe irradiar todas las fases para el perfeccionamiento y liquidación de los contratos, con lo cual se impide la improvisación pues prevé una acción preventiva del daño antijurídico, lo cual refleja la importancia de establecer criterios de selección, de definición de las partidas presupuestales, diseños, pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado³¹.

Sobre dicho principio el Consejo de Estado, dijo:

El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden³².

³⁰Cf. *Ibidem*.

³¹Cf. *Ibidem*.

³² Cf. CE 070012331000199900546-01, 28 de mayo de 2012, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

De ahí la importancia de la selección del contratista y de la celebración de los correspondientes contratos con respeto del régimen jurídico aplicable. Su ejecución y posterior liquidación deben ser ajenos a la improvisación, y resultado de una tarea programada y preconcebida que permita situar las actividades contractuales de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden, diseñadas por las instancias del Estado con funciones planificadoras³³.

Por su parte, el principio de transparencia³⁴ resguarda la imparcialidad y la selección objetiva del contratista. Su escogencia por regla general debe hacerse mediante licitación pública, con excepción de los casos previstos en la norma³⁵.

Quiere decir lo anterior que el principio de transparencia está ligado al de selección objetiva, del cual deriva que la elección del contratista debe obedecer a razones de interés general para asegurar la oferta más favorable para la entidad, al margen de criterios subjetivos como la amistad, la conveniencia personal o el interés político.

En relación con este principio, la escogencia del contratista debe realizarse teniendo en cuenta la oferta más favorable a la entidad según los fines que se persigan, sin

³³ CE 15001233100019880843101-8031, 5 de junio de 2008, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

³⁴ Artículo 24 Ley 80 de 1993.

³⁵ Cf. C.E. 15234, 29 de agosto de 2007, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

consideración de los mencionados criterios subjetivos³⁶.

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993, determina las excepciones para no optar por la licitación o concurso públicos, entre ellas la menor cuantía de las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, según el presupuesto anual de las entidades públicas, expresado en salarios mínimos legales mensuales.

De acuerdo con el artículo 3 del Decreto 855 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, para cumplir con el deber de selección objetiva es menester la obtención previa de por lo menos dos ofertas, verbales o escritas, con la información necesaria del contrato. Incluso, la contratación directa está sujeta al cumplimiento de algunos requisitos y procedimientos³⁷.

Por su parte, el párrafo del artículo 39 de la citada ley exceptúa de las formalidades plenas los contratos que no superan las cuantías allí delimitadas respecto de los presupuestos anuales de las entidades, evento en el cual las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien se delegó la ordenación del gasto³⁸.

Para finalizar, conviene poner énfasis en que el bien jurídico de la administración pública es polivalente, es decir,

³⁶Cf. CSJ. SP. Rad. 30933 de 26 mayo 2010.

³⁷ Cf. CE., 15234. *Ibidem*.

³⁸ Cf. CSJ. SP15528-2016. Rad. 40383.

protege tanto la función, que corresponde a lo que puede denominarse expresión dinámica del bien jurídico, como los bienes de la administración, como concepción estática del mismo³⁹.

A partir de esta noción es posible afirmar que el bien jurídico de la administración pública se lesiona cuando se infringen los principios de igualdad, imparcialidad, moralidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad, principios que como se dijo antes, sustentan el quehacer de la administración, se encuentran determinados en el artículo 209 de la Constitución Política, y en concreto en las normas específicas que los desarrollan, como la Ley 80 de 1993, y los Decretos 855 de 1994 y 2170 de 2002, aplicables, por la época de comisión de la conducta, a este caso⁴⁰.

Al decir de la Corte, el tipo penal del contrato sin cumplimiento de requisitos legales ampara los principios fundamentales de la contratación con prescindencia del resultado económico. Por eso un contrato a pesar de ser favorable, puede ser ilegal, de tal manera que para su materialización basta que se transgredan los principios fundantes de la contratación oficial.

En ese ámbito, el artículo 410 de la Ley 599 de 2000 está concebido en función de la protección, entre otros, del principio de transparencia y no del propósito económico. Por eso un contrato puede ser incluso beneficioso en términos económicos, pero igualmente ilegal, como ocurre cuando el proceso de selección se amaña con el fin de buscar la asignación del contrato a un particular mediante la exclusión de otros. Al obrar así, quien lo hace, irrumpe contra los principios de transparencia e imparcialidad, al

³⁹ Cf. CSJ. SP2294-2019, radicado 47475 de 26 de junio de 2019.

⁴⁰ Cf. CSJ. SP2294-2019 *ibidem*.

*excluir a otros de la oportunidad de acceder a la contratación pública en igualdad de condiciones y bajo las mismas oportunidades del beneficiado. Esa es la dimensión del injusto*⁴¹. (En ese mismo sentido: CSJ. SP3130-2021, radicado 58201 de 21 de junio de 2021).

Teniendo presente este marco jurídico, la Sala abordará, en específico, los elementos del tipo penal en relación con la actuación del acusado.

5.3.1 Tipo objetivo

En armonía con la descripción normativa, para lograr una plena adecuación típica es necesario establecer que el sujeto activo cualificado, es decir, el servidor público, haya incumplido por lo menos uno de los requisitos esenciales o sustanciales en el trámite de un contrato, o lo hubiera celebrado o liquidado sin verificar su observancia, siempre que se hubieran vulnerado al menos uno de dichos requisitos. La etapa de ejecución queda al margen de la prohibición penal contenida en el artículo 410.

En relación con el cargo por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia acusó al actual representante a la Cámara WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, a la sazón, secretario de infraestructura delegado por el gobernador para adelantar la etapa precontractual, contractual y poscontractual⁴², con excepción de la suscripción

⁴¹ Cf. CSJ. SP2294-2019 *ibidem*.

⁴² Decreto 000619 de 2011, art. decimotercero: *DELÉGUESE en los secretarios de despacho la facultad de adelantar la etapa precontractual, contractual y poscontractual de los contratos que se celebren para la ejecución de los recursos del Fondo Nacional de Calamidades - Subcuenta Colombia Humanitaria incluyendo la contratación de las*

del contrato, por irregularidades en el trámite del convenio 0177 de 24 de junio de 2011, que pueden sintetizarse, así: (i) se adoptó la figura del convenio de asociación previsto en el artículo 355 de la Carta a pesar de tratarse de un contrato de obra pública; (ii) los diseños y estudios técnicos fueron realizados por la firma con la cual finalmente se suscribió el convenio; (iii) la contratista no contaba con capacidad técnica para ejecutar la obra por lo que posteriormente tuvo que subcontratar su ejecución con una firma especializada (Hidroconsulta); y, (iv) se incluyó un porcentaje del 30 % del valor de la obra por concepto de AIU, rubro propio de los contratos de obra y ajeno a los convenios de asociación que habría ocasionado un detrimento de \$242.173.590.

La calidad de servidor público del procesado para la época de los hechos está probada con el Decreto 00004 de 2 de febrero de 2008, por el cual se designó en el cargo de secretario de infraestructura de la Gobernación de Norte de Santander a WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA; el acta de posesión de la misma fecha ante el gobernador; y con el Decreto 001028 de 26 de diciembre de 2011 por el cual se declaró su insubsistencia, de todo lo cual se infiere que para el momento de los hechos, es decir, abril – junio de 2011 fungía como secretario de infraestructura del departamento.

En lo atinente a las funciones del cargo, según el Decreto 00091 de 7 de febrero de 2008 “Manual Específico de Funciones y Competencias” le correspondía, entre otros,

interventorías externas que se hagan necesarias, pero la suscripción de los contratos respectivos corresponderá en forma exclusiva al ordenador del gasto.

coordinar la formulación, definición y ejecución de programas de conservación de la infraestructura vial del departamento; supervisar el diseño y definición de proyectos relativos a tiempos, presupuestos y recursos, asegurando su precisión y confiabilidad; coordinar la preparación de proyectos, planes y programas de desarrollo vial del departamento, de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes y presentarlos a consideración del gobernador; dirigir y coordinar la elaboración de los pliegos de condiciones técnicas y obtener los estudios y requisitos necesarios para los procesos de contratación; estudiar y proponer las declaraciones de emergencias viales y dirigir las acciones para su solución.

Además de lo anterior, en punto de las funciones como secretario de infraestructura, por Decreto 00619 de 2 de junio de 2011⁴³ del gobernador (art. decimotercero), los secretarios de despacho en sus respectivas áreas fueron delegados para adelantar las etapas precontractual, contractual y poscontractual de los contratos que se celebren para la ejecución de los recursos del Fondo Nacional de Calamidades – Subcuenta Colombia Humanitaria, incluyendo la contratación de los interventores externos, salvo la suscripción que correspondía en forma exclusiva al ordenador del gasto.

De esta forma se encuentra probado el primer presupuesto del tipo objetivo que dice relación con la calidad de servidor público en ejercicio de sus funciones, o lo que es lo mismo, al tiempo de la realización de la conducta el procesado

⁴³ Por el cual se establece el procedimiento para la ejecución de recursos asignados por el Fondo Nacional de Calamidades – Subcuenta Colombia Humanitaria.

ostentaba la condición de servidor público y la misma fue producto del ejercicio de sus funciones como secretario de despacho y delegado por el gobernador para adelantar, entre otras, la etapa previa del trámite de los contratos celebrados con recursos provenientes del Fondo Nacional de Calamidades y, en particular, del contrato de la *reconstrucción de acceso y protección de la estructura del puente Puerto León, departamento de Norte de Santander*, debido a las graves afectaciones sufridas en su estructura a raíz de la ola invernal con ocasión del fenómeno de La Niña acaecida en el departamento en los años 2010 - 2011.

La primera irregularidad materia de la acusación se concretó en el hecho de haberse suscrito un convenio de asociación con base en el inciso segundo del artículo 355 de la Carta Política en consonancia con el artículo 209 *ibidem* y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, cuyo objeto consistió en *“ejecutar las obras para la reconstrucción del acceso y protección de la estructura del puente de Puerto León, departamento de Norte de Santander, de conformidad con el proyecto presentado y aprobado por el departamento ante el Fondo Nacional de Calamidades”*, así: (i) 250 pilotes de 10 m hincado; (ii) 390 m de tubería de 4”; (iii) 67 hexápodos de 0.8 m de lado; (iv) 260 m³ gaviones en malla eslabonado TT y piedra; (v) 500 m³ de bolsacretos; (vi) 1.250 m³ de rellenos con material seleccionado; y, (vii) 250 hectómetros de dragado de río; todo por valor de \$1.127.243.180 más un AIU del 30 % por \$338.172.954 para un valor total de la obra de \$1.465.416.134.

En la cláusula segunda del convenio, denominada “alcance”, se señaló: *“El presente convenio es de resultado y*

comprende: hincado de pilotes, construcción de hexápodos, gaviones, bolsacretos, rellenos seleccionados y dragado del río Zulia”.

De acuerdo con el cargo, dada la naturaleza del objeto del contrato, en este caso no procedía suscribir un convenio de asociación del que trata el inciso segundo del artículo 355 de la Carta, pues por su naturaleza: “reconstrucción del puente de Puerto León”, su objeto correspondía a un contrato de obra, definido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de suerte que al pactar un convenio y no un contrato de obra pública se incurrió en una violación sustancial de la normatividad contractual vigente, al optar por una modalidad de contratación no autorizada para la realización de una obra pública.

En su favor la defensa alegó que, dado el crudo fenómeno invernal por el que atravesaba el departamento y debido a la situación de emergencia decretada por el Gobierno nacional, se “habilitó un régimen excepcional” que autorizaba contratar directamente las obras necesarias para mitigar las afectaciones producidas por las lluvias, se aplicaron para el caso las “reglas del derecho privado” de conformidad con los decretos 458 y 459 de 2010 y 0619 de 2011 de la gobernación, además de la circular 00015 de 2011 de Colombia Humanitaria y el marco jurídico de la sentencia C-194 de 2011 de la Corte Constitucional, con el fin de agilizar las acciones necesarias para enfrentar los daños producidos por el fenómeno de La Niña 2010-2011.

Por esta excepcional razón de emergencia, agregó, la reconstrucción del puente de Puerto León se adelantó a través de un convenio de asociación, como quedó establecido en el estudio previo y solicitud de contratación de “abril de 2011”, con el fin de iniciar la obra de manera urgente y evitar un daño mayor, circunstancia que, dijo la defensa, se corrobora con los testimonios de Sandra Patricia Sepúlveda Rodríguez, abogada de la secretaría de infraestructura; Roberto Arnulfo Castellanos Cely, ingeniero de la misma secretaría; y Elías Jaimes Fernández, director territorial del Invías.

Para el defensor, la selección de un convenio de asociación como modalidad de contratación se ajustó a la “realidad jurídica y administrativa” de la época y estuvo enmarcada dentro de los lineamientos excepcionales y autorizaciones especiales emitidos por el Gobierno nacional para hacerle frente a la situación de emergencia generada por el fenómeno de La Niña.

Para dilucidar este primer aspecto debe comenzar la Sala por precisar el marco jurídico que a la sazón regía para efectos de ejecutar los recursos provenientes del Fondo Nacional de Calamidades – Subcuenta Colombia Humanitaria, destinados por el Gobierno nacional para enfrentar los estragos producidos por la ola invernal en el territorio nacional en los años 2010–2011.

En primer lugar, el Gobierno nacional expidió el Decreto 4580 de 7 de diciembre de 2010 por el cual declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave

calamidad pública por el término de 30 días, reservándose la adopción mediante decretos legislativos, de las medidas que se requirieran en desarrollo de dicha situación y de disposición de las operaciones presupuestales necesarias.

Sin perjuicio de la aplicación de los principios de que rigen la función administrativa dispuestos en el artículo 209 de la Constitución Política y de la contratación pública en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, en relación con los recursos destinados por el Gobierno nacional para atender la emergencia decretada que se giraría a través del Fondo Nacional de Calamidades – Subcuenta Colombia Humanitaria, este expidió la Circular 00015 de 16 de mayo de 2011 en la que plasma los lineamientos sobre el régimen de contratación aplicable por las entidades receptoras de transferencias de dicho Fondo con el propósito de que sirvieran de criterio orientador para la ejecución de los recursos, adjuntando minutas o modelos de los contratos “más frecuentes” a suscribir en el marco de la emergencia: obra, interventoría y compraventa⁴⁴.

En el literal *a)* en su parte pertinente señaló que la ejecución de los recursos provenientes de las transferencias se someterá únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y 13 de la Ley 1150 de 2007, régimen excepcional que tendrá vigencia hasta el 18 de marzo de 2012 de acuerdo con la sentencia C-194 de 2011.

⁴⁴ Folio 73 cuaderno original 3 Sala Especial de Instrucción.

El literal *b)* destacó que el régimen especial para la ejecución de los recursos tiene como propósito agilizar las acciones del Estado para enfrentar la emergencia ocasionada por el fenómeno de La Niña de 2010-2011.

No obstante, en el literal *c)* aclaró que a pesar de la aplicación del derecho privado *“las normas dictadas en el marco de la actual emergencia obligan a aplicar los principios de la función pública previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, tales como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”*. (Énfasis de la Sala)

Atendiendo esos principios, el literal *d)* recomendó observar especialmente los siguientes lineamientos: transparencia; disponibilidad de recursos; estudios previos que contengan la descripción de la necesidad, del objeto a contratar con la especificaciones técnicas y la identificación del contrato a celebrar; del perfil mínimo requerido de la persona natural o jurídica que ejecutará el servicio o suministrará el bien; y el análisis que soporta el valor estimado del contrato y los elementos y criterios que se tienen en cuenta para establecerlo.

En relación con el proceso de selección del contratista autorizó realizarlo invitando por lo menos a dos proponentes reconocidos en el mercado con la experticia técnica y experiencia para desarrollar el objeto del contrato. Incluso, facultó a la entidad para convocar públicamente los oferentes en caso de estimarlo conveniente.

Refiriéndose a los contratos de emergencia, la circular previó que cuando existan circunstancias excepcionales y

sobrevinientes se podrán realizar contratos en forma directa *“con el fin de adelantar las actividades estrictamente necesarias para enfrentar la emergencia”*, sin embargo, impuso que estos contratos debían reportarse a más tardar dentro de los tres días hábiles siguientes a los organismos de control.

Condicionó además el proceso de selección a la previa elaboración del pliego de condiciones que debían contener: el objeto de la contratación; cuantía estimada del contrato; obligaciones del contratista, fecha y forma de presentación de la oferta; requisitos técnicos y jurídicos que debían cumplir los proponentes; lugar de ejecución del contrato; garantías; cláusulas excepcionales y multas; y criterios para la selección de la mejor propuesta.

Destacó la circular, la aplicación de las cláusulas excepcionales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 4702 de 2010 en consonancia con el Decreto 4830 de 2010, que disponen que los contratos que se celebren debían ajustarse a lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 *“en relación con los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual y cláusulas excepcionales”*.

Estos lineamientos fueron reproducidos por el Decreto 00619 de 2 de junio de 2011 de la Gobernación de Norte de Santander *“Por el cual se establece el procedimiento para la ejecución de los recursos asignados por el Fondo Nacional de Calamidades - Subcuenta Colombia Humanitaria”*.

Este decreto enmarcó su ámbito de aplicación a *“la ejecución de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Calamidades - Subcuenta Colombia Humanitaria para la atención de las situaciones de desastre o calamidad. atención humanitaria y/o actividades de rehabilitación dentro del marco de la emergencia económica, social y ecológica decretada por el Gobierno Nacional. y será de imperativo cumplimiento para todos los servidores públicos en quienes se encuentra delegada la facultad de contratar a nombre de la entidad”*. (Subraya la Sala)

En ese propósito destacó en su artículo segundo que para la selección de los contratistas el departamento aplicará los principios que rigen la función administrativa: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; así como el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de interés previstos en las disposiciones legales vigentes.

En relación con la selección objetiva de los contratistas dispuso que se elaborarían, previo a la solicitud de ofertas, los estudios técnicos y pliegos de condiciones que deberían contener los requisitos de participación, así como los factores de escogencia y calificación, teniendo en cuenta para ello los criterios establecidos en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007.

A su vez en el artículo quinto señaló el contenido mínimo de los estudios técnicos y de los pliegos de condiciones que deberían contemplar un estudio técnico de necesidad, conveniencia y oportunidad conforme a los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y al artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, tales como descripción de la necesidad; objeto a

contratar; valor estimado; justificación de los criterios de selección, tomando en cuenta los parámetros contenidos en el artículo 12 del Decreto 2472 de 2008; soporte de la tipificación, estimación y asignación de riegos; el análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular; el pliego de condiciones con la descripción detallada del objeto a contratar; los fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, procedimientos, y las demás reglas objetivas que gobiernan la presentación de las ofertas así como la evaluación y ponderación de las mismas, y la adjudicación del contrato; las razones y causas que generarían el rechazo de las propuestas o la declaratoria de desierto del proceso; la inclusión, de carácter obligatorio de las cláusulas excepcionales, multas y cláusula penal pecuniaria; proceso de selección con invitación a por lo menos dos proponentes, de reconocida idoneidad, con experiencia y competencia técnica para ejecutar el objeto del contrato. La selección de los invitados a ofertar se hará constar en acta que deberá suscribir el servidor delegado para adelantar la etapa precontractual; evaluación de las propuestas; convocatoria pública.

En punto de la contratación de emergencia cuando existan situaciones excepcionales y sobrevinientes y con el fin de proteger los derechos de la población afectada, autorizó realizar contratos en forma directa, prescindiendo de los procedimientos previstos en los artículos sexto y séptimo, con

el fin de adelantar las actividades estrictamente necesarias para enfrentar la emergencia, lo cual condicionó a que el contrato efectuado debía reportarse a más tardar dentro de los tres días hábiles siguientes a la Contraloría General del Departamento, junto con los documentos que soporten la contratación. Además, previó que la existencia de esta situación excepcional y sobreviniente debía constar expresamente en la minuta del contrato, justificando así la necesidad de la contratación directa.

En su artículo decimosegundo dispuso la necesidad de incluir las cláusulas excepcionales conforme a lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 4702 de 2010, en concordancia con el Decreto 4830 de 2010, previstas en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993, que dice relación con los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual y cláusulas excepcionales.

A continuación, en ese decreto el gobernador delegó en sus secretarios de despacho el trámite de todas las etapas del contrato a excepción de la suscripción que se reservó.

La normatividad referenciada constituye el marco normativo que la administración de Norte de Santander debía observar en aras del cumplimiento de los requisitos esenciales de la contratación para la ejecución de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Calamidades.

En relación con el inciso segundo del artículo 355 de la Carta, invocado en este caso como sustento del convenio 00177, señala la norma:

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo. El Gobierno nacional reglamentará la materia. (Énfasis adicionado)

Del mandato normativo se desprenden dos premisas fundamentales en relación con la procedencia de esta modalidad de contratación: (i) que los recursos para su celebración deben provenir del presupuesto de la entidad territorial; y, (ii) su finalidad es impulsar programas y actividades de interés público “acordes con el plan de desarrollo de la entidad”.

Esta norma constitucional fue reglamentada por el Decreto 777 de 1992⁴⁵ vigente para la época de los hechos que en su artículo 2 excluyó de su aplicación: “1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes”.

De lo anterior se extrae que dada su naturaleza jurídica y la finalidad de los convenios de asociación previstos en el artículo 355 *ibidem*, no podía el departamento celebrar uno con

⁴⁵ Modificado parcialmente por el Decreto 1403 de 1992.

el fin de atender la reconstrucción del puente de Puerto León, por no provenir los recursos de su presupuesto y por no corresponder su objeto al impulso de programas y actividades de interés público previstos en su plan de desarrollo, sino a un verdadero contrato de obra que por su naturaleza implicaba una contraprestación directa a favor de la entidad pública, por tanto, debió optarse por este tipo de contrato definido en el ordinal 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁴⁶.

La contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad de que trata el artículo 355 de la Constitución Política, es una contratación especial que procede exclusivamente en los casos previstos en tales normas. Esta contratación tiene origen en la necesidad de continuar con el apoyo de las entidades estatales a actividades benéficas en el nuevo marco constitucional sin auxilios parlamentarios. Su origen está en la reflexión del constituyente de 1991 sobre la necesidad de abolir los auxilios parlamentarios, pero sin dejar de prestar apoyo estatal a las actividades beneméritas en el campo de la solidaridad humana *“siempre que tales actividades hayan sido previstas en los planes de desarrollo”*, que quienes desarrollen tales actividades sean idóneos y haya mecanismos de verificación del destino de los recursos entregados por el Estado para el efecto.

La doctrina sobre el artículo 355 de la Constitución Política, sostiene que su propósito es permitir que ciertos sujetos de derecho privado que desarrollan actividades

⁴⁶ Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

beneméritas en el campo científico, cultural, educativo o de solidaridad social y humana puedan recibir apoyo estatal o recursos públicos, pero sometidos a mecanismos de verificación del destino dado a los recursos y a las modalidades de su ejecución, inherentes a la contratación pública, evitando así que desvirtúe su función hasta convertirse en una herramienta de proselitismo político, de beneficio individual o de despilfarro de dineros públicos como aconteció en años anteriores.

Para acceder a tales recursos oficiales las instituciones deben pasar los controles y filtros que la norma impone, con el fin de evitar abusos y corruptelas. De allí que se exige la celebración de un contrato previo de las entidades privadas con el Gobierno en cualquiera de los niveles nacional, departamental, distrital o municipal. Además, deberán acreditar que se trata de entidades sin ánimo de lucro, probar su idoneidad *“y que realizan programas y actividades de interés público en consonancia con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo”*.

A la luz de esos términos de referencia, la norma citada autoriza al Gobierno para reglamentar la materia en el entendimiento de que a esas solicitudes, cuando procedan, cada entidad del orden nacional, departamental municipal o distrital, les dará satisfacción con los recursos de los presupuestos respectivos, según el caso.

De ahí que, la contratación autorizada por el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, no está encaminada a la adquisición de bienes, servicios “o la ejecución

de obras”, de tal suerte que no puede ser utilizada con este propósito. La contratación que desarrolla está encauzada a la “colaboración” entre el Estado en todos sus órdenes nacionales o territoriales y las entidades sin ánimo de lucro (ESAL), y procede cuando no haya instrucciones precisas al contratista para cumplir con el objeto del contrato. La expresión “instrucciones precisas” no puede extenderse a las reglas generales que la ley ha autorizado expedir a las autoridades administrativas, las reglas generales de regulación de un sector o actividad contenidas en actos administrativos de carácter general no constituyen instrucciones precisas para el desarrollo de un proyecto concreto.

De esto último sirve de ejemplo, la Resolución 3232 de 2018 “Por la cual se adopta el Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia y los Manuales Operativos de las Modalidades Comunitaria, Familiar, Institucional y Propia e Intercultural para la Atención a la Primera Infancia”, expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que contiene las reglas y estándares generales y el marco jurídico propio de la atención a la primera infancia, por tanto no pueden entenderse como instrucciones precisas para un contrato específico.

Para el Consejo de Estado⁴⁷, los dos primeros incisos del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 regulan los “convenios de asociación” que pueden suscribir las entidades estatales de todo orden, con “personas jurídicas particulares de

⁴⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 11001-03-06-000-2009-00039-00(1957) de 3 de septiembre de 2009.

conformidad con lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política”. Este artículo prohíbe a “todas las ramas u órganos del poder público decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”; pero también autoriza a los gobiernos nacional y territoriales, para que *“con recursos de los respectivos presupuestos [... celebren...] contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo”*; y faculta al Gobierno nacional para reglamentar esta contratación.

La Sala de Consulta y Servicio Civil ha analizado en distintas oportunidades los antecedentes y el alcance de las disposiciones contenidas en el artículo 355 superior, los cuales pueden resumirse en que la autorización al Congreso de la República dada en la reforma constitucional de 1968 para “fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo”, devino en distintas formas de desviación de los recursos públicos. El tema fue objeto de debates en la Asamblea Nacional Constituyente y concluyó en la adopción del artículo 355 para prohibir la transferencia a los particulares, a título gratuito, de recursos públicos, permitiendo *“que se continuara con las labores de fomento y apoyo sólo mediante contrato y con unos estrictos requisitos; contratos que se estructuran bajo la idea de que lo que se busca realmente es una suerte de alianza de fuerzas públicas y privadas para lograr un mismo propósito...”* Así, en opinión del Consejo de Estado bajo esa figura no podría celebrarse un *contrato conmutativo*, en el cual se produzca un intercambio o venta de bienes o servicios, sino un convenio para colaborar en el cumplimiento de sus misiones, lo que se autoriza al

coincidir el objeto social del ente privado sin ánimo de lucro con la actividad prevista en el plan nacional o seccional de desarrollo que se quiere impulsar.

Los estrictos requisitos establecidos por la norma superior hacen referencia a que el particular con el que se contrate sea una “entidad”, o sea, una persona jurídica sin ánimo de lucro y de “reconocida idoneidad”; y a que el objeto contractual, además de corresponder al objeto social de la entidad sin ánimo de lucro, “concierna a programas y actividades de interés público, acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo”.

El mismo artículo 355 constitucional, según el Consejo de Estado, habilitó al Gobierno nacional para reglamentar esta actividad contractual, por lo que al efecto expidió el Decreto 777 de 1992, con las modificaciones introducidas por el Decreto 1403 del mismo año; de modo que a más de los requisitos constitucionales deberán observarse los reglamentarios contenidos en los decretos en mención. Entre las disposiciones del Decreto 777, la Sala de Consulta destacó las relativas a la disponibilidad presupuestal y al registro presupuestal, como requisito previo y posterior a la celebración del respectivo contrato, que guardan coherencia con el texto del inciso segundo del artículo 355 constitucional en cuanto este circunscribe el fomento de las actividades privadas a la existencia de los recursos presupuestales propios de la entidad territorial debidamente previstos en su respectivo plan de desarrollo.

Vistas de este modo las cosas, no resulta plausible en orden a desvirtuar este cargo, la alegación de la defensa de la situación de emergencia, porque si bien no desconoce la Sala ésta, la necesidad de solventarla y la flexibilización de la contratación plasmadas en las normas que declararon la situación de calamidad pública, ello no autorizaba a desatender los principios pilares de la contratación pública y tampoco a mutar la naturaleza de los contratos al extremo de tramitar un contrato de obra definido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 a través de la modalidad de un convenio de asociación, so pretexto de las circunstancias de emergencia manifiesta y de la autorización de la aplicación de las reglas de contratación del derecho privado, como irregularmente se hizo.

Por esto no duda la Sala en concluir que al seleccionarse como modalidad de contratación el convenio de asociación para atender las obras de reconstrucción del puente de Puerto León, afectado por la ola invernal de la época, se incurrió en grave violación de los requisitos legales esenciales, pues se optó por un tipo de contrato distinto del previsto en la ley de contratación dado su objeto, incurriendo objetivamente en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En otros términos, no podía la administración acudir a la figura convencional del inciso segundo del artículo 355 de la Carta, diseñada con el fin de “impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan departamental de desarrollo con recursos de los respectivos

presupuestos⁴⁸”, para atender la reconstrucción del puente de Puerto León (obra pública) afectado por la ola invernal, con presupuesto de un organismo del orden nacional dispuesto para agenciar la prevención y atención de desastres.

Aunque la defensa alegó que la modalidad de contratación se ajustó al Decreto Legislativo 4819 de 2010⁴⁹ y a la Circular 015 de 2011 del Fondo Nacional de Calamidades - Subcuenta Colombia Humanitaria⁵⁰, lo cierto es que el primero en su artículo 7 hace referencia al régimen contractual⁵¹, señalando que los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de su objeto, cualquiera sea su índole o cuantía, se regirán por el derecho privado y estarán sujetos a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y a la aplicación de los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993, y al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, es decir, a pesar de la excepcionalidad del régimen contractual por razón de la situación de calamidad o de emergencia, de cualquier forma la contratación estaba sometida a los principios de la función administrativa de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y de la gestión fiscal, principios desconocidos en este caso por la

⁴⁸ Artículo 1º inciso segundo Decreto 2459 de 1993: Los programa y actividades que se impulsen a través de dichos contratos deberán estar acordes a nivel nacional con el presupuesto de rentas y de apropiaciones de la Nación y a nivel departamental, distrital o municipal, con el respectivo plan de desarrollo. (Énfasis adicionado).

⁴⁹ Por el cual se creó el Fondo Adaptación, cuyo objeto fue la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por el fenómeno de “La Niña”, con personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

⁵⁰ La cual estableció las reglas sobre el régimen de contratación aplicable por las entidades que recibieron recursos del fondo. Esta circular buscaba asegurar la ejecución oportuna y transparente de los recursos para la emergencia invernal de 2010-2011. También exigió colaboración con auditorías externas y definió procedimientos para el uso de los fondos, como la asistencia a familias damnificadas a través de arriendo o construcción de albergues temporales.

⁵¹ Declarado condicionalmente exequible en cuanto a la vigencia del régimen especial de contratación previsto en el artículo 7 que solo iría hasta el 31 de diciembre de 2014.

administración al seleccionar una modalidad de contratación ajena al objeto del contrato de reconstrucción del puente con el propósito de favorecer a Asocarbón que no obstante tratarse de una entidad sin ánimo de lucro su objeto social como entidad gremial representante de los productores y comercializadores de carbón de Norte de Santander, no tenía correspondencia con la de una entidad especializada en obras de ingeniería civil que se requería para intervenir estructuralmente el puente afectado.

En ese orden de ideas, se evidencia sin duda que lo que se pretendió al tramitar la reparación del puente con Asocarbón mediante la figura del convenio de asociación del artículo 355 constitucional, fue soslayar el contrato de obra con una firma constructora y los requisitos esenciales que esto implicaba, para en su lugar asignarle el contrato a la entidad gremial que desde el punto de vista de su objeto social no tenía la capacidad técnica para atender la reconstrucción y reparación del puente, violando los principios de la contratación pública y de la función administrativa señalados.

El reproche advertido nada tiene qué ver con la “contratación de emergencia” que según la defensa, citando la C-194 de 2011 autorizaba la “contratación directa” sin que con esto se vulnerara la Carta, pues la Sala instructora, ni esta Sala ponen en duda la situación de calamidad y la necesidad en estos casos de flexibilizar los trámites contractuales, incluso acudiendo al régimen de derecho privado, como lo autorizan las normas citadas, lo que se reprocha y en esto es en donde radica el juicio de tipicidad por violación de los requisitos

esenciales de la contratación pública, es haber tramitado y celebrado un contrato que por su naturaleza y características era de obra, a través de la figura de un convenio de asociación (00177 de 24 de junio de 2011) definido en el artículo 355 de la Carta, desnaturalizando así su esencia, esto con el fin de favorecer intereses privados, cuando, se insiste, su objeto era la “reconstrucción de acceso y protección de estructura del puente de Puerto León”, es decir, se trataba de un verdadero contrato de obra pública definido en el ordinal 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁵², que no podía gestionarse a través de un convenio de asociación como irregularmente se hizo, pues por su naturaleza tiene condiciones y fines diferentes.

Dada la claridad y contundencia del cargo, cuya esencia, se reitera, radica en la improcedencia constitucional y legal del convenio de asociación para ejecutar una obra pública, carece de importancia en este punto la alegación de la defensa sobre si esta estaba o no registrada en el Banco de Proyectos (se entiende por razones obvias que no podía estarlo); o si se cumplió plenamente con el principio de planeación; o si Asocarbón cumplía con el requisito de la “reconocida idoneidad”, que en los términos del inciso final del artículo 1º del Decreto 777 de 1992⁵³, no lo satisfacía por no contar con la capacidad técnica, especializada y administrativa para desarrollar el objeto del contrato; o si la solicitud de permiso a Corponor fue tardía o no; o si era costumbre de la gobernación

⁵² Contrato de Obra. Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

⁵³ Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acrediten la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La autoridad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado.

celebrar convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro con reconocimiento en la región; o si eran aplicables las normas de contratación entre particulares”; lo cierto es que la naturaleza y finalidad del objeto del contrato impedía optar por la figura del convenio de asociación y ahí, se insiste, es donde esencialmente reside el juicio de tipicidad del artículo 410 del Código Penal.

Así lo indicó la Sala instructora en el pliego de cargos⁵⁴:
“Claramente se advierte que la administración en cabeza del entonces gobernador William Villamizar Laguado y su secretario de infraestructura, el actual congresista WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, escogió para la realización de la obra antes mencionada la suscripción de un «convenio de asociación», invocando para ello el artículo 355 inciso 2º de la Constitución Política y algunas disposiciones emitidas por el Gobierno nacional al amparo del estado de emergencia, tipología contractual que la doctrina y la jurisprudencia administrativa denomina «contratos especiales», sujetos a un régimen legal propio”.

Y más adelante señaló: *“(…) conforme a lo que se ha dejado expuesto respecto de los convenios de interés público, fácilmente se advierte que la administración departamental de Norte de Santander se equivocó al escoger un tipo de contrato especial –convenio de asociación–, para la realización de la obra antes señalada, puesto que la naturaleza de los convenios a que se refiere el inciso 2º del artículo 355 de la Constitución Política dista mucho del contrato de obra gobernado integralmente por la Ley 80 de 1993 y al cual se ha debido acudir en este caso”.*

Para finalmente rematar: *“es ineludible concluir que la «reconstrucción de acceso y protección de la estructura del puente Puerto León» corresponde a un contrato conmutativo (de obra), y no de un convenio*

⁵⁴ CSJ. AEI00227-2022 de 22 de septiembre de 2022, radicado 45412.

de asociación o de interés público, pues en este caso no se pretende única y exclusivamente impulsar por parte de la entidad territorial contratante programas y actividades de interés público bajo una alianza público-privada con el fin de lograr un mismo propósito, «donde a veces el sector público podrá aportar todo el dinero mientras la parte privada sin ánimo de lucro aportará la experiencia o el personal o las instalaciones o viceversa, según sea el caso», lo que permitiría predicar la existencia de un convenio de interés público enfocado en el desarrollo de actividades esencialmente benéficas, con un propósito meramente asistencial y altruista.

Sobre este asunto la Sala en SEP039-2022 de 7 de abril, radicado 00025, plasmó el contenido y alcance de la figura del convenio previsto en el artículo 355 de la Carta, así:

“(...) debe precisarse en primer lugar que el origen del artículo 355 de la Constitución Política se remonta al querer del constituyente de 1991 de frenar antecedentes prácticas irregulares que desbordaron el manejo adecuado del erario público, prohibiendo a las entidades públicas el decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, por eso señaló en el citado precepto que:

“Ninguna de las ramas y órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

Así se dio vía a los convenios de asociación con el claro fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo.

En esos convenios una de las partes ha de tener una cualificación especial al ser una persona jurídica de carácter privado, sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, acotándose por demás el objeto del mismo, ya

que ha de estar destinado a impulsar programas y actividades de interés público.

La teleología del aludido precepto constitucional es incentivar y apoyar oficialmente a esas entidades que realizan actividades sociales en interés público, siendo una de las maneras como se satisface la parte social del Estado.

Tocante a este tipo de convenios tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado⁵⁵ han coincidido en señalar que su objeto es el de impulsar o apoyar, por parte del Estado, las actividades de fomento y beneficio común que realizan las entidades privadas sin ánimo de lucro, con el fin de incentivar la participación de los particulares en las actividades sociales propias a cargo del Estado y que se encuentran incluidas dentro del Plan Nacional de Desarrollo y los Planes Seccionales de Desarrollo, como ya se indicó.

La Corte Constitucional en la sentencia C-671 de 1999, al estudiar la demanda de constitucionalidad contra el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, disposición que regula esta clase de contratos, lo declaró exequible bajo el entendido de que estos negocios jurídicos, serán celebrados "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política".

En esa oportunidad el alto Tribunal no realizó distinción alguna entre la modalidad contractual de los convenios de asociación y los apoyo, que llevara a inferir que cada uno tendría su propio régimen de aplicación o estaría exceptuado de alguna disposición en particular, pues simplemente realizó una remisión directa a la norma constitucional como parámetro estricto a tener en cuenta para su celebración.

En consecuencia, al optar la administración a través de la secretaría de infraestructura por un convenio de asociación con fundamento en el artículo 355 de la Carta para atender la reconstrucción del puente de Puerto León, violó las normas y los principios de la contratación pública de transparencia y selección objetiva señalados en la acusación, en atención, además, a que Asocarbón fue escogida antes de iniciar el

⁵⁵ Así, por ejemplo, en Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 30 de mayo 2017, Rad. 2319. Sentencia Corte Constitucional C-507 de 2008.

trámite contractual, desconociendo al mismo tiempo que los convenios de interés público están constitucionalmente diseñados exclusivamente para impulsar programas y actividades de interés público previstos en los planes de desarrollo de la respectiva entidad y no para ejecutar obras públicas, cuyo marco normativo estaba definido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y la reglamentación expedida con ocasión de la emergencia económica, social y ecológica declarada en todo el país por el Gobierno nacional mediante Decreto 4580 de 2010, a raíz de la fuerte ola invernal de la época.

Con esta acción el procesado CARRILLO MENDOZA tramitó irregularmente el contrato de obra al escoger para su implementación el convenio de asociación, desconociendo de esta forma las normas y los reglamentos que regulaban los contratos de obra de ese entonces, con lo que se tipifica objetivamente el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues violó flagrantemente los principios esenciales de la contratación como el de transparencia que obliga a seleccionar el contratista sin sesgos o intereses distintos a la buena marcha de la administración; el de economía porque al seleccionar a Asocarbón sin contar con al menos otra propuesta se soslayó la posibilidad de una opción más favorable; y el de responsabilidad en cuanto los servidores públicos están en la obligación de buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, y de vigilar la correcta ejecución del objeto contratado.

Ha debido entonces el procesado tramitar un contrato de obra con el cumplimiento de los lineamientos y requisitos previstos en la Circular 0015 de 16 de mayo de 2011 del Fondo Nacional de Calamidades y en el Decreto 00619 de 2 de junio de 2011 de la gobernación que incluyera la aplicación de los principios de la actividad contractual de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y el cumplimiento de presupuestos como los de selección objetiva del contratista con estudios técnicos y pliegos de condiciones requisitos de participación, así como los factores de escogencia y calificación, teniendo en cuenta para ello los criterios establecidos en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007; estudios técnicos de necesidad, conveniencia y oportunidad; pliego de condiciones, requisitos de la ofertas; invitación a por lo menos dos ofertantes de reconocida idoneidad con la experiencia y competencia técnica para ejecutar el objeto del contrato y la confección del respectivo informe de evaluación con los criterios sentados en el pliego de condiciones, tal como lo hizo el procesado en los contratos de obra pública 1309 a 1322 de 21 de junio de 2011⁵⁶, en los que también ejecutó obras de emergencia de rehabilitación de vías con recursos del Fondo Nacional de Calamidades, procedimiento que no aplicó para el proyecto de reconstrucción del puente de Puerto León, siendo el único caso en el que optó por tramitar un convenio de asociación, con prescindencia de los requisitos que sí cumplió en los contratos de obra que precedieron al convenio 00177 de 24 de junio de 2011, tema que será materia de ampliación más adelante.

⁵⁶ Cf. DVD núm. 4. Marcado “Colombia Humanitaria”. Contratos Inspección Gobernación 23-10-2017. Cuaderno 2 Sala de Instrucción a folios 28-29.

La segunda irregularidad objeto de la acusación se concretó en el hecho de que los diseños y estudios técnicos de la obra hubieran sido previamente elaborados por la firma Asocarbón, que finalmente fue la misma con la que se suscribió el convenio 00177 de 24 de junio de 2011 para ejecutar la obra, y no por la administración; es decir, con la omisión en este caso de la confección de los estudios previos por la gobernación, se vulneraron los principios de planeación, economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, eficiencia, entre otros.

Adujo la acusación que ante la ola invernal que atravesaba el departamento para el segundo semestre de 2010, el gobernador expidió los Decretos 458 y 459 de 7 de octubre de esa misma anualidad, por los cuales declaró la emergencia vial y la urgencia manifiesta en todo el territorio departamental y facultó al secretario de infraestructura para adelantar todas las diligencias administrativas que se requirieran para la ejecución de las obras y acciones para conjurar la crisis generada por circunstancias de fuerza mayor con relación a la malla vial del departamento, al tiempo que ordenó impulsar la contratación de las obras públicas necesarias para superar la situación de emergencia.

No obstante, quien se interesó en la búsqueda de una solución para atender la afectación que presentaba el puente de Puerto León fue Asocarbón, ente que tal como lo indica la prueba documental y testimonial, entregó una propuesta inicial a la gobernación que incluyó los diseños preliminares.

Posteriormente, debido al recrudecimiento del invierno, la misma entidad privada entre los meses de marzo y abril de 2011, presentó una segunda propuesta de diseños, comprometiéndose la administración a gestionar los recursos a través del Fondo Nacional de Calamidades, lo que en términos de la acusación reveló que fue la entidad privada la que tuvo la iniciativa de la restauración del puente, desencadenando una serie de irregularidades en el trámite ya que hasta ese momento no se había iniciado, ni elaborado diseños o estudios técnicos de la obra por la gobernación, empero, finalmente fue esta entidad privada la favorecida con la contratación. Es decir, para la instructora, la contratista diseñó la obra, realizó los estudios técnicos y presupuestales, y el departamento a través de la secretaría de infraestructura a cargo del procesado, los sometió a la aprobación de las entidades intervinientes.

Ante las excusas de la defensa, insistió la Sala de Instrucción en que la administración tuvo tiempo suficiente para haber planeado la obra y elaborado con la suficiente antelación los diseños y estudios previos, y adoptado un procedimiento expedito y transparente que garantizara la escogencia objetiva del contratista, sin embargo, abandonó en manos de un particular, el que después fuera el contratista, la realización de todas estas actividades en franca violación de los principios de la contratación pública.

Bajo estas premisas concluyó que la omisión de la administración de realizar estudios previos serios y completos condujo a la vulneración de los principios de planeación,

economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva y eficiencia.

Ante este cargo la defensa negó que el convenio de asociación haya obedecido a una decisión previamente acordada en contravía de los principios de la contratación. Explicó que, como lo confirmó Elías Jaimes, director Territorial del Invías, fue la comunidad de la región de El Zulia y los mineros quienes advirtieron la afectación del puente en el mes de enero de 2011 lo que motivó a Asocarbón a intervenir presentando un proyecto de solución. En consecuencia, la actuación posterior de la gobernación no fue una imposición o favorecimiento, sino una respuesta a la gravedad de la situación que empeoró hacia finales de abril de 2011 con la ruptura de la parte izquierda del aproche del puente, lo que obligó a una intervención inmediata.

También, adujo en su favor la defensa, que fueron Asocarbón y la comunidad de El Zulia los que inicialmente advirtieron la problemática, de suerte que la administración solamente intervino hasta abril de 2011 cuando tuvo conocimiento de la afectación y a partir de ese momento se ocupó de los trámites necesarios para la consecución de los recursos. Sostuvo que no hubo direccionamiento de la contratación sino una articulación “forzosa” con la comunidad enmarcada en la legalidad y urgencia para atender una calamidad que de no haberse atendido, hubiera generado un daño mayor.

Respecto de este cargo la Sala empieza por señalar que el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de los hechos, al sentar las bases de las reglas y principios

que rigen la contratación pública, en particular el *principio de economía*, señaló que *“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”*, erigiendo así en deber de la administración, previamente a contratar, la realización de los correspondientes estudios previos como pilar fundamental del aludido principio.

En relación con los estudios previos, el Consejo de Estado⁵⁷, advertía para la época: que el inciso segundo del numeral 1 del artículo 30 de la Ley 80 tenía dispuesto que: *“de conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad”*.

También que el artículo 72 del Decreto 150 de 1976 preceptuaba que *“no podrá licitarse ni contratarse la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyectos y presupuesto respectivos y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación”*. En el mismo sentido se mantuvo el precepto en el artículo 84 del Decreto 222 de 1983.

Posteriormente, el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002, reglamentó el tema relacionado con los estudios previos al

⁵⁷ Cf. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. Radicación: 11001-03-25-000-2012-00762-00(2520-12) de 20 de octubre de 2014. Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

disponer que: en desarrollo de lo previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios en los cuales se analice la conveniencia y la oportunidad de realizar la contratación de que se trate, tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección y deberán contener como mínimo la siguiente información: (i) La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación; (ii) la definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño; (iii) las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución; (iv) el soporte técnico y económico del valor estimado del contrato; (v) el análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de estos que deben ser amparados por el contratista.

El contenido de los estudios previos a que hizo referencia el Consejo de Estado fue reproducido por el numeral 3 del literal d) de la Circular 000015 de 16 de mayo de 2011 expedida por la Gerencia del Fondo Nacional de Calamidades - Subcuenta Colombia Humanitaria⁵⁸, que desarrolló los lineamientos sobre el régimen de contratación aplicable por las entidades territoriales receptoras de transferencias o recursos de esa entidad, que sirvieron de criterio orientador para la ejecución de los recursos transferidos por el Fondo para atender los efectos del invierno con ocasión del fenómeno de La Niña 2010-2011.

El numeral 3 del literal d) aludió a los *estudios previos*, señalando la necesidad de que la entidad previamente al proceso

⁵⁸ Folios 73 y siguientes del cuaderno 2 de la Sala de Instrucción.

de selección *adelante los estudios previos que le permitan precisar los siguientes elementos: (i) descripción de la necesidad que la entidad busca satisfacer con la contratación; (ii) descripción del objeto a contratar con las especificaciones técnicas y la identificación del contrato a celebrar; (iii) descripción del perfil mínimo requerido de la persona natural o jurídica que ejecutará el servicio o suministrará el bien de que se trate; y (iv) el análisis que soporte el valor estimado del contrato y los elementos y criterios que se tuvieron en cuenta para establecerlo.*

La necesidad de los estudios técnicos y pliegos de condiciones fue reiterada en el artículo cuarto del Decreto 000619 de 2 de junio de 2011 de la gobernación por el cual se estableció el procedimiento para la ejecución de los recursos asignados por el Fondo Nacional de Calamidades Subcuenta - Colombia Humanitaria, denominado “selección objetiva de los contratistas” que en su tenor literal señalaba: *“con el fin de garantizar la selección objetiva de los contratistas, se elaborarán, previo a la solicitud de ofertas, los estudios técnicos y pliegos de condiciones que deberán contener los requisitos de participación, así como los factores de escogencia y calificación teniendo en cuenta para ello los criterios establecidos en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007”.* (Énfasis agregado).

Este mismo decreto en su artículo quinto denominado “contenido mínimo de los estudios técnicos y pliego de condiciones”, de conformidad con los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 3° del Decreto 2474 de 2008, estableció los siguientes requisitos: *(i) la descripción de la necesidad que la entidad pretende satisfacer con la contratación; (ii) la descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar; (iii) el*

análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y posibles costos asociados al mismo; (iv) la justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable para la entidad, tomando en cuenta los parámetros contenidos en el artículo 12 del Decreto 2472 de 2008; (v) el soporte que permita la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato; y, (vi) el análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellos de acuerdo con la reglamentación sobre el particular.

Cumplido lo anterior, el artículo sexto del Decreto 00619 disponía que la entidad podría iniciar el proceso de selección “invitando” por lo menos a dos proponentes de reconocida idoneidad con la experiencia y competencia técnica para ejecutar el objeto del contrato. La selección de los invitados a ofertar se haría constar en acta que debía suscribir el servidor delegado para adelantar la etapa contractual.

Nótese entonces que de conformidad con las normas reguladoras de los procesos contractuales para la ejecución de recursos del Fondo Nacional de Calamidades relacionados con la situación de emergencia, los procesos contractuales debían cumplir un mínimo de requisitos que materializaran los principios de la contratación pública, es decir, la flexibilidad

por razón de la emergencia invernal no era absoluta como lo aduce el procesado, pues a pesar de esto, a través de normas, circulares y decretos de emergencia se impuso el cumplimiento de presupuestos mínimos que la administración de Norte de Santander, en particular la secretaría de infraestructura a cargo del procesado no satisfizo en este caso, pretendiendo ahora ampararse en la situación de calamidad que, como se dijo, no es materia de discusión.

De ahí que no sea de recibo la excusa ofrecida por la defensa en cuanto a que el artículo 25 de la ley de contratación pública para el momento de los hechos no tenía definidos lineamientos que debían cumplirse como los que luego introdujo la “Ley 1474 de 2011”, por tanto, no eran exigibles requisitos distintos del acto administrativo de soporte que certificara la necesidad de contratación, pues lo cierto, como acaba de demostrarse, es que tanto la circular 00015 como el Decreto 00619 citados, sí expresaron la necesidad de que la contratación con recursos del Fondo Nacional de Calamidades dispuestos para la atención del desastre invernal, contara con un mínimo de requisitos, entre otros, los estudios previos que determinarían la descripción de la necesidad; del objeto a contratar; del perfil mínimo requerido de la persona natural o jurídica que ejecutara el objeto y el análisis del valor estimado del contrato con los elementos y criterios tomados en cuenta para determinarlo, en otros términos estas normas reguladoras de la actividad contractual de emergencia imponía a los servidores públicos encargados de la ejecución del presupuesto que previamente a la contratación contarán con estudios previos, técnicos y diseños.

Refiriéndose a los “contratos de emergencia”, si bien el artículo octavo del Decreto 00619 facultó la celebración de contratos en forma directa prescindiendo del proceso de selección y de la convocatoria pública previstos en los artículos sexto y séptimo, no de los estudios previos, “con el fin de adelantar las actividades estrictamente necesarias para enfrentar la emergencia”, impuso la carga de reportar la celebración del contrato a más tardar dentro de los tres días hábiles siguientes a la Contraloría General del Departamento, junto con los documentos que la soportaban. Al mismo tiempo señaló que esta circunstancia excepcional y sobreviniente debería constar en forma expresa en la minuta del contrato, justificando así la necesidad de la contratación directa, como igualmente lo exigía el artículo 77 del Decreto 2474 de 2008, actuación que tampoco se realizó, pues no constan en el referido convenio, de tal manera que en esas circunstancias no puede tenerse por entendido que se trató de un contrato de emergencia, menos cuando tampoco obra constancia de su reporte a los organismos de control.

En consecuencia, contrastada esta normatividad con la secuencia del trámite del convenio cuestionado, llega la Sala a la conclusión de que en este caso se ha podido probar plenamente el cargo en la medida en que la evidencia indica que efectivamente la administración no dio cumplimiento al deber de elaborar los estudios previos serios y completos en los términos del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que de cara al principio de economía permitirían determinar la viabilidad económica y

técnica de la obra y por contera la conveniencia del objeto a contratar.

Obsérvese en ese sentido el documento soporte del convenio denominado “estudio previo y solicitud de contratación”⁵⁹, que se pretende hacer valer como prueba de su legalidad, aunque cita las normas relativas a los lineamientos de contratación aplicables por las entidades públicas receptoras de transferencias del Fondo Nacional de Calamidades como el numeral 3 de la Circular 00015 de 16 de mayo de 2011 de Colombia Humanitaria, y el Decreto 000619 de 2 de junio de 2011 de la gobernación de Norte de Santander, referidas a la necesidad de elaborar estudios previos; lo cierto es que a dicho documento se adjuntó como estudio previo el elaborado por Asocarbón denominado “reconstrucción de acceso y protección de estructura del puente Puerto León, departamento de Norte de Santander” en el que, luego de un análisis técnico acompañado de fotografías, en el numeral 3 se propuso una solución a la problemática de afectación del puente.

Y es precisamente este documento elaborado por Asocarbón, que hizo las veces de estudio previo, el que acompaña el instrumento presentado por la gobernación como “estudio previo y solicitud de contratación” con fecha “abril de 2011”, suscrito por el gobernador y el secretario de infraestructura WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, que fue presentado ante el Crepad para su aprobación como requisito previo de viabilidad del proyecto.

⁵⁹ Folios 105 y siguientes del cuaderno 2 de la Sala Instrucción

Es decir, que la entidad que por virtud de la normatividad vigente estaba en la obligación de elaborar los correspondientes estudios previos y diseños de la obra no dio cumplimiento a este presupuesto sustancial del trámite, pues el presentado como soporte fue el inicialmente preparado por Asocarbón entidad a la que finalmente se le adjudicó la ejecución de la obra, vulnerando los principios de planeación, economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva y eficiencia.

La conclusión acabada de anotar surge no solo del hecho descrito, sino de la lectura del contenido del documento soporte de la contratación denominado “estudio previo y solicitud de contratación”, al que se viene haciendo mención de cuya revisión emerge que los estudios técnicos, diseño y presupuesto de la obra fueron elaborados por Asocarbón, entidad que posteriormente fue favorecida con la contratación, y no por la administración departamental como le correspondía por disposición de las normas reguladoras de la contratación pública para la ejecución de los recursos destinados por el Fondo de Nacional de Calamidades para la atención de la emergencia invernal de los años 2010-2011.

En ese sentido, en el documento al que se refiere la Sala pueden leerse, entre otras cosas, las siguientes expresiones que dan fe de que los estudios que respaldaron la contratación fueron elaborados por la firma privada favorecida: *“en abril se hizo efectivo el comienzo de la afectación de la rampa, poniéndose por parte de Asocarbón un diseño inicial de un espolón de protección”*; o *“a finales de abril de 2011 y ante la continuación de la ola invernal, se hizo más evidente la afectación de la rampa, comprometiéndose el gobernador a gestionar ante Colombia Humanitaria la solución definitiva planteada por Asocarbón y*

Corponor, encaminada a construir los cinco espolones propuestos y reforzar el aproche existente con gaviones, proyecto presentado por la gobernación”; o “ante los hechos ocurridos el 25 de abril y días subsiguientes donde el río definitivamente rompió el aproche de la margen izquierda, Asocarbón consultó con ingenieros idóneos para determinar la solución final, los cuales dieron como resultados la reconstrucción de la rampa de acceso mediante la construcción de un espolón en tubería de 10”, el llenado de la base del futuro terraplén en fajas y la construcción del aproche en un muro en suelo reforzados tal como se presenta en los planos, el cual adjunta con su última modificación y la necesidad de instalar hidropaneles para obligar al río a encausarse (sic) por las pilas centrales del puente y así evitar futuros daños a la transitabilidad sobre la estructura”. (Subrayado adicionado)

Incluso este hecho es reconocido por el procesado en su indagatoria cuando aludiendo a la obra de reconstrucción del puente de Puerto León, señaló: *“Entonces, este es un proyecto que es presentado por la Asociación de Carboneros de Norte de Santander. Sí, porque pues ellos son los usuarios directos, esta vía tiene un TPD que es el tráfico promedio día de 300 volquetas de carbón que circulan sobre esta estructura y adicionalmente tiene toda la evacuación del sector agrícola y arrocero que es de este municipio de Puerto Santander y el municipio de El Zulia, más toda la comunidad que vive en este sector⁶⁰”* (Subraya la Sala)

De hecho, a continuación del documento presentado por la gobernación como estudio previo, suscrito por el gobernador y el procesado en calidad de secretario de infraestructura⁶¹, se anexó copia autenticada por la gobernación de un estudio de Asocarbón, sin fecha de elaboración o presentación, firmado por el ingeniero civil Luciano Canal Moros, representante legal de la asociación privada, denominado “Reconstrucción de acceso y

⁶⁰ Indagatoria a 1:12:26 en adelante.

⁶¹ A folio 105 y siguientes del cuaderno 2 de la Sala de Instrucción.

protección de estructura del puente Puerto León, Departamento Norte de Santander. Abscisa K24+000 río Zulia” que contiene los siguientes apartados: (i) descripción del problema; (ii) justificación beneficios y ventajas del proyecto; (iii) registro fotográfico; (iv) solución propuesta; (v) presupuesto de obras de corrección; y (vi) fotografías aéreas del área afectada, lo que reafirma sin hesitación que los estudios previos de la obra, su diseño y presupuesto fueron elaborados por Asocarbón y permite concluir conforme a los cargos, que la entidad territorial incumplió el deber legal de elaborar serios y rigurosos estudios previos y diseño de la obra, quebrantando los principios de planeación, economía, transparencia y responsabilidad inherentes a la contratación pública.

Incluso, este hecho es reconocido por el procesado al señalar en su indagatoria⁶² que la asociación presentó este informe a la gobernación que a su vez lo remitió a la secretaría de infraestructura para su verificación por parte de su equipo técnico, y fue el ingeniero Contreras Roa quien hizo “la transcripción” de la estructura del presupuesto que está conformado por los siete ítems que inicialmente se contemplaron para reparar la afectación del puente, y hecho esto se dio traslado al Crepad para su aprobación como requisito previo ante Colombia Humanitaria.

Es más, a continuación el procesado fue claro en reconocer que estas obras eran de emergencia y no contenían estudios y diseños, “sino un informe presentado por el equipo técnico de Asocarbón y por su representante legal para atender una obra de mitigación y de

⁶² Cf. registro audiovisual a 1:21:22 en adelante.

*emergencia*⁶³, justificación que para la Sala es inadmisibles porque si bien se trataba de una obra de emergencia, el cumplimiento de unos requisitos mínimos era ineludible, entre estos, los estudios previos, diseño y presupuesto de la obra de cara al cumplimiento de los principios citados, reiterados en el artículo cuarto del Decreto 00619 de 2 de junio de 2011⁶⁴ de la gobernación que a su tenor decía: *“SELECCIÓN OBJETIVA DE LOS CONTRATISTAS. Con el fin de garantizar la selección objetiva de los contratistas se elaborarán previo a la solicitud de ofertas, los estudios técnicos y pliego de condiciones que deberán contener los requisitos de participación, así como los factores de escogencia y calificación, teniendo en cuenta para ello los criterios establecidos en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007”*. (Énfasis de la Sala).

Ahora, si eventualmente entendieron dar aplicación al párrafo 1° del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008 en razón de la urgencia manifiesta, han debido primero emitir un acto administrativo que la declarara, el cual servía de justificación para la contratación directa y además exoneraba a la administración de los estudios previos, sin embargo, nunca se hizo tal declaración de urgencia manifiesta respecto del puente, y de otro lado, como bien lo señala el ministerio público, dicho acto debe obedecer a una “verdadera urgencia manifiesta” y en este caso no se presentaba esta circunstancia, pues desde 2010 a raíz de la expedición de los Decretos 458 y 459 de 7 de octubre de esa anualidad, la administración sabía de la situación del puente, contradiciendo la tesis de la defensa de haberse enterado solamente hasta abril de 2011,

⁶³ *Ibidem* a 1:28:09 en adelante.

⁶⁴ Este decreto estableció precisamente el procedimiento para la ejecución de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Calamidades Subcuenta -Colombia Humanitaria para atender las emergencias surgidas a raíz del fenómeno de La Niña de los años 2010-2011.

De todas maneras, en relación con los contratos de emergencia, el artículo octavo del Decreto 00619 de 2 de junio de 2011, solamente autorizó prescindir del proceso de selección y de la convocatoria pública autorizando contratar directamente, pero no eximió a la administración del cumplimiento de los estudios técnicos y pliego de condiciones, previstos en el artículo quinto del mismo decreto. Necesariamente la gobernación debió haber elaborado los estudios técnicos de necesidad, conveniencia y oportunidad que contuvieran como mínimo la descripción de la necesidad; del objeto a contratar; de la modalidad de contratación; el análisis de su valor estimado, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto, monto y posibles costos asociados que además debería señalar en el respectivo pliego de condiciones, todos compatibles con los lineamientos plasmados en la Circular 00015 de 16 de mayo de 2011 del Fondo Nacional de Calamidades - Subcuenta Colombia Humanitaria, y las normas y principios generales de la contratación pública, de suerte que era su obligación y por tanto no podía trasladarla a un tercero, y menos, a quien finalmente se le asignó la contratación mediante un convenio.

En este caso, es absolutamente claro que fue Asocarbón la entidad que elaboró los estudios previos y el presupuesto, según se desprende también de la versión del acusado en su indagatoria cuando señaló: *“Ese presupuesto, inicialmente el diagnóstico lo hace la asociación de Carboneros del Norte de Santander, que es radicado y remitido y posteriormente es verificado y firmado por el ingeniero Yonny Pascual Contreras, profesional de la ingeniería de la*

secretaría de infraestructura. Un ingeniero de la secretaría de infraestructura”⁶⁵.

O cuando en su ampliación de indagatoria, refiriéndose a los estudios previos presentados por la administración, expresó: *“Lo que hizo Asocarbón con recursos de ellos, nosotros no teníamos recursos y contratar una consultoría nosotros para hacer un, mitigar una acción sobre la afectación de la estructura del puente, nos llevaba dos meses, sí, y nosotros tenemos conocimiento de eso en el mes de abril, cuando Asocarbón pone en conocimiento al gobernador y le entrega estudios y diseños de la primera afectación, posteriormente esos estudios y diseños que hace Asocarbón son los que diagnostica el ingeniero Yonny Pascual Contreras y él, como lo ha manifestado en sus versiones, él dentro de su a mutuo propio (sic) y dentro de su idoneidad como ingeniero civil, dejó consignados y ese es el proyecto que se entrega, enmarcado de acuerdo al formato que Colombia Humanitaria nos envía y lo lleva al Crepad, el Crepad le da trámite a Colombia Humanitaria, Colombia Humanitaria al DNP, y posteriormente, el 2 de junio, nos notifica de que el proyecto fue aprobado”*⁶⁶.

En ese orden de ideas, es claro que la propia versión del inculpatado termina por demostrar fehacientemente el cargo en cuanto a que en el trámite del proceso contractual se omitieron por parte de la administración los obligatorios estudios previos y diseños de la obra, y que los adjuntados para aprobación de la asignación de los recursos por parte de Colombia Humanitaria fueron los elaborados por la firma contratista, incluido el presupuesto de la obra, que como lo reconoce el acusado fue copia del presentado por Asocarbón⁶⁷. De esta forma se violaron los requisitos esenciales de la contratación con la consecuente

⁶⁵ *Ibidem* a 2:04:18 en adelante.

⁶⁶ Ampliación de indagatoria a 2:22:35 en adelante.

⁶⁷ Indagatoria a 2:29:37 en adelante.

afectación de sus principios, para cuya protección no bastaba que hubieran sido “verificados” por el ingeniero de la secretaría Pascual Contreras, era deber ineludible de la administración en orden al cumplimiento de los principios de la normatividad contractual pública, elaborar los estudios previos, diseños y presupuesto de la obra a adelantar.

Sobre este aspecto, es muy dicente el testimonio de Roberto Arnulfo Castellanos Cely⁶⁸, ingeniero de la secretaría de infraestructura, quien reconoció que no se hicieron unos estudios y diseños serios y completos como lo demanda la ley *“porque nosotros no disponíamos el tiempo como para hacer unos diseños a fondo”*, excusa reiterada por la defensa, que no obstante las apremiantes circunstancias es inaceptable, porque los estudios técnicos eran un requisito insoslayable en orden a salvaguardar los principios de planeación, economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, eficiencia, pero por sobre todo no es cierto, como se dijo antes, que no hubieran contado con tiempo suficiente para la elaboración de estudios, porque la administración conocía desde octubre anterior las circunstancias calamitosas generadas por la ola invernal.

Para estos casos de contratación de emergencia, si bien se previeron unos procedimientos excepcionales y expeditos e incluso la aplicación de reglas de derecho privado, no se renunció a los principios de la función pública del artículo 209 de la Carta, como lo disponía la Circular 00015 de 16 de mayo de 2011 de Colombia Humanitaria en el literal c), la que

⁶⁸ Declaración a minuto 31:56 en adelante.

además recomendó observar unos lineamientos mínimos para la ejecución de los recursos transferidos por el Fondo Nacional de Calamidades, que fueron reproducidos por el Decreto 00619 de 2011 de la gobernación, entre ellos, la elaboración de estudios previos que tuvieran en cuenta elementos como: (i) descripción de la necesidad que se busca satisfacer; (ii) la descripción del objeto a contratar; (iii) la descripción del perfil mínimo requerido de la persona natural o jurídica que ejecutará el servicio o suministrará el bien; (iv) y el análisis que soportara el valor estimado del contrato y los elementos y criterios que se tuvieron en cuenta para establecerlo; aspectos que como se extrae de la revisión del documento “estudio previo y solicitud de contratación” con el que la administración soportó la necesidad de la contratación, brillan por su ausencia.

En efecto, por ejemplo, el apartado denominado “objeto del contrato” se limitó a relacionar el objeto, el plazo y el lugar de ejecución, sin referir las especificaciones técnicas ni identificar la modalidad del contrato a celebrar. Tampoco describió el perfil mínimo exigido a la persona natural o jurídica que debía ejecutar el contrato. Simplemente se hace referencia a que el Gobernador se comprometió a *“gestionar ante Colombia Humanitaria la solución definitiva planteada por Asocarbón y Corponor encaminada a construir los cinco espolones propuestos y reforzar el aproche existente con gaviones, proyecto presentado por la gobernación”, de acuerdo con el diseño inicial presentado por Asocarbón.*

Más adelante, a pesar de que el trámite que le precedió siempre se presentó como un proyecto de “obra mayor”

denominado “Reconstrucción de acceso y protección de estructura del puente Puerto León”, sin ninguna consideración técnica o jurídica en el documento “Estudios previos y solicitud de contratación”⁶⁹, suscrito por el procesado, optó por la modalidad de un “convenio” para la ejecución de la obra, adjudicando a la Asociación de Carboneros de Cúcuta y Norte de Santander la reconstrucción del puente.

Dicho documento no contiene el análisis que soportaba el valor estimado del contrato, ni los elementos y criterios tenidos en cuenta para determinarlo, requisito que no se suple con el cuadro adjunto elaborado por el ingeniero de la secretaría de infraestructura, Yonny Pascual Contreras Roa⁷⁰, el que se limita a transcribir las cantidades de obra y de materiales a utilizar propuestos por Asocarbón y valores unitarios, incluir un porcentaje por AIU del 30 % y el costo de la interventoría para un total de \$1.567.995.263, sin precisar, por ejemplo, el número de trabajadores, el costo de la mano de obra, el alquiler de maquinaria, en fin, estos y otros aspectos esenciales que inciden en la determinación de los costos de la obra.

El documento tampoco sustenta jurídicamente la razón por la que se eligió para la ejecución del proyecto la modalidad de “convenio”, simplemente se hizo referencia a éste, y menos se adujeron razones para justificar por qué se adjudicaba a Asocarbón.

⁶⁹ A folio 105 del cuaderno núm. 2 de la Sala Especial de Instrucción: *“La ejecución de este convenio estará a cargo de la Asociación de Carboneros de Cúcuta y Norte de Santander y las actividades a ejecutar se enmarcan dentro del proyecto general denominado «Reconstrucción de acceso y Protección de Estructura del puente Puerto León departamento de Norte de Santander» viabilizado por planeación nacional.*

⁷⁰ Cf. a folio 104 cuaderno 2 de la Sala de Instrucción.

Así las cosas, comparte la Sala lo expresado en la acusación en cuanto a que si bien no está en discusión que el proceso de contratación se dio en el curso de la emergencia invernal ocasionada por el fenómeno de La Niña de la época, (que no es lo mismo que la urgencia manifiesta⁷¹, esta debe ser declarada por acto administrativo⁷²) ello no autorizaba obviar los estudios técnicos, estudios previos y los diseños, ya que por la complejidad de la obra, tales presupuestos son un deber ineludible de la administración antes de la apertura del proceso de selección del contratista, según previsión del Consejo de Estado⁷³, con el fin de salvaguardar el principio de planeación, que deben contener un análisis suficientemente serio y completo no solo de la necesidad, el objeto contractual, y opciones o modalidades para satisfacer la necesidad, sino de las especificaciones técnicas, calidades y demás características de la obra, de suerte que la omisión de los estudios previos

⁷¹ El artículo 42 de la Ley 80 define la urgencia manifiesta como una circunstancia que exige, con carácter apremiante, preservar la continuidad del servicio, cuando se afecta por situaciones de fuerza mayor, desastres, calamidades o hechos relacionados con los estados de excepción. No en vano, para la doctrina, las situaciones de urgencia manifiesta deben ser concretas, inmediatas, objetivas y probadas, pues se trata de circunstancias de hecho actuales, debidamente acreditadas y fundadas por estudios técnicos, verificadas por la autoridad competente. En esos casos excepcionales, que comprometen fines superiores de interés colectivo, con mayor razón son de obligatoria aplicación los objetivos de la contratación administrativa, previstos en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993. Esto en la medida que el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con entidades y organismos del Estado en la consecución de dichos propósitos confieren un fundamento adicional a esta causal de contratación directa.

⁷² [...] cuando se configure alguna de las cuatro (4) situaciones, el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 exige declarar formalmente la urgencia manifiesta mediante acto administrativo motivado, es decir, a través de una manifestación unilateral de voluntad razonablemente justificada, proferida por el jefe o representante legal de cada entidad – o quien sea el titular de la competencia–, según lo establecido en los artículos 11 y 12 *ibidem*. Adicionalmente, no es necesario realizar estudios previos, como lo dispone el artículo 2.2.1.2.1.4.2 del Decreto 1082 de 2015: “Si la causal de contratación directa es la urgencia manifiesta, el acto administrativo que la declare hará las veces del acto administrativo de justificación, y en este caso la Entidad Estatal no está obligada a elaborar estudios y documentos previos”. Documento C-14 de 2025, *ibidem*.

⁷³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia, radicado 2007-00753 de 18 de agosto de 2011.

efectuados por la entidad, da lugar a la vulneración de los principios de planeación, economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, eficiencia, entre otros y, además, incide tanto en la etapa de formación del contrato, como en la de ejecución.

En cuanto a que, según la defensa, este reproche desconoce el régimen especial de las “contrataciones de emergencia” que autoriza la contratación directa para atender situaciones sobrevinientes de acuerdo con los lineamientos del Decreto 4819 de 2010 por el cual se reglamentó la subcuenta Colombia Humanitaria; la Circular 00015 de 2011 de Colombia Humanitaria que permitió omitir requisitos ordinarios por tratarse de circunstancias urgentes; y la sentencia C-194 de 2011 “que estableció” que la flexibilización del cumplimiento de los requisitos contractuales y la aplicación del régimen privado no vulneran la Carta, para la Sala el argumento carece de solidez si se tiene en cuenta que si bien, por razón de la emergencia se flexibilizaron los requisitos de la contratación, no puede perderse de vista que a pesar de esto, la normatividad expedida para conjurar la crisis, no eximió a los ordenadores del gasto del cumplimiento de los pilares esenciales de la contratación y de los fines de la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Carta.

En este sentido precisamente, el artículo 7 del Decreto Legislativo 4819 de 2010, expedido con base en las facultades del artículo 215 de la Constitución, refiriéndose al régimen contractual aplicable a la ejecución de los recursos provenientes del Fondo, luego de autorizar que la contratación se rigiera por

el derecho privado, la sometió, sin embargo, “a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. El Consejo Directivo, podrá determinar las cuantías y casos en los cuales sea necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública”.

En suma, a pesar de la flexibilización de los trámites, la normatividad aplicable a la contratación de emergencia nunca abandonó los principios pilares de la contratación pública que fueron desdeñados por el procesado en la gestión del convenio 00177, en el caso particular, la omisión de los estudios previos.

Por todo lo anterior tiene la Sala por demostrado el cargo en grado de certeza.

Un tercer cargo violatorio de los requisitos esenciales de la contratación, se hizo consistir por la Sala de Instrucción en el hecho de que la selección del contratista recayó en una empresa sin capacidad técnica para ejecutar la obra, y por esto se vio en la necesidad de subcontratar con la firma Hidroconsulta la realización del proyecto.

Acerca de este cargo, afirmó la defensa que carece de soporte probatorio y técnico.

En opinión del defensor, la subcontratación de Hidroconsulta obedeció a un hecho imprevisible, producto del agravamiento de la emergencia invernal que a su vez ocasionó la ruptura del aproche izquierdo del puente, lo que impuso

modificar el diseño inicial y realizar obras de ingeniería hidráulica que debieron subcontratarse.

Es decir, para la defensa la subcontratación no fue producto de la improvisación, “ni una evidencia de falta de idoneidad inicial”, sino respuesta a la situación de emergencia, avalada incluso por los entes de supervisión y control. De hecho, subrayó, la cláusula tercera del convenio dispuso para la ejecución del proyecto, la obligación de Asocarbón de ejecutar “directamente o por medio de terceros” el objeto, lo que significa que la subcontratación estaba autorizada por el mismo convenio.

En relación con este cargo, revisada la actuación y en particular el objeto social de la firma Asocarbón, al igual que la acusación, ha llegado la Sala a la misma conclusión de que la adjudicataria carecía de la idoneidad y capacidad técnica para adelantar la reconstrucción del acceso y protección del puente de Puerto León, por no ser una entidad dedicada a la ingeniería de obras civiles como correspondía de acuerdo con el objeto contractual.

En efecto, revisado el perfil empresarial de Asocarbón que obra a folio 122 y siguientes del cuaderno 2 de la Sala de Instrucción, se advierte que se trata de una *“organización privada de orden municipal, departamental y nacional, integrada por los productores legales de carbón de Norte de Santander y constituida el 6 de febrero de 2001 según acta 0000001 en Asamblea de Asociados, inscrita en la Cámara de Comercio el 6 de abril de 2001 bajo el número 00002680 del Libro I de personas jurídicas sin ánimo de lucro y registrada ante el Ministerio de Minas y Energía como gremio del sector carbón”*.

En relación con su objeto, en el mismo documento puede leerse: *“El objetivo general de Asocarbón es la unión y representación de los productores de carbón así como el fomento, desarrollo y defensa de las actividades carboníferas y complementarias en la región y en el país teniendo las siguientes finalidades: (i) emprender acciones, estudios, análisis y evaluaciones de proyectos de desarrollo económico y social dentro del área de influencia del departamento carbonífero, acciones que deriven en una mayor rentabilidad socioeconómica hacia el mejoramiento de las comunidades carboníferas y similares; (ii) servir de vocera de los productores mineros y de la comunidad ante entidades internacionales, el Gobierno nacional, departamental y municipal, señalándose la problemática regional procurando el aumento de la presencia estatal en toda la zona de influencia que comprende su radio de acción; (iii) servir como coordinadora y ejecutora de programas y proyectos de otras entidades o empresas que no se encuentren incorporadas a Asocarbón; (iv) liderar la gestión ambiental que mitigue el impacto de la actividad minera; (v) coopera con las universidades y demás entidades e investigaciones y eventos que promuevan actividades relacionadas con la minería carbonífera y sus similares para beneficio de sus asociados; (vi) promover iniciativas populares que fortalezcan a la comunidad carbonífera y todos sus miembros asociados, (vii) promover y ejecutar los proyectos y las veedurías a los recursos destinados al subsector carbón y actividades conexas, provenientes de entes gubernamentales privados o mixtos, nacionales e internacionales, Fondo Nacional de Regalías de Concesiones, encargos de administración delegada, etc.; y, (viii) Asocarbón propenderá por el desarrollo de proyectos de inversión e infraestructura en todas las etapas de la industria por interpuesta personas o desarrollándolos directamente”.*

Sobre este aspecto, Luciano Canal Moros, a la sazón representante legal de Asocarbón, en su testimonio, refiriéndose a sus funciones como gerente de la firma, señaló: *“la función del gerente en la asociación básicamente consiste o consistía en*

defender a los carboneros ante las instituciones del Estado en el sentido de que les atendieran sus derechos y les asignaran recursos para las necesidades de obras civiles y de otro tipo de cosas, dentro del ramo de la minería del carbón, para que pudieran ejercer la minería de una forma eficiente, también tenía como función el hecho de buscar los recursos para capacitar todo el personal que trabaja en el sector minero, eso lo hacíamos con el SENA o con recursos propios de la asociación para tratar de formar mejores mineros dentro del departamento”⁷⁴.

En suma, dentro del objeto social y misional de Asocarbón no se contemplaba la ingeniería de obras civiles, luego no tenía la idoneidad ni la capacidad técnica y menos de experiencia en esa especialidad para adelantar el proyecto de reconstrucción del puente de Puerto León, condición que no se suple por el hecho de que, según lo plasma en su perfil empresarial, previamente hubiera “celebrado convenios de asociación” para supuestamente desarrollar obras de la misma naturaleza de la que se le reprocha en esta oportunidad, entre las que cita: de mejoramiento y pavimentación de vías, pues como se desprende de las notas al final de la descripción de cada uno de los convenios, Asocarbón se limitó en esos casos a “manejar los dineros y supervisar las inversiones”, no a ejecutar las obras, por lo que no puede esto asumirse como prueba de idoneidad o capacidad técnica para ejecutar una obra de la dimensión de la requerida de la reconstrucción del puente. Por el contrario, lo que esto demuestra es que irregularmente se le cedió a la firma carbonera el manejo de los dineros públicos, cuestión que, como en este caso, resulta inadmisibles.

⁷⁴ Declaración a 08:30 en adelante.

Las entidades estatales deben establecer los requisitos habilitantes de forma adecuada y proporcional a la naturaleza y valor del contrato⁷⁵. Que deban ser adecuados, significa que los requisitos habilitantes que se contemplen deben tener una relación directa con el objeto del contrato, de suerte que su acreditación sea efectiva para demostrar que el proponente es idóneo para ejecutar el contrato. A su vez, los requisitos que se establezcan deben ser proporcionales a las condiciones del contrato, de tal manera que los mismos no exijan condiciones más allá de las necesarias para verificar la idoneidad requerida de los proponentes respecto del objeto ofertado, ya que lo contrario limita la libre competencia.

Para fijar estos requisitos, la entidad estatal debe tener como parámetros: (i) el riesgo del proceso de contratación; (ii) el valor del contrato objeto del proceso de contratación; (iii) el análisis del sector económico respectivo; y (iv) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial.

En los procesos de contratación que no son complejos es posible establecer requisitos habilitantes de baja exigencia. Por ejemplo, si el proceso de contratación es para la construcción de placa huellas, es posible que la entidad estatal no exija experiencia adicional a la del título de ingeniero civil. *“Por el contrario, si el proceso de contratación es para la construcción de un viaducto, la entidad estatal debe exigir experiencia en la construcción de estructuras iguales o similares con una longitud inferior pero proporcional a la del objeto del proceso de contratación”*.

⁷⁵ Ley 1150 de 2007, artículo 5.

En este caso es evidente que Asocarbón no cumplía con los requisitos mínimos de idoneidad, capacidad técnica y experiencia en la construcción de obra civiles, requisito ineludible para ejecutar el objeto del contrato de reconstrucción del puente de Puerto León, razón que, como bien lo expresa la acusación, la obligó a subcontratar la ejecución de la obra con la firma Hidroconsulta, esta sí, una empresa de ingeniería capacitada para adelantarla.

Sobre esto quiere insistir la Sala en que Asocarbón no era una firma de ingeniería y por tanto no estaba capacitada técnicamente para desarrollar el objeto del contrato, no solo porque este no era su objeto social sino porque, como se probó, su intervención en otros “convenios de asociación” con el departamento de Norte de Santander y el municipio de Cúcuta, que pretendió exhibir como prueba de su idoneidad para adelantar la reconstrucción del puente, se limitó, como allí se expresa, al “manejo de dineros y supervisión de las inversiones”, no a la ejecución de las obras.

Sin embargo, pese a no contar con la idoneidad y capacidad técnica en ingeniería de obras civiles, y a que en los convenios en los que había intervenido anteriormente, como se aprecia, su participación se limitó al manejo de los recursos y supervisión de las inversiones, tanto el gobernador de la época como el procesado CARRILLO MENDOZA, en calidad de secretario de infraestructura, certificaron que sí contaba con la idoneidad y experiencia para ejecutar la obra del puente⁷⁶,

⁷⁶ Cuaderno 2 Sala de Instrucción, folio 137.

asignándole directamente su realización mediante la figura del “convenio de asociación” del inciso segundo del artículo 355 de la Carta, eso sí, cuidándose de autorizarla a ejecutar el proyecto “directamente o por medio de terceros”, porque el procesado de antemano sabía que Asocarbón no contaba con la idoneidad ni la capacidad técnica para ejecutar la obra dado que no era su objeto social.

Vistas así las cosas, para la Sala no es de recibo el argumento de la defensa en cuanto a que la subcontratación de la firma de ingeniería Hidroconsulta por parte de Asocarbón se debió al recrudecimiento del invierno y mayor deterioro del puente que no pudo ser previsto desde el comienzo y obligó a la modificación de la obra que requirió trabajos de ingeniería hidráulica. Lo cierto es que como acaba de verse, en realidad Asocarbón no es una firma con capacidad profesional y técnica en ingeniería para desarrollar obras civiles como la requerida para la reconstrucción del puente, razón por la que era previsible que para su ejecución Asocarbón tuviera que subcontratar la obra con una firma de ingeniería civil.

Es decir, contrario a lo afirmado por la defensa, a juicio de la Sala la subcontratación de la obra por Asocarbón con Hidroconsulta no obedeció a una supuesta mayor afectación del puente por razón del recrudecimiento de la ola invernal, como lo pretenden hacer ver los testigos y el oficio en el que se solicitó el visto bueno del gobernador para contratar con terceros⁷⁷, sino a la incapacidad técnica, profesional y de experiencia en obras civiles de Asocarbón quien por dicha

⁷⁷ *Ibidem*, folio 139.

consideración y por no corresponder a su objeto social, no podía realizar la obra, siendo esta la única razón por la que de antemano, al suscribir el convenio, se la autorizó para ejecutar por medio de terceros el objeto del proyecto, pues la administración sabía que no contaba con la capacidad técnica para realizarlo, y precisamente por esto es que el rol de Asocarbón en todos los convenios suscritos con la gobernación de Norte de Santander, fue, como ella misma lo certifica, el de manejar los recursos y supervisar las inversiones.

Es evidente que al adjudicar la administración la ejecución del proyecto de reconstrucción del puente desconoció flagrantemente los principios de la contratación pública de economía, responsabilidad y selección objetiva, al celebrar un contrato con una entidad jurídica carente de la idoneidad y capacidad técnica para ejecutar la obra de reparación del puente, quebrantando los requisitos esenciales de los contratos públicos que le imponían el deber de seleccionar una persona natural o jurídica con capacidad técnica, especialidad e idoneidad para ejecutar el objeto contractual.

Como bien lo señaló la acusación, los principios de la contratación estatal guardan relación directa con los fines de interés general y de legalidad, según los cuales, la selección de los contratistas, la celebración de contratos, su ejecución y liquidación, no pueden ser el resultado de la improvisación o discrecionalidad de los funcionarios, sino de unos procesos serios, ordenados y organizados hacia la consecución de los fines esenciales del Estado.

Todo lo anterior permite a la Sala concluir que el convenio se tramitó y desarrolló con el único propósito de darle apariencia de legalidad a la contratación y cederle así irregularmente el manejo de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Calamidades a Asocarbón que, como se verá más adelante, se sabía no satisfacía las exigencias legales sustanciales y que vulneraba sin causa legalmente plausible el bien jurídico de la administración pública, de donde puede concluirse la comisión del punible de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Un cuarto y último cargo de la acusación se hizo consistir en que al convenio se incorporó el rubro de administración, imprevistos y utilidad (AIU) que no es permitido en los convenios asociativos por la naturaleza y fines de estos definidos en el artículo 355 de la Constitución Política.

Se sustentó en que considerando la activa participación del entonces secretario de infraestructura de Norte de Santander CARRILLO MENDOZA en el asunto materia de análisis, incluyó la suma de \$338.172.954 equivalente al 30 % del valor de los costos directos de la obra por concepto de AIU en la cláusula primera de dicho convenio, lo cual es igualmente improcedente, pues ese concepto por su naturaleza no es aplicable a los contratos a los que hace referencia el artículo 355 de la Carta cuyo propósito es impulsar programas y actividades de interés público con entidades sin ánimo de lucro, y por no ser contratos de carácter conmutativo o de beneficios recíprocos que generen contraprestación para las partes y ganancias para el contratista.

Por su parte, la defensa negó que esto pueda calificarse de irregular, aduciendo que fue el ingeniero Contreras Roa, adscrito a la gobernación, quien luego de una visita al lugar y de tomar los datos correspondientes, elaboró el presupuesto empleando datos históricos y tablas de precios unitarios de la secretaría sin recibir órdenes o presión de persona alguna y, de otra parte, dicho ítem se introdujo porque en principio el presupuesto se concibió para un contrato de obra y para ese momento no se había determinado la modalidad contractual a aplicar.

Destacó que el componente de “utilidad” fue eliminado de la AIU mediante el anexo del acta de modificación de cantidades núm. 1 con la participación del interventor y del supervisor, lo que constituye una acción legítima que descarta una intención fraudulenta o una omisión reprochable.

Además, en defensa esgrimió la inexistencia de evidencia sobre el hecho de que éste hubiera injerido de algún modo en la inclusión de la AIU. Por el contrario, explicó que se limitó a ordenar a su equipo de trabajo la revisión técnica y jurídica del proceso contractual y a firmar los documentos pertinentes, siempre amparado en la “confianza legítima” de la labor realizada por sus subordinados y validada por los “entes nacionales”.

Ahora bien, para el análisis, comienza la Sala por señalar que en los contratos cuyo precio se estructura a partir del sistema de precios unitarios, ha hecho parte de la práctica de los negocios que el contratante le solicite al potencial

contratista que separe en su propuesta los costos directos –es decir, los que están directamente implicados en la ejecución del objeto–, de los indirectos –que equivalen a los rubros que no tienen que ver de manera inmediata con la ejecución de las actividades contractuales pero que integran también el precio, bien porque constituyen erogaciones administrativas o contingentes para el contratista o porque se dirigen a salvaguardar su ganancia–. En tal sentido, mientras que los costos directos se evidencian en el análisis de precios unitarios –APU–, como la sumatoria de los valores de los ítems según su unidad de medida, los costos indirectos se suelen abreviar en las variables –administración, imprevistos y utilidad– o AIU. (Subraya la Sala)

De manera que las entidades calculan un valor estimado que, a su vez, sirve de guía para que los proponentes formulen sus ofertas, pero bajo la premisa de que pagarán un porcentaje fijo incluido por los interesados en sus propuestas dado lo variable que resulta este valor, y lo complejo y gravoso de realizar un seguimiento minucioso a los costos en que incurren los contratistas por este componente en particular. Además, que estos podrían ser mayores a los inicialmente pactados con el contratista, de manera que la determinación de un porcentaje fijo y estable puede resultar favorable a la entidad estatal, pues su contraparte no le podrá exigir un monto superior, bajo el argumento de que incurrió en costos o gastos adicionales asociados al componente de administración o imprevistos⁷⁸.

⁷⁸ *Ibidem*.

En consecuencia, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como las excluidas de este, –es decir, las que tienen un régimen especial– gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento. En tal perspectiva, cuentan con discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en su documento equivalente, así como en el contrato, el sistema de precios unitarios y la figura de AIU; modelo que, como se indicó, es más pertinente para los contratos de tracto sucesivo, como el de obra. Por ende, la decisión de incluir costos de AIU, al igual que la metodología de delimitación de sus variables –ítems y porcentajes– debe obedecer a un juicioso análisis de oportunidad y conveniencia que consulte las reglas de la experiencia, así como los aspectos particulares de cada negocio. Lo anterior en armonía con la garantía de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, dentro de los cuales se halla el de economía, postulado que exige la optimización de los recursos públicos⁷⁹. (Énfasis de la Sala).

Lo usual, que se advierte en la práctica de las entidades estatales, es que acuden a la AIU con la finalidad de establecer un precio más estable, de manera que el valor del contrato consistirá en lo que resulte de afectar los costos directos por el porcentaje en principio invariable de la AIU, de manera que al valor de los costos directos se le sume las variables por AIU.

⁷⁹ *Ibidem*.

Así las cosas, las partes asumen los riesgos inherentes a esta forma de pactar el precio, entendiendo aceptados los aleas normales que se presenten en la ejecución del contrato, de manera que, aunque el contratista incurra en mayores costos de los ítems incluidos en la *administración* o en gastos de *imprevistos* al presentar su oferta, o que estos disminuyan o aparezcan algunos nuevos o desaparezcan algunos de ellos, el valor se mantenga invariable. De este modo, las partes optan por darle estabilidad al negocio, asumiendo cada una de ellas lo que le favorezca o desfavorezca, y evitando, además, incurrir en costos de transacción relacionados con la necesidad de acreditar y verificar cada costo o gasto específico asociado a la administración o los imprevistos, lo que generaría mayores gastos tanto para la entidad como para el contratista⁸⁰.

En ese orden, las entidades cuentan con discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en su documento equivalente, así como en el contrato, el sistema de precios unitarios y las variables por concepto de AIU.

Teniendo en cuenta este concepto, la forma de calcularlo es un aspecto que no cuenta con una regulación normativa en materia contractual del Estado, la determinación de los componentes de AIU dependerá del análisis particular que realice la entidad en relación con el presupuesto estimado del valor de la ejecución del contrato que, a su vez, sirve de guía para que los proponentes formulen sus ofertas.

En consecuencia, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración

⁸⁰ *Ibidem*, Documento C-455 de 2024.

Pública, como las que gozan de un régimen especial, tienen autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento.

De ahí que, como se dijo, incluir el rubro de AIU, debe obedecer a un juicioso análisis de oportunidad y conveniencia, que consulte las reglas de la experiencia, así como los aspectos particulares de cada negocio

A pesar de que no existe definición legal del concepto de AIU, el Consejo de Estado⁸¹ lo ha definido como los costos indirectos que se calculan a través de un porcentaje de los costos directos destinados a cubrir: *i)* los gastos de administración que comprenden: los de dirección de obra, gastos administrativos de oficina, etc.; *ii)* los imprevistos que corresponde a un porcentaje destinado a cubrir los gastos que surjan y que no fueron previstos; y, *iii)* la utilidad que corresponde a la remuneración propiamente dicha del contratista por su trabajo.

En síntesis, no hay *a priori* tipos contractuales en los que la ley o los reglamentos establezcan que se debe aplicar AIU, así como tampoco hay una determinación única y específica de la forma en la que esta variable deba ser establecida en contratos que involucran diferentes clases de actividades como sería la ejecución de una obra y la prestación de servicios conexos, ya que tal decisión obedece a lo que resulte más

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, radicado 16371 de 29 de febrero de 2012, CP Danilo Rojas Betancourth.

conveniente a la entidad estatal, en cumplimiento de los principios de planeación y economía.

En este contexto, si con base en los estudios del sector la entidad estatal estableció la necesidad de estructurar el valor bajo el sistema de precios unitarios y con el desglose de la AIU, independientemente de que el contrato de obra involucre actividades conexas de prestación de servicios, el precio se debería pagar con base en el valor de los costos directos incrementados por el porcentaje de gastos de AIU en relación con todas las actividades calculadas bajo este sistema. En otras palabras, cuando el costo en el contrato de obra se estructuró aplicando un valor por AIU para todas las actividades incluidas, sin hacer distinción entre los diferentes tipos de actividades, su pago debe abarcar todas las actividades del contrato, a menos que se haya acordado lo contrario.

Como puede advertirse de todo lo anterior, la AIU es un componente que forma parte del precio cuando este se establece por valores unitarios en los contratos conmutativos en donde las contraprestaciones son recíprocas, como por ejemplo en los contratos de obra o de tracto sucesivo, de suerte que su inclusión en los convenios de asociación de que trata el inciso segundo del artículo 355 de la Carta, dada la finalidad de estos, constituiría, en principio, una irregularidad, por ser una figura extraña a los convenios si se asume que lo que persigue la administración no es una contraprestación o alguna utilidad, sino aunar esfuerzos para la implementación de programas y actividades de interés público *“acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo”*, como se dijo en el

numeral 3 de las consideraciones contenidas en el texto del convenio.

Cierto es que conforme a la acusación la inclusión del rubro por concepto de AIU equivalente al 30 % del valor de los costos directos del contrato constituyó una irregularidad esencial que tipifica el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales en la medida en que se trata de una figura ajena a los convenios de asociación de que trata el artículo 355 de la Carta, y propia de los contratos de obra definidos en el ordinal 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, vale decir, si para desarrollar el proyecto de reconstrucción del puente se adoptó la modalidad de convenio era inadmisibles incluir en su presupuesto un valor por este concepto por contrariar la naturaleza de este.

Sin embargo, vistas las cosas en su real dimensión debe advertir la Sala que lo anterior resultaría adecuado desde la óptica penal solamente si no se tomara en cuenta que lo que en realidad se tramitó, celebró y ejecutó fue un verdadero contrato de obra pública, a pesar de haberse rotulado como “convenio de asociación”, cuestión que se comprueba por su objeto y alcance descritos en sus cláusulas primera y segunda.

En la primera se expresó: *“OBJETO: ASOCARBÓN se obliga para con el Departamento, a ejecutar las obras para reconstrucción y acceso y protección de estructura del puente Puerto León departamento Norte de Santander, de conformidad con el proyecto presentado y aprobado por el Departamento ante el Fondo Nacional de Calamidades como son (...)”* y en la segunda: *“ALCANCE: el presente convenio es de resultado, y*

comprende: hincado de pilotes, construcción de hexápodos, gaviones, bolsacretos, rellenos seleccionado y dragado del río Zulia”.

Visto lo anterior no hay duda que lo que se celebró fue un contrato de obra pública, con ítems y precios unitarios claramente determinados cuyos costos directos se tasaron en \$1.127.243.180 más \$338.172.954 por concepto de AIU equivalente al 30 % para un total de \$1.465.416.134 por el valor de la obra.

En consecuencia, si lo celebrado en esencia fue un contrato de obra al que quiso dársele la denominación de “convenio de asociación”, es desde la óptica de un contrato de esa naturaleza que debe verificarse si el negocio jurídico verdaderamente implementado debía o no incluir una partida por concepto de AIU, ya que en últimas lo que se contrató fue la reconstrucción del puente Puerto León, una obra pública con todo lo que esto implica en cuanto a costos y resultados, dado su carácter conmutativo de contraprestaciones recíprocas y obligaciones bilaterales.

Si esto es así, como la Sala lo considera, resulta un contrasentido afirmar, por un lado, que lo convenido es en realidad un contrato de obra y, por otro, reprochar como una irregularidad sustancial el hecho de haber incluido una partida correspondiente a gastos de administración, imprevistos y utilidad (AIU), cuando la naturaleza esencial de esta clase de contrato, independientemente de la denominación que se le dio, así lo exigía.

Desde esta perspectiva, es claro que no es posible considerar como una irregularidad esencial del negocio jurídico efectivamente implementado la inclusión del rubro de AIU.

Se reitera la AIU es un componente que forma parte del precio cuando se establece por valores unitarios en los contratos conmutativos en donde las contraprestaciones son recíprocas, como el de este caso, por modo que por tratarse de un verdadero contrato de obra, así se hubiera denominado “convenio de asociación”, la inclusión de un rubro por concepto de dicho componente no puede ante tales circunstancias considerarse irregular porque dada la verdadera connotación del contrato celebrado, no solo era plausible sino imprescindible la inclusión de este concepto.

En otros términos, si el negocio jurídico celebrado era por su objeto y alcance un verdadero contrato de obra, la inclusión de un valor adicional por AIU resulta apropiada a su naturaleza jurídica en cuanto en últimas se convinieron obligaciones y prestaciones equivalentes o recíprocas propias de un contrato conmutativo en donde las partes buscan un equilibrio económico entre lo realizado y recibido.

En ese orden de ideas concluye la Sala que este específico cargo carece de relevancia penal en cuanto que, como se probó, la inclusión del rubro por razón de AIU no puede considerarse una irregularidad esencial de la contratación que se cuestiona.

Sin embargo, las demás circunstancias irregulares atribuidas en la acusación permiten a la Sala afirmar que el convenio 00177 de 24 de junio de 2011 solamente se elaboró y

desarrolló con el único propósito de darle apariencia de legalidad a la contratación que WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA que, como se verá más adelante, sabía no satisfacía las exigencias legales sustanciales y que vulneraba, sin causa legalmente plausible, el bien jurídico de la administración pública, de donde puede concluirse la comisión del punible de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En relación con la modalidad de participación, si bien en la acusación se imputó la comisión de este delito a título de autor, la Sala estima que en este caso dadas las circunstancias concretas del desarrollo del iter criminal la forma de intervención del procesado le es atribuible a título de coautor, razón por la cual, tomando en consideración que con esta variación no se afecta el núcleo fáctico de la imputación y tampoco se agrava la pena, se mantiene incólume el principio de congruencia.

Lo anterior por cuanto como se desprende de la actuación, en particular de la documentación del trámite que obra en la actuación, los documentos relevantes que sirvieron de soporte para adelantar el trámite ante el Fondo Nacional de Calamidades fueron suscritos tanto por el gobernador William Villamizar Laguado, como por el procesado WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, en su condición de secretario de infraestructura⁸², por lo que puede inferirse que al menos intervinieron dos personas en la comisión del delito.

⁸² Se refiere la Sala a: (i) Estudio previo y solicitud de contratación; (ii) la evaluación de idoneidad del proponente Asocarbón; (iii) la aprobación de la obra por parte del Crepad.

En ese orden de ideas, se probaron en este caso todos los presupuestos de la coautoría: *(i)* la existencia de un acuerdo común orientado a la realización del hecho; *(ii)* el dominio funcional del hecho; y, *(iii)* un aporte esencial para su consumación.

El primer elemento surge del hecho de que desde el principio Asocarbón a través de sus representantes asumió de facto la reconstrucción del puente con sus propios recursos, que implicó un acuerdo al menos tácito para que finalmente le fuera adjudicada la obra. El segundo se prueba por el hecho de que el procesado en su calidad de secretario de infraestructura fue delegado por el gobernador para ejecutar las obras relacionadas con los recursos provenientes de Colombia Humanitaria y era quien podía tramitar y asignar los contratos necesarios para atender la emergencia invernal. Y, finalmente, la tramitación irregular de la contratación, la escogencia de la modalidad contractual y del contratista, en fin, su intervención directa en todo el proceso contractual constituyó su aporte esencial a la consumación de la conducta.

5.3.1.2 Delegación y principio de confianza en materia contractual

Como viene de verse, se pudo probar una serie de irregularidades sustanciales que afectaron los principios esenciales de la contratación pública y que por tanto se ubican objetivamente en la hipótesis del artículo 410 del Código Penal, no obstante, ante la delegación efectuada por el gobernador de todas las fases de la contratación, a excepción de la celebración

del contrato, y la alegación en cuanto que el acusado obró amparado por el principio de confianza, se impone realizar un análisis de la acusación de cara a este a fin de determinar si el procesado ejerció los deberes de orientación, dirección, control y vigilancia de la actividad contractual delegada o desconcentrada que le son propios. En caso afirmativo sería menester beneficiarlo con el amparo que le prodiga tal principio, o de ser negativo, imputarle jurídicamente el resultado por haber creado con el incumplimiento de sus deberes un riesgo jurídicamente desaprobado que se cristalizó en el resultado típico.

Antes de entrar en esta materia, considera necesario la Sala Mayoritaria hacer claridad respecto al tratamiento del principio de confianza cuyo análisis viene efectuando tanto en el tipo objetivo como en el subjetivo.

En el primero verifica si el resultado típico se produjo por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado originado en no ejercer los deberes de vigilancia y control que surgen de la desconcentración o la delegación, generándose el incumplimiento de los requisitos legales esenciales en cualquiera de las fases previstas en el tipo penal, lo que permite concluir que la conducta le es atribuible jurídicamente al agente.

Como se trata del tipo objetivo no se estudia el dolo porque este se analiza en el subjetivo, es decir, si el procesado al tramitar el contrato o firmarlo tenía conocimiento del incumplimiento de los requisitos legales, siendo esta la razón

por la que omitió vigilar y controlar dicho trámite, al comprobarse en el proceso que controló el trámite determinando, ordenando, disponiendo o acordando con sus subordinados que se gestionara con esas falencias.

En el evento en que se pruebe que cumplió con los deberes derivados de la desconcentración o de la delegación y con ello la materialización del principio de confianza, la decisión será la absolución por atipicidad objetiva porque no es posible atribuirle jurídicamente el delito; de existir dudas acerca del cumplimiento de las obligaciones de control y vigilancia, la absolución deviene por ausencia de certeza sobre la tipicidad objetiva; pero de no ser así, se da paso al estudio del tipo subjetivo en el que se revisan los elementos del dolo: el cognitivo y el volitivo.

En cuanto al conocimiento (*aspecto cognitivo*) se verifica si el procesado al tramitar el contrato o celebrarlo sabía que no cumplía los requisitos legales esenciales aplicados por sus subordinados, y que fue esta la razón por la cual omitió ejercer los deberes de vigilancia y control.

La Sala Mayoritaria sin perder de vista que se trata de un delito intencional no comprueba de manera aislada si el procesado cumplió o no con los deberes de vigilancia y control, sino que verifica que sabía que el trámite contractual no cumplía con los requisitos esenciales del contrato y si esa fue la motivación para omitir deliberadamente el cumplimiento de tales deberes, de ser afirmativa esta conclusión da por probado el dolo, de lo contrario no.

De este modo se excluye la posibilidad de que se pueda entender que la conducta fue culposa porque no se estudia de forma insular si el procesado cumplió o no con los deberes de vigilancia y control, sino que se pondera si al tramitar el contrato o al firmarlo conocía que no cumplía con los principios de la contratación oficial, y que por esta razón no realizó tales deberes. Desde luego que si se prueba que no tenía conocimiento de las irregularidades del trámite y tampoco, cumplió con los deberes de vigilancia y control, sobrevendrá la atipicidad subjetiva por ausencia de dolo.

Esto no impide que en los eventos en que no se invoca el principio de confianza se tenga como argumento adicional para condenar, demostrar que el procesado no cumplió con los deberes de vigilancia y control, así no haya sido materia de la acusación, pues ellos derivan normativamente de la facultad de delegación y desconcentración del ordenador del gasto, siempre, eso sí, que la prueba evidencie que ello ocurrió porque el procesado conocía que el trámite no cumplía con los requisitos esenciales.

Este entendimiento viene siendo aceptado pacíficamente por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en SP8292-2016 de 22 de junio de 2016, radicado 42930; SP339-2023 de 21 de febrero de 2023, radicado 64824; SP861-2024 de 17 de abril de 2024, radicado 62829; SP2709-2024 de 2 de octubre de 2024, radicado 61315; y de esta Sala en: SEP0017-2021 de 24 febrero de 2021, radicado 49599; SEP0079-2023 de 5 de agosto de 2021,

radicado 47494; SEP0016-2022 de 24 de febrero de 2022, radicado 00255; SEP138-2022 de 27 de octubre de 2022, radicado 48901; Aclaración de voto de los Magistrados Blanca Nélida Barreto Ardila y Ariel Augusto Torres Rojas en SEP111-2023 de 28 de agosto de 2023, radicado 47325; SEP131-2023 de 7 de noviembre de 2023, radicado 00085; SEP042-2024 de 20 de marzo de 2024, radicado 00491.

Previamente a entrar en el análisis de la materia, debe la Sala precisar que en este caso el estudio del principio de confianza se hará con base en la violación o no de los deberes de dirección vigilancia y control en cabeza del procesado por virtud de la desconcentración de funciones que operaba al interior de la secretaría de infraestructura, en razón a que él actuaba como delegatario del gobernador, luego, no podía a su vez delegar las funciones que le habían sido encargadas⁸³ por quien ostentaba el poder de ordenación del gasto mediante Decreto 00619 de 2 de junio de 2011, artículo decimotercero.

En esa línea alegó la defensa que las irregularidades advertidas, no pueden serle atribuidas jurídicamente al procesado en atención a que él solamente derivó la

⁸³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado 1.089 de 26 de marzo de 1998. Consejero Ponente, Dr. Javier Henao Hidrón. *“Para que la autoridad pueda delegar algunas o alguna función de las que le han sido asignadas por la Carta Política o por la ley - por estimarlo conveniente o necesario para el servicio público o el interés general -, es indispensable la previa autorización legal en donde se determine la materia delegable o las condiciones de la delegación. Sobre este fundamento insoslayable, el delegante puede transferir la función y la consiguiente responsabilidad al delegado - también llamado delegatario en el lenguaje jurídico colombiano-, sin que éste a su vez pueda subdelegar, salvo expresa autorización de la ley. Por su naturaleza, la delegación es transitoria, pues el delegante siempre puede reasumir la función, la que al ejercerla en forma directa, lo convierte de nuevo en el titular de la responsabilidad”.* En este mismo sentido el numeral 2 del artículo 11 de la Ley 489 de 1998: **FUNCIONES QUE NO SE PUEDEN DELEGAR.** Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación: 1. (...) 2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación (...).

contratación en los funcionarios de su secretaría y no intervino en las etapas previas a la celebración pues “confió” en las competencias de sus subalternos.

Para dar respuesta a este alegato se impone previamente, verificar en la prueba arrimada al juicio si CARRILLO MENDOZA cumplió con los deberes de dirección, control, supervisión y vigilancia, surgidos de la desconcentración de las tareas que impera en la administración pública en cuyo caso debería reconocérsele los beneficios del principio de confianza o, si por el contrario no lo hizo, atribuirle jurídicamente el resultado típico por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

En relación con el tema de la delegación, su definición y alcance y el reconocimiento del principio de confianza, la Sala⁸⁴ tiene por sentado lo siguiente:

En la administración pública es imposible que el ordenador del gasto pueda realizar todo el proceso contractual, razón por la cual la ley establece la posibilidad de adelantarlos en conjunto con diferentes órganos en una relación concatenada de trámites⁸⁵ a través de las figuras de la delegación y desconcentración, regladas en la Ley 489 de 1998.

Del principio de confianza

⁸⁴ Cf. CSJ. SEP00115-2021, rad. 00021 de 28 de septiembre de 2021.

⁸⁵ Cf. CSJ SP. Rad. 28508 de 7 julio 2010,

Como la contratación estatal demanda del ordenador del gasto y representante legal de la entidad oficial, control en todas las fases de la contratación: *trámite, celebración y liquidación*, ello implica la verificación del cumplimiento de las exigencias legales esenciales en cada una de esas fases, razón por la cual el Código Penal le exige el deber de examinar minuciosamente lo tramitado por las otras dependencias antes de firmar⁸⁶.

El principio de confianza, como lo ha decantado la Sala, es un criterio normativo aplicado dentro del trabajo en equipo. Para que opere es imprescindible que se haya cumplido con el deber legal de instruir, vigilar, controlar y corregir el proceder de los funcionarios en quienes estaba delegada la función de adelantar la fase precontractual⁸⁷.

Su alcance y contenido han sido fijados por esta Corporación, en los siguientes términos:

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

⁸⁶ Cf. CSJ. SP2146-2016. Rad. 40627.

⁸⁷ Cf. CSJ. SP15528-2016. Rad. 40383. Lo mismo: CSJ. SP4514-2020 Rad. 55345.

“La Sala acepta que el trabajo es funcionalmente dividido en un departamento, que el gobernador como jefe de la administración se encuentra en imposibilidad de asumir directamente todos los asuntos, que para eso cuenta con una serie de secretarios que le colaboran, que establece con los mismos –es lo que se supone– una relación de confianza de doble vía y que por efecto de la que él deposita puede incurrir en hechos típicos originados en la actividad de sus colaboradores, frente a los cuales, sin embargo, es eventualmente admisible la realización de una conducta inculpable, por mediación del fenómeno del error⁸⁸”.

El reconocimiento de este principio comporta una carga para quien pretende acogerse a él consistente en el previo cumplimiento de los deberes de instrucción, dirección, vigilancia y control, según lo tiene establecido esta Corporación:

“(…) tiene sus límites en el principio de responsabilidad que tienen los gobernantes en su calidad de ordenadores del gasto, y en la vigilancia que debe ejecutar de los roles de sus subordinados, por corresponderle a este la indelegable función de la celebración o formalización del contrato, previa la verificación de requisitos legales⁸⁹”.

“(…) se exige por el ordenamiento que despliegue la máxima diligencia y cuidado al momento de adoptar la decisión final que le corresponde, pues en ese instante asume la administración del riesgo y por ende se hace responsable de realizar una conducta prohibida, ya que la normatividad exige que sus actuaciones estén presididas por el cumplimiento de los principios y valores constitucionales, los fines de la contratación y la protección de los derechos de la entidad que representa, las reglas sobre la administración de bienes ajenos y los postulados de la ética y de la justicia⁹⁰”.

La delegación automáticamente no exonera de responsabilidad al encargado de la contratación. En ciertos casos se le reconoce por las irregularidades cometidas en la

⁸⁸ Cf. CSJ. SP. Rad. 14124 de 21 de marzo de 2002, reiterada en SP. Rad. 26061 de 26 junio de 2008.

⁸⁹ Cf. SJ SP. Rad. 30677 de 21 junio 2010.

⁹⁰ Cf. CSJ. AP. 28 agosto de 2002, citada en CSJ. SP2146-2016, rad. 40627.

fase precontractual por los delegatarios en virtud de la activación plena del principio de confianza, siempre y cuando no se compruebe que la delegación tuvo como objeto eludir la responsabilidad, y que omitió ejercer las funciones de dirección, vigilancia y control derivadas de ese acto con ese propósito.

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

En uno u otro caso, debe tomarse en cuenta que en materia penal la responsabilidad es individual y la persona responde por lo que hizo u omitió.

De otro lado, interesa precisar que, en este caso, estamos frente a un delito de acción, y no de comisión por omisión, el cual se configura cuando el sujeto agente teniendo la posición de garante omite realizar el comportamiento mandado por el ordenamiento jurídico, pretermisión que produce el resultado típico, razón por la cual le es atribuible jurídicamente ya que teniendo la posibilidad de evitar el resultado no lo hace. Y el hacer lo prohibido por el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en su modalidad de celebrar sin verificar el cumplimiento de requisitos legales se ejecuta a través de un hacer positivo, mediante una conducta que

trasciende al mundo de los fenómenos, y no por medio de una omisión, un no hacer, que caracteriza los punibles de omisión⁹¹, tal como la Sala lo tiene decantado en SEP00017-2020, rad. 49599⁹².

Esta regulación obliga a la Sala a examinar si en el presente caso, el acusado creó un riesgo jurídicamente desaprobado al bien jurídico tutelado, y si éste se cristalizó en el resultado típico, esto es, en la tramitación del contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales por no verificar previamente su observancia.

No obstante, la pretendida justificación del procesado de no haber intervenido en el trámite del proceso contractual “confiando” en las capacidades de sus subalternos, para la Sala es claro en este caso que la conducta es atribuible jurídicamente al acusado como quiera que se pudo demostrar que él personalmente intervino y controló todo el trámite contractual sin cumplir con los deberes de dirección, control y vigilancia a los que estaba obligado por virtud de la división de tareas que impera en la cartera a su cargo, razones que impiden ampararlo con el *principio de confianza* que invoca la defensa.

En este sentido, no resulta admisible la pretensión defensiva, porque a más de su dicho no aporta elementos de juicio que lo respalden y, por el contrario, en la actuación obran una serie de documentos y testimonios que prueban que él

⁹¹ Cf. CSJ. AP232-2017, rad. 35036; y, SP9225-2014, rad. 37462, entre otras.

⁹² Línea jurisprudencial seguida en CSJ. SP0057-2021, rad. 0026, entre otras.

intervino personalmente en la tramitación de todo el proceso contractual que culminó con la suscripción del convenio 00177, y que, por tanto deja en evidencia que la alegación es solo un pretexto para evadir su responsabilidad y que no ejerció los deberes de dirección, vigilancia y control de las tareas de sus subalternos, porque obviamente, tramitó personal y directamente el proceso contractual, pues desde el inicio tuvo el control de la contratación, seleccionando amañadamente a la contratista, como se verá posteriormente; pues sabía que el contrato era de obra y que por lo tanto no podía tramitarse y adjudicarse a través de un convenio de asociación.

Para sustentar esta conclusión basta revisar el acervo documental que precedió a la celebración del convenio, en donde puede advertirse en principio, que suscribió el acta de aprobación de la obra⁹³ por valor de \$1.567.995.263, suma que avala el presupuesto presentado por el ingeniero de la secretaría de infraestructura, Yonny Pascual Contreras Roa tomado del propuesto por Asocarbón, incluso tal como puede leerse allí, el proyecto de la obra fue “presentado y justificado” ante el Crepad⁹⁴ el 25 de abril de 2011 por el procesado en su condición de secretario de infraestructura, según se observa en el texto del acta de la reunión: *“una vez presentado y justificado por el arquitecto WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, secretario de infraestructura en la plenaria del CREPAD, el mismo fue aprobado por unanimidad, por considerar que el proyecto es prioritario y se ajusta a los lineamientos establecidos por el Fondo de Calamidades”*.

⁹³ Folio 103 cuaderno Sala Especial de Instrucción núm. 2.

⁹⁴ Comité integrado por el gobernador del departamento, el secretario de infraestructura, el director territorial del Inviás y un coordinado.

Además, junto con el gobernador, suscribió el documento “ESTUDIO PREVIO Y SOLICITUD DE CONTRATACIÓN”⁹⁵ fechado en “abril de 2011”, en el que sin ninguna explicación adoptó como modalidad contractual el convenio de asociación para ejecutar el proyecto, al tiempo que lo asignó a la Asociación de Carboneros de Cúcuta y Norte de Santander, como se desprende de lo siguiente: *“la ejecución de este convenio estará a cargo de la Asociación de Carboneros de Cúcuta y Norte de Santander y las actividades a ejecutar se enmarcan dentro del proyecto general denominado «reconstrucción de acceso y protección de estructura del puente Puerto León – Departamento Norte de Santander» viabilizado por Planeación Nacional”*.

El valor total del “convenio” ascendió a \$1.465.416.134 y luego de hacer un recuento de la afectación del puente y de la reunión de Ecopetrol, Corponor y Asocarbón, anunció que contaba con el respaldo del Fondo Nacional de Calamidades.

Pero aún más, CARRILLO MENDOZA certificó la “idoneidad”⁹⁶ de Asocarbón aduciendo la participación de ésta en los convenios de asociación en mantenimiento vial 000081 de 2 de diciembre de 2004, 2601 de 12 de diciembre de 2005, 2631 de 2006 y 2735 de 27 de junio de 2007 suscritos entre varios entes públicos y privados en los que aparece Asocarbón como “ejecutor”, pero que revisado el perfil empresarial aportado por ésta firma⁹⁷, su participación en todos se limitó al “manejo de los dineros y a la supervisión de las inversiones”, es decir, no se probó la idoneidad para ejecutar una obra de ingeniería, porque no era una empresa dedicada a la

⁹⁵ Folio 105 cuaderno Sala Especial de Instrucción núm. 2

⁹⁶ Folio 137 cuaderno original de la Sala Especial de Instrucción núm. 2

⁹⁷ Folios 123 y siguientes, *ibidem*.

construcción de obras, al punto de que debió subcontratar la ejecución del objeto del convenio, sin embargo, pese a esto, el procesado el 23 de junio de 2011, por sí mismo certificó: *“El suscrito secretario de infraestructura del departamento de Norte de Santander, de conformidad con la verificación de la anterior documentación presentada por ASOCARBÓN para la «RECONSTRUCCIÓN DE ACCESO Y PROTECCIÓN DE ESTRUCTURA DEL PUENTE PUERTO LEÓN, DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER», certifica que este oferente (sic) cuenta con la idoneidad y experiencia para ejecutar el mencionado proyecto”*.

Además, fue el único funcionario de la secretaría de infraestructura que suscribió el acta de inicio de la ejecución del convenio 00177 de 9 de agosto de 2011, como puede verse a folio 263 del cuaderno anexo 9 de la Sala Especial de Instrucción.

Igualmente intervino en la reunión y suscribió el acta de comité técnico de 19 de diciembre de 2011, relacionada con el control y seguimiento a la ejecución contractual del convenio 00177 y, en especial, con el fin de acordar la modificación del plazo, ampliándolo en 45 días más, tal como aparece a folio 261 *ibidem*.

Asimismo, como secretario de infraestructura participó y suscribió el “Acta de modificación de cantidades No. 01” de 3 de octubre de 2011, con el propósito de modificar las condiciones iniciales “del contrato de obra” y de ajustar el presupuesto a las actividades contempladas en los diseños presentados, teniendo en cuenta las recomendaciones de los especialistas en hidráulica y estructuras presentadas por

Asocarbón, lo cual fue autorizado, según obra a folio 265 del cuaderno anexo núm. 9 de la Sala Especial de Instrucción.

Como puede evidenciarse, la revisión de la documentación acabada de indicar, revela claramente que el procesado CARRILLO MENDOZA dirigió y controló personalmente todo el trámite precontractual del proyecto de reparación del puente, incluso parte de su ejecución, por lo que resulta inadmisibles que ahora pretenda mostrarse ajeno a éste aduciendo que “confió” en las tareas cumplidas por sus subalternos los cuales, según dijo, prácticamente orientaron el trámite precontractual y él se limitó a avalar lo hecho por sus subalternos, exculpación a todas luces contraria a la evidencia, como viene de verse.

Pero aún más, en los 14 contratos⁹⁸ de obra ejecutados para atender también el desastre invernal con dineros del Fondo de Calamidades por la gobernación de Norte de Santander celebrados todos el 21 de abril de 2011 que precedieron al convenio, cuyos soportes documentales aparecen en medio digital aportado con el Informe de Policía Judicial 11-224124/11-224125 de 15 de marzo de 2018, recabados en diligencia de inspección a la secretaría de infraestructura de la gobernación de Norte de Santander el 23 de octubre de 2017 (folio 28 cuaderno 2 Sala Especial de Instrucción), se advierte en todos y cada uno de ellos, la activa participación del procesado en las actas de reunión del Crepad donde tomaba el uso de la palabra y exponía la situación calamitosa de la infraestructura vial del departamento a raíz de

⁹⁸ Contratos 1309 a 1322 de 2011 celebrados por la gobernación de Norte de Santander entre abril y junio de ese año con presupuesto proveniente del Fondo de Calamidades,

la ola invernal, y la suscripción de documentos como estudios, requisitos de la ofertas, invitaciones a ofertar, resoluciones de adjudicación, etc., revelando que siempre estaba al tanto de toda la contratación y del trámite en general de los proyectos de obra, y el convenio 0177, que fue el único contrato que tramitó por esa vía, no fue la excepción, habida cuenta de que la documentación que antecedió a su celebración fue suscrita por él, por lo que no puede ahora escudar su responsabilidad con el argumento de que “confió” en lo que hacían sus subalternos, cuando la evidencia documental demuestra que intervino activamente en el trámite de toda la contratación realizada con los recursos del Fondo Nacional de Calamidades, en particular, la rehabilitación del puente de marras.

De esto, por ejemplo, da fe el contrato de obra 1309 de 21 de junio de 2011, cuyo objeto fue la rehabilitación de la vía Iscala-Toledo-Chorrocolorado, el procesado en calidad de secretario de infraestructura participó en la reunión del Crepad del 20 de abril de 2011 haciendo la presentación del proyecto: *“Una vez realizada la presentación de la afectación general, toma la palabra el Arq. Wilmer Carrillo Secretario de Vías e Infraestructura del Departamento para exponer las condiciones de las vías e informa que se está trabajando con maquinaria pero que requiere apoyo económico para solventar los costos de la atención de la emergencia. Adicionalmente presenta los proyectos de obras menores para atender la emergencia en fase 1 por un valor de \$16.000.608.080. y la fase 2 por un valor de \$90.000.430.750 para ser aprobados por el CREPAD (adjunta cuadro de Proyectos y solicitud del señor Gobernador al Presidente de la Republica). Los proyectos son aprobados por el CREPAD”.*

Además, firmó en calidad de secretario de infraestructura el documento “Estudio previo y solicitud de contratación” de 20 de abril de 2011, donde describió las características de la obra, su objeto, el presupuesto y la forma de pago.

El 6 de junio siguiente, suscribió la invitación a ofertar con descripción de las características de la obra; su objeto; el presupuesto; condiciones del contrato; forma de pago; garantías; requisitos habilitantes; condiciones para participar⁹⁹, entre las que se destacan: la relación del objeto social de la firma proponente con el objeto del proyecto y el cumplimiento de los requisitos exigidos en los estudios previos, experiencia en ejecución de obras civiles y/o mantenimiento y/o mejoramiento de vías y/o rehabilitación de vías por emergencias, capacidad jurídica, financiera, en fin, se agotaron los requisitos que debían cumplir para la ejecución de los contratos de obra y que se omitieron en el convenio de marras.

Suscribió también la carta de invitación a ofertar de 8 de junio de 2011, a la firma Retromáquinas S.A.S en su condición de secretario de infraestructura.

Asimismo, firmó una segunda carta de invitación de 8 de junio de 2011, dirigida al Consorcio Proesco S.A.S, en condición de secretario de infraestructura.

⁹⁹ Podrán participar en el presente proceso contractual, todas las personas naturales o jurídicas en forma individual o conjunta (consorcio o unión temporal) en cuya actividad comercial u objeto social se encuentren relacionado el objeto del presente proceso de invitación a ofertar y además cumplan con todos los requisitos exigidos en los estudios previos.

Dio el visto bueno de la evaluación de las propuestas del 14 de junio de 2011, presentadas por los oferentes por la cual se adjudicó la contratación a la firma Retromáquinas por ser la propuesta más favorable.

También rubricó la Resolución 117 de 16 de junio de 2011 *“POR LA CUAL SE ADJUDICA LA INVITACION A OFERTAR PARA LA REHABILITACION DE LA VIA ISCALA-TOLEDO-CHORROCOLORADO, DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER”*.

Nótese cómo es evidente la activa participación del procesado CARRILLO MENDOZA en el trámite del contrato 1309 de 2011 en mención, actuación que fielmente replicó en los contratos 1310 a 1322, suscritos también para atender las circunstancias de emergencia con recursos del Fondo Nacional de Calamidades, lo que a juicio de la Sala constituye prueba fehaciente de que siempre controló los procesos contractuales y el convenio 00177 no fue la excepción, ante esas condiciones no resulta plausible su tesis defensiva en cuanto a que “confió” en el trabajo de sus subalternos.

Por el contrario, lo que se advierte de la revisión de la contratación destinada a ejecutar los recursos del Fondo de Calamidades, es que CARRILLO MENDOZA siempre estuvo al tanto de los trámites, actuando personal y directamente, y en el convenio 00177 ocurrió lo mismo, pudiéndose concluir, como se dijo, que desde el principio controló el trámite contractual que finalizó con su celebración, es decir, sabía que no cumplía con los requisitos esenciales de la contratación.

Para la Sala la prueba documental relacionada no deja duda de que, no solo en este caso, sino en los demás, estuvo al tanto del trámite de la contratación y direccionó personalmente los procesos contractuales, circunstancia que desvanece argumento defensivo en cuanto a que “confió” en lo que hacían sus subordinados.

Por ese motivo, reitera, es inadmisibles la invocación del principio de confianza, por cuanto, refulge de todo el contexto probatorio que CARRILO MENDOZA fue autor del comportamiento típico y, en consecuencia, no puede descargar en terceros una actuación indebida cuando siempre estuvo al tanto de ella, por lo mismo se puede afirmar que con su actuación creó un riesgo jurídicamente desaprobado, en la medida en que deliberadamente tramitó el proceso contractual sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales, lo cual se concretó en el resultado típico, este es, en el trámite de un convenio ilícito, que por supuesto sabía de antemano que no cumplía con los presupuestos legales que le concernían.

Es apenas obvio que si actuó personalmente direccionando e instruyendo a sus subalternos y suscribiendo los documentos necesarios para el cumplimiento del trámite; no puede ahora ampararse en el principio de confianza y aducirlo como instrumento defensivo, pues fue consciente de que el trámite contractual lo estaba adelantando de forma amañada, y por ello no puede ahora aducir que confiaba en que sus subordinados estaban actuando con apego a la legalidad; cuando, lo que se ha demostrado es que desde el comienzo orientó el trámite hacia la asignación de la contratación a

Asocarbón, a sabiendas de que no tenía la capacidad técnica ni profesional para cumplir con el objeto del contrato, pues no era una firma de ingeniera de obras civiles, por modo que todo el proceso precontractual no fue más que un ardid para darle apariencia de legalidad.

Esta conclusión resulta apodíctica si, además, se toma en consideración la cantidad y trascendencia de las irregularidades en que se incurrió durante todo el curso del trámite de la contratación, como la aplicación, sin explicación, de una modalidad contractual que no se avenía al objeto contractual a desarrollar, la omisión de los estudios previos y diseños de la obra; la inclusión de un rubro de AIU no aplicable a la naturaleza del contrato escogido; y la adjudicación del contrato a una firma sin la capacidad técnica para ejecutar la obra; son estos algunos de los hechos bastante significativos que denotan que el procesado sabía que no cumplía con los requisitos, no porque confiara en las decisiones de los subalternos encargados de las tareas de la secretaría a su cargo, sino porque sabía que el trámite se adelantaba con total desprecio por la legalidad de la contratación, de ahí que le sea imputable jurídicamente el resultado típico.

No a otra conclusión puede llegarse si como viene de verse de los quince contratos relacionados con la atención prioritaria de la emergencia y con la ejecución de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Calamidades, catorce los tramitó como contratos de obra con estudios, diseños, requisitos de la oferta, dos invitaciones a ofertar, evaluación de las ofertas, adjudicación de la más favorable, en fin, con el

agotamiento de los requisitos previstos en la circular 00015 y en el Decreto 00619, pero curiosamente el único por el que optó por la modalidad de convenio sin el lleno de estos requisitos fue el proyecto de marras.

Estas circunstancias demostradas en el proceso permiten a la Sala inferir que en el caso de la reconstrucción del puente de Puerto León el trámite se adelantó y desarrolló con el único propósito de darle apariencia de legalidad a la contratación que él sabía, no satisfacía las exigencias legales sustanciales y que vulneraba, sin causa legalmente plausible el bien jurídico de la administración pública, de donde puede concluirse la eficaz contribución del acusado a la producción del resultado y, por contera, éste le es atribuible jurídicamente.

En fin, se comprobó la concurrencia de los elementos del tipo objetivo de este punible.

5.3.2 Del tipo subjetivo

En cuanto al tipo subjetivo, este delito debe ser el resultado de una conducta dolosa, ya que el agente debe obrar con conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción y con la voluntad de su realización, en este caso, equivale a conocer y voluntariamente pretermitir los requisitos legales esenciales de la correspondiente contratación en las etapas que ampara el tipo penal: *trámite, celebración y liquidación*.

En los términos del artículo 22 de la Ley 599 de 2000, la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos

constitutivos de la infracción (*aspecto cognitivo*) y quiere su realización (*aspecto volitivo*). Lo mismo cuando la ejecución de la conducta es prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

La ponderación integral de los medios de prueba transmite a la Sala la certeza de la configuración del dolo en el comportamiento de CARRILLO MENDOZA, por verificarse en su actuar los dos elementos que lo estructuran, lo que permite afirmar que al tramitar el convenio con Asocarbón en las condiciones en que lo hizo, sabía que estaba soslayando la modalidad contractual prevista en la Ley 80 de 1993, los trámites y requisitos de la etapa precontractual y los principios de la contratación pública, los lineamientos expedidos por el Fondo Nacional de Calamidades en la Circular 0015 de 16 de mayo de 2011¹⁰⁰, y las directrices de la gobernación del departamento plasmadas en el Decreto 00619 de 2 de junio de 2011, invocados como fundamentos jurídicos del trámite¹⁰¹ para ejecutar los recursos destinados a atender las obras necesarias para paliar las afectaciones producidas por la fuerte ola invernal de la época. No obstante, quiso su realización, pues dimana de la actuación que su propósito siempre fue el de favorecer a Asocarbón con la asignación de la contratación sorteando las normas y principios de la contratación pública aplicables a los contratos tramitados con recursos del Fondo Nacional de Calamidades, hasta el punto que, de manera inexplicable habiéndose tramitado y presentado como un contrato de obra, finalmente se tramitó y celebró un convenio de asociación.

¹⁰⁰ Circular 00015 de 16 de mayo de 2011.

¹⁰¹ Así se hizo en el “estudio previo y solicitud de contratación” a folio 105 del cuaderno 2 de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia.

Esta conclusión no abriga dudas si se consideran las condiciones profesionales y personales del acusado, pues se trata de un arquitecto experimentado, por esa razón no le eran desconocidos el trámite irregular del convenio sin cumplir con la modalidad contractual prevista y la escogencia del contratista, ni los requisitos que debía observar en su etapa precontractual, que si bien permitían un amplio margen de flexibilidad respecto de las condiciones de normalidad, exigían requisitos mínimos de legalidad, conveniencia y respeto por los principios esenciales de la contratación, como la existencia de estudios y diseños previos serios y completos y la modalidad de contratación ajustada a la naturaleza del objeto contractual a implementar.

En relación con la experiencia del procesado, CARRILLO MENDOZA como arquitecto de profesión tenía los conocimientos necesarios en la estructuración de proyectos de obra, y para la época de los hechos contaba con más de tres años de experiencia en el cargo de secretario de infraestructura. Adicionalmente, al tenor del Decreto 0091 del 7 de febrero de 2008¹⁰², para ocupar dicha responsabilidad además del título de arquitecto, debía tener conocimientos básicos en Constitución Política y Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, entre otros aspectos.

A juicio de la Sala el conocimiento del procesado sobre la materia contractual es tan evidente, no solo por sus condiciones personales y profesionales acabadas de reseñar, sino porque, como se señaló, previamente al trámite del

¹⁰² Folios 12 a 14 cuaderno de anexos No. 7.

convenio 00177, gestionó la contratación de catorce obras de infraestructura con recursos del Fondo de Calamidades mediante contratos de obra pública en los que agotó los pasos y requisitos que en este caso se echan de menos, no obstante, la única obra que tramitó mediante un convenio asociativo fue la de este asunto.

Como prueba de lo dicho, se citó el Contrato de obra 001309 de 21 de junio de 2011, por valor de \$1.524.056.073, contratado directamente, cuyo objeto consistió en la rehabilitación de la vía Iscala-Toledo-Chorrocolorado de Norte de Santander con la firma Retromáquinas S. A., en el que además de la presentación del proyecto, la aprobación por parte del Crepad, la viabilización de la obra por el Fondo Nacional de Calamidades en donde participó activamente el procesado, el secretario de infraestructura elaboró y suscribió un documento de invitación a ofertar en cuyo texto puede verse que se describió la necesidad de la obra; el objeto del contrato; las actividades a desarrollar; presupuesto estimado; condiciones del contrato; garantías; requisitos de los participantes en los que se destaca que podrán participar personas naturales o jurídicas “en cuya actividad comercial u objeto social se encuentre relacionado el objeto del presente proceso de invitación a ofertar y además cumplan con todos los requisitos exigidos en los estudios previos”; capacidad jurídica; garantía de seriedad de la oferta; experiencia; capacidad financiera que comprendía balance general y estados financieros; se determinaron la causales de rechazó y eliminación de las propuestas.

En ese mismo trámite aparecen suscritas por el secretario de infraestructura CARRILLO MENDOZA dos cartas de invitación a ofertar: una a Retromáquinas S. A. y la segunda al Consorcio Proesco SAS, ambas con fecha de 6 de junio de 2011, entidades que presentaron sendas ofertas, que fueron evaluadas mediante acta de evaluación de 14 de junio de 2011, con visto bueno del secretario de infraestructura WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, en la que se recomendó adjudicar el contrato de obra a Retromáquinas S. A. por ser la más favorable.

Con este propósito el secretario de infraestructura emitió la Resolución 117 de 16 de junio de 2011 por la cual resolvió adjudicar el contrato a esta última firma, lo que dio lugar a la celebración del contrato de obra 1309 de 21 de junio de 2011 por el gobernador del departamento.

Idéntico procedimiento surtió el procesado en los contratos de obra: (i) 001310 de 21 de junio de 2011, cuyo objeto fue “Mantenimiento y mejoramiento por emergencia vial de la ola invernal en la vía Primavera-Cáchira-departamento Norte de Santander viabilizado por Planeación Nacional”, con invitación a dos proponentes; (ii) 001311 de 21 de junio de 2011 “Rehabilitación de la vía Subramal A-San Calixto Norte de Santander”; (iii) 001312 de 21 de junio de 2011 “Rehabilitación de la vía La Cabuya-Labateca-Toledo; (iv) 001313 de 21 de junio de 2011 “Rehabilitación de la vía La Donjuana-Chinácota-Ragonvalia-Herrán; (v) 001314 de 21 de junio de 2011 “Rehabilitación de la vía Altamira-Cucutilla- Arboleda-Puente Gómez; (vi) 001315 de 21 de junio de 2011 “Rehabilitación de

la vía Alto Chiquito-Villacaro-Alto del Pozo; *(vii)* 001316 de 21 de junio de 2011 “Rehabilitación de la vía La Laguna-Silos-Babega; *(viii)* 001317 de 21 de junio 2011 “Rehabilitación de la vía Arboledas-Castro-Bagueches; *(ix)* 01318 de 21 de junio de 2011 “Rehabilitación de la vía Llano Grande-Teorama-Quince Letras; *(x)* 001319 de 21 de junio de 2011; “Rehabilitación de la vía Sardinata-Gramalote-Puente Gómez-Cornejo; *(xi)* 001320 de 21 de junio de 2011 “Rehabilitación de la vía La Vega-El Carmen-Sumare; *(xii)* 001321 de 21 de junio “Rehabilitación de la vía Malpaso-Cáchira-El Diamante; y *(xiv)* 001322 de 21 de junio de 2011 “Rehabilitación de la vía Capitánlargo-La Pacha-Sinuga; lo que permite establecer que previamente al trámite del convenio 00177 de 24 de junio de 2011, el procesado ya había gestionado varios contratos de obra más, relacionados con la ejecución de los recursos del Fondo Nacional de Calamidades para atender las afectaciones viales producidas por la fuerte ola invernal, revelando que ya para la época del convenio el procesado contaba con amplia experiencia en materia de contratación, es decir, sabía cuáles eran los requisitos que debía cumplir la contratación de emergencia, de donde concluye la Sala que no le era ajeno que no podía tramitar la reconstrucción del puente a través de un convenio, sino que debía hacerlo mediante un contrato de obra y agotar todas las etapas, incluida una invitación a dos oferentes, como lo venía haciendo, no solo en estos últimos catorce contratos, sino incluso desde dos años antes cuando por delegación del gobernador mediante Decreto 00015 de 24 de abril de 2009, que incluía la suscripción de los contratos, celebró varios de obra relacionados con el área de su cartera.

Este es un hecho que reafirma su conocimiento sobre esta especie de contratación y que permite concluir razonadamente que sabía que estaba tramitando irregularmente el convenio con Asocarbón, máxime que, como se evidenció, para la ejecución de los recursos destinados por el Fondo de Calamidades para atender las afectaciones de la estructura vial provocada por el fenómeno de La Niña, venía tramitando contratos de obras e invitando a dos oferentes, pero curiosamente el único que gestionó a través de un convenio fue el asignado a Asocarbón, por lo que no puede vacilarse en concluir que era plenamente conocedor que la reconstrucción del puente debía adelantarse a través de un contrato de obra y no de un convenio, por lo que es claro que consciente y voluntariamente violó la normatividad contractual, quedando en evidencia que obró con conocimiento de que con su conducta materializaba los elementos del tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y con clara voluntad de cumplir su propósito que no era otro que el de favorecer los intereses de Asocarbón.

En suma, pese al conocimiento y experiencia en materia contractual y al hecho de haber previamente tramitado con recursos del Fondo Nacional de Calamidades los catorce contratos de obra para rehabilitación de las vías afectadas por el invierno, con fundamento en la Circular 00015 de 16 de mayo de 2011 de dicho Fondo y el Decreto 00619 de 2 de junio de la misma anualidad de la gobernación y las normas regulares de la contratación en donde se incluyeron estudios previos, diseños, pliegos de condiciones, garantías, requisitos de la oferta, dos invitaciones a ofertar, evaluación de

propuestas, resolución de adjudicación, etc.; sin explicación alguna, pues no hay evidencia documental o testimonial de esto, el proyecto de rehabilitación del puente de Puerto León lo tramitó mediante convenio de asociación, violando, a sabiendas, las normas de contratación que había aplicado en contratos anteriores, lo que significa que sabía de la normatividad aplicable al caso del puente, y aún así se apartó voluntariamente de ellas, acudiendo a un procedimiento irregular que no se compadece con la naturaleza y objeto de la obra, por lo que no pude dudarse en reafirmar que CARRILLO MENDOZA en el caso del convenio obró dolosamente .

Es más, contrario a sus exculpaciones, sus subalternos declararon que todas las actividades de esa dependencia estaban direccionadas o coordinadas por el titular de la misma, es decir, por WILMER CARRILLO MENDOZA.

Incluso, como se narró, toda la documentación relacionada con el convenio que precedió su celebración fue suscrita por él, incluida la selección de la modalidad del contrato y la adjudicación del proyecto a Asocarbón, como se desprende del contenido del documento “Estudio previo y solicitud de contratación” que cuenta con su firma y la del gobernador en el que sin ninguna sustentación, se dispone: *“La ejecución de este convenio estará a cargo de la Asociación de Carboneros de Cúcuta y Norte de Santander (...)”*, circunstancias que enervan aún más su argumento defensivo de no haber intervenido en la contratación y que todo se tramitó a través de sus asesores, por contraste, todo esto ratifica el conocimiento y manejo que tenía de los temas a cargo de esa oficina que desde mucho antes

venía desarrollando por delegación del gobernador para adelantar los procesos contractuales relacionados con las obras de infraestructura del departamento.

La Sala no tiene duda de que las circunstancias que rodearon el trámite contractual y la condición profesional del enjuiciado, impiden asumir que desconocía el trámite y los principios esenciales de la contratación, las normas que regulaban los contratos de obra previstas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los lineamientos de contratación para las entidades receptoras de los recursos del Fondo Nacional de Calamidades – Subcuenta Colombia Humanitaria¹⁰³ previstos en la Circular 00015 de 16 de mayo de 2011, específicamente el literal *c)* que establecía que no obstante la autorización para aplicar las reglas de derecho privado *“las normas dictadas en el marco de la actual emergencia obligan a aplicar los principios de la función pública previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, tales como lo igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”*, todos ignorados en el trámite del convenio 00177.

Incluso, fue él quien adelantó irregularmente el trámite sabiendo que soslayaba las normas procedimentales de *“imperativo cumplimiento para todos los servidores públicos en quienes se encuentra delegada la facultad de contratar a nombre de la entidad”*, expedidas por la gobernación para la ejecución de los recursos asignados por el Fondo Nacional de Calamidades mediante Decreto 00619 de 2 de junio de 2011¹⁰⁴, cuyo artículo segundo prescribía que para la selección de los contratistas que se encargaran de ejecutar los contratos

¹⁰³ Ver a folio 73 y siguientes del cuaderno 3 de la Sala de Instrucción.

¹⁰⁴ Ver a folio 123 y siguientes del cuaderno 1 de la Sala de Instrucción.

financiados por el Fondo Nacional de Calamidades eran aplicables *“los principios que rigen la función administrativa: igualdad moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, así como el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de interés previstos en las disposiciones legales vigentes”*.

En cuanto a que no se contó con el tiempo suficiente para agotar el procedimiento, debe expresar la Sala que la administración, pese a la virulencia de la calamidad, contó desde el principio con tiempo suficiente para atender la emergencia relacionada con el puente y cumplir con los requerimientos mínimos que la contratación de urgencia exigía, pues la ola invernal no surgió de manera repentina e imprevista, fue un fenómeno progresivo que se incrementó paulatinamente hasta llegar a una situación de crisis que, a comienzos del mes de diciembre de 2010, obligó al Gobierno nacional a declarar mediante Decreto 4579 de 7 de diciembre de 2010 la situación de desastre nacional en todo el territorio colombiano, por lo que tampoco es de recibo su argumento defensivo en cuanto a que el trámite se surtió de la manera en que se hizo porque dada la emergencia, no se contaba con tiempo para acudir a procesos de contratación más complejos.

Es más, con antelación a dicha medida, la Dirección de Gestión del Riesgo del Ministerio del Interior, mediante Resolución núm. 573 de 18 de noviembre de 2010, había declarado la situación de calamidad pública nacional en varios departamentos, entre estos Norte de Santander, como consecuencia de la agravación del fenómeno de La Niña de

2010, que ya había provocado graves daños a la infraestructura vial en todo el territorio nacional.

Ante este panorama, queda sin piso el argumento relativo a que la situación de emergencia y la necesidad de atenderla con prontitud autorizaba aplicar las normas de contratación “entre particulares” y por esto se optó por contratar directamente, pues como se insinúa en la acusación está demostrado que por lo menos desde el mes de enero de 2011 y por presiones de la comunidad, Asocarbón, Corponor y Ecopetrol se congregaron en el mencionado puente para buscar una solución a los considerables daños que ya se estaban presentando, reunión en la que se hicieron unos compromisos que no cumplieron.

Incluso en los Decretos 0458 y 0459 de 7 de octubre de 2010 de la gobernación, por los cuales se declaró la emergencia vial y la urgencia manifiesta en el departamento, se hizo referencia a las visitas a los sitios de emergencia practicadas por CARRILLO MENDOZA en calidad de secretario de infraestructura, y se lo facultó para adelantar todas las diligencias administrativas que se requirieran para la ejecución de las obras, y acciones para conjurar las crisis generada por situaciones de fuerza mayor imputables a la naturaleza, con relación a la malla vial del departamento.

Lo anterior, se reitera, pone de manifiesto que el procesado dispuso de tiempo suficiente para implementar la obra y precaver su crudeza y los posibles daños del puente de Puerto León, pero solamente hasta el día 24 del mes de junio

de 2011 y con total desapego a los principios que rigen la contratación estatal se suscribió el convenio de asociación 00177.

En otros términos, estima que existe la certeza de que el acusado, no solo sabía que al celebrar el convenio con Asocarbón, entidad sin capacidad técnica en materia de ingeniería, cedía irregularmente la administración de los recursos recibidos por razón de la emergencia invernal, pues conocía que la asociación subcontrataría la obra por no ser una firma de ingeniería, infringía el Estatuto de la Contratación de la Administración Pública, sino que a pesar de ese conocimiento quiso su realización, soslayando las normas y principios de dicho estatuto en detrimento del interés general.

De esto, es muy revelador que se haya incorporado en la cláusula tercera del convenio como una de las obligaciones de Asocarbón la de “ejecutar directamente o por medio de terceros el proyecto objeto del presente convenio, bajo su entera responsabilidad y dirección, de conformidad con la normatividad aplicable, la responsabilidad, dirección y manejo del proceso no podrá ser cedido. (Énfasis adicionado), cláusula que fácilmente permite colegir que la administración y, en particular, la secretaría de infraestructura era consciente de que Asocarbón no tenía la capacidad técnica para adelantarla y que para ejecutar su objeto necesariamente debía subcontratar con una firma de ingeniería, como finalmente ocurrió, eso sí, cuidándose de prohibir la cesión de la “dirección y manejo del proceso”, es decir, de los recursos.

Las conclusiones de la Sala toman mayor fuerza si se considera que en relación con la ejecución de los recursos de Colombia Humanitaria a excepción del convenio 00177 de marras, la totalidad restante de la contratación (contratos 1309 a 1322 de la misma época entre los meses de abril a junio de 2011¹⁰⁵) referidos al mantenimiento y rehabilitación de vías por razón de la misma emergencia invernal, tramitados por el procesado, fueron ejecutados mediante contratos de obra cumpliendo con los respectivos estudios técnicos y diseños, además de las correspondientes invitaciones públicas a ofertar, de suerte que la única explicación plausible de por qué precisamente el contrato con Asocarbón se hizo mediante un convenio de asociación, fue por el interés del procesado de favorecer el interés privado con menoscabo del interés general.

En todos estos contratos pudo advertir la Sala que el procesado WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, a la sazón secretario de infraestructura de la gobernación de Norte de Santander, suscribió en todos y cada uno el “estudio previo y solicitud de contratación”; la aprobación de las obras de emergencia ante el Crepad; las condiciones de la invitación a ofertar con descripción de la obra, estudios, presupuesto, requisitos habilitantes, factores de evaluación, etc.; las cartas de invitación a ofertar a distintas entidades; lo que significa que intervino directamente en toda la contratación relacionada con la ejecución de los recursos asignados por Colombia Humanitaria para atender la emergencia producida por el fenómeno invernal de La Niña de los años 2010-2011, de tal

¹⁰⁵ Ver DVD núm. 4. Marcado “Colombia Humanitaria”. Contratos Inspección Gobernación 23-10-2017. Cuaderno 2 Sala de Instrucción a folios 84-85.

suerte que esta circunstancia enerva su argumentación defensiva en cuanto a que él solamente “delegó” la contratación en los funcionarios de su secretaría y no intervino en las etapas previas a la celebración pues “confió” en las competencias de sus subalternos.

Esta excusa carece de solidez si se estima además que habiendo sido el procesado delegado por el gobernador para adelantar las etapas contractuales y poscontractuales de la contratación que se celebró para la ejecución de los recursos asignados por el Fondo Nacional de Calamidades Subcuenta Colombia Humanitaria con excepción de la firma del contrato, según lo dispuesto por el artículo decimotercero del Decreto 00619 de 2 de junio de la Gobernación de Norte de Santander, no podía a su vez en tales condiciones “delegar” en sus subalternos las funciones que le habían sido delegadas por el gobernador, por no tener autorización expresa de la ley¹⁰⁶, de tal suerte que no resulta plausible tal excusa.

Ello en razón a que era el gobernador quien tenía a su cargo la función contractual dada su calidad de ordenador del gasto, la cual estaba desconcentrada en el acusado, por tanto, éste no podía alegar el *principio de confianza*, así sea marginalmente como hizo,

El principio de confianza, como ya se mencionó, es un criterio normativo aplicado al trabajo en equipo. Para que opere es imprescindible que se haya cumplido con el deber legal de

¹⁰⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado 1.089 de 26 de marzo de 1998, *ibidem*.

instruir, vigilar, controlar y corregir el proceder de los funcionarios en quienes estaba delegada la función de adelantar la fase precontractual¹⁰⁷.

Con todo, el principio de confianza no tiene ninguna incidencia en el juicio de imputación del resultado cuando quien lo invoca ha obrado *dolosamente*; en palabras de la Sala, aplica *“siempre y cuando... quien se escuda en el principio de confianza haya acomodado su actuación a las normas que disciplinan la concreta actividad”*¹⁰⁸.

En el presente caso, se insiste, es inadmisibles el planteamiento defensivo en cuanto a que el procesado simplemente se limitó a suscribir la documentación “confiando” en que los funcionarios adscritos a su secretaría por su conocimiento y experiencia tomaban las decisiones apegadas a la ley, pues de acuerdo con la delegación que le hiciera el gobernador, no podía a su vez “delegar” en sus funcionarios subalternos la toma de las decisiones, de tal suerte que por virtud de la desconcentración de funciones que operaba en su secretaría, era su deber informarse y asumir el trámite de la contratación personal y directamente tomar las decisiones apegadas a la ley y a la normatividad expedida por las autoridades competentes, a fin de ejecutar los recursos asignados por Colombia Humanitaria que él bien conocía, puesto que el convenio aquí cuestionado no fue el único proceso contractual que adelantó.

¹⁰⁷ Cf. CSJ. SP15528-2016. Rad. 40383. Lo mismo: CSJ. SP4514-2020 Rad. 55345.

¹⁰⁸ Cfr. *Ibidem*.

Por ese motivo, la invocación del principio de confianza, como concreción del riesgo permitido, surge inadmisibles no solo porque fue él el funcionario delegado por el ordenador del gasto para adelantar la contratación y en tal condición no podía a su vez delegar para ahora esgrimir una supuesta confianza en el trabajo de su personal, sino porque la evidencia arrojada a la actuación indica que a pesar de la desconcentración de funciones al interior de la secretaría de infraestructura, él personalmente intervino en todo el trámite contractual, y sabía que se adelantaba con vulneración de los requisitos legales esenciales.

En relación con el error de tipo alegado por la defensa en la fase previa a la calificación, sobre el que no insistió en los alegatos finales, argumentó que el comportamiento del procesado estuvo precedido de una realidad equivocada, convencido de que la modalidad de contratación seleccionada, la autorización de subcontratación y la inclusión de la AIU dispuestas por su equipo técnico y jurídico no infringía la ley penal y que el trámite estaba ajustado a derecho, debe decir la Sala que dicha figura no tiene cabida en el caso del acusado, no solo por ser contradictorio con el principio de confianza principalmente alegado y ya desvirtuado, sino porque en el caso de CARRILLO MENDOZA no se dan los presupuestos para su reconocimiento.

La jurisprudencia ha reiterado que esta clase de error ocurre cuando el sujeto activo desconoce o tiene un conocimiento defectuoso de uno o todos los elementos que integran el tipo objetivo, sean ellos de hecho o de derecho, esto

es, con independencia de que estos tengan carácter fáctico, de naturaleza descriptiva (p.ej. cosa, cuerpo, causalidad), o normativa, de esencia comprensiva (p.ej. ajenidad, tipo de documento, calidad de funcionario)¹⁰⁹.

(...) [E]l inciso primero del numeral 10º del precepto transcrito [art. 32 de la Ley 599 de 2000] se refiere al error de tipo, es decir, aquel que recae sobre los elementos que integran el llamado tipo objetivo, que tiene la virtualidad de excluir la tipicidad dolosa y culposa y, por contera, la responsabilidad penal cuando es invencible, vale decir, aquel en el cual se incurre pese a haber aplicado la diligencia debida atendida la situación fáctica concreta y las condiciones personales del autor...

En el mismo inciso del numeral 10º del artículo 32 de la citada codificación, se consagra el error sobre los aspectos objetivos que posibilitan la existencia de una causal de ausencia de responsabilidad, también conocido como error de tipo permisivo, que no obstante ser una modalidad de error de prohibición indirecto, para efectos punitivos se le asignan las consecuencias del error de tipo, acorde con la teoría limitada de la culpabilidad. (...)

(...) [S]i el sujeto activo actúa bajo el convencimiento errado e invencible de que en su acción u omisión no concurre ninguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal, es preciso afirmar que el error de tipo concurre únicamente ante la ausencia del primer componente del dolo: el cognoscitivo. Así lo ha reconocido esta Corporación desde el auto del 24 de mayo de 1983, al señalar:

“(...) para que el error genere inculpabilidad es indispensable que posea la nota de la insuperabilidad, es decir, que no le haya sido humanamente posible evitarlo o vencerlo pese a la diligencia y cuidado con que actuó en el caso concreto... Evidenciada esta nota del error (su insuperabilidad), la culpabilidad no se da por ausencia de dolo en cuanto faltaría uno de sus elementos: el del conocimiento de la concreta tipicidad de la propia conducta, o lo que es igual, del aspecto cognoscitivo del actuar doloso...”

Tesis que la Sala ha reiterado, entre otras, en las providencias CSJ SP, 3 dic. 2002, rad. 17701 y CSJ SP, 21 sep. 2011, rad. 35062, última en la que se puntualizó:

¹⁰⁹ CSJ AP, 6 May de 2020, rad. 56235, entre otros.

“La tipicidad integrada en sus fases objetiva y subjetiva, siendo de las segundas, el dolo en su doble condición de conocimiento y voluntad, de donde el error de tipo supone la ausencia del elemento cognitivo (conocimiento) del dolo, en tanto, que en el error de prohibición, el sujeto sí quiere y conoce lo que hace, sin embargo, asume que su conducta no está prohibida por la ley, por lo tanto, le está permitida (Subrayado fuera de texto)”.

En consecuencia, como el dolo supone la comprensión de la conducta prevista en la ley, con todos sus componentes típicos, la ignorancia sobre alguno de ellos constituye el error de tipo, en la medida que se presente la imposibilidad de conocer que se está realizando la tipicidad objetiva, en cuanto en la representación intelectual que hace de la realidad, los elementos de la descripción normativa, o alguno de ellos, no está presente en la acción que ejecuta, luego no puede predicarse que tuvo la voluntad de ejecutar el tipo penal y de cometer el agravio que causó. En esos eventos queda excluido el dolo, es decir, la tipicidad subjetiva. Esto por cuanto la conducta será típica solo si la realización de los elementos objetivos (descriptivos y normativos) que definen de manera completa el delito, se producen con conocimiento y voluntad (elemento subjetivo). (Énfasis original) (CSJ SP. Rad. 50109 de 7 de julio de 2021).

Frente a esta argumentación, tomando en cuenta los hechos y circunstancias analizados en precedencia impiden atender el argumento defensivo por ausencia de al menos una circunstancia que permita suponer fundadamente que el acusado hubiera errado acerca de los presupuestos objetivos de una causal que excluyera su responsabilidad, por cuanto al proceso se allegaron medios probatorios que dan cuenta de que las circunstancias que se invocan como sustento del supuesto error, no existieron, ya que como ha quedado demostrado a través de los testimonios de José Vicente Chacón, secretario jurídico de la gobernación, Roberto Castellanos Cely, abogado de la secretaría de infraestructura, Francisco Orlando Jaimes Barajas, ingeniero supervisor del contrato, Ricardo Gelvez Moreno, interventor del mismo, Luciano Canal Moros, representante legal de Asocarbón y Yonny Pascual Contreras

Roa, ingeniero de la secretaría de infraestructura, quien elaboró el presupuesto, ellos no tomaron decisiones en relación con aspectos esenciales del trámite del contrato, por el contrario, indicaron que se limitaron a seguir las instrucciones impartidas por el secretario de infraestructura, lo que contradice la afirmación del acusado en cuanto a que fueron otras personas las que decidieron aspectos como la modalidad contractual a aplicar, la inclusión de la AIU o la selección del contratista.

Es más, la abogada Sepúlveda Rodríguez¹¹⁰ reafirmó que todas las labores eran ejecutadas bajo la dirección del secretario y que en la mayoría de los casos se les impartían directrices de manera verbal o escrita.

Y, finalmente, como lo dijo la acusación, otra circunstancia que deja sin sustento la supuesta insuperabilidad del error alegado es que el procesado siempre contó con *“un equipo interdisciplinario de ingenieros civiles, abogados, topógrafos, financieros, para llevar a cabo todas las actuaciones relacionadas con la emergencia ocasionada por el fenómeno de la Niña”* – así lo manifestó tanto en su indagatoria como en la ampliación de la misma–, por tanto, si alguna duda o apreciación equivocada tenía acerca de la realidad, tenía los medios necesarios para salir de esa situación y, si no lo hizo, no puede alegar a su favor su propia incuria, pues, pese a la desconcentración de funciones de la secretaría, sobre él recaía el deber de cumplir la delegación de manera personal y directa conferida por el gobernador en su condiciones de ordenador del gasto.

¹¹⁰ Declaración a folio 16 cuaderno 4 Sala de Instrucción.

En ese orden de ideas no tiene duda la Sala del actuar doloso del procesado CARRILLO MENDOZA.

5.3.3 La antijuridicidad

La conducta endilgada al procesado además de típica es antijurídica, toda vez que lesionó efectivamente y de manera grave el bien jurídico de la administración pública, al soslayar los principios esenciales de la contratación pública que es menester proteger.

No puede perderse de vista que en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos, la vulneración del bien jurídico se verifica con el *“simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación administrativa”*¹¹¹, pues como se viene indicando, es la legalidad en el trámite impartido en la contratación estatal lo que se protege, de allí, que más allá de cualquier otra cosa, lo cierto es que se despreciaron los principios de la contratación omitiendo acoger las previsiones del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Para la Sala no hay duda que con su conducta el acusado CARRILLO MENDOZA violó los principios de la contratación tutelados por el bien jurídico de la administración pública, al implementar un proceso de contratación pública para la rehabilitación del puente de Puerto León con desprecio de las normas de contratación aplicables y soslayar en su trámite una

¹¹¹ CSJ. SP. Rad. 25495 de 6 mayo de 2009.

serie significativa, no solo por su número sino por su trascendencia, de requisitos necesarios, incumpliendo así las normas que por su naturaleza le era imperioso respetar.

De esta manera infringió los principios básicos pilares de la contratación pública, al tramitar un contrato de obra a través de un convenio de asociación, sin elaborar estudios y diseños técnicos, y adjudicar la contratación a una entidad que no contaba con la capacidad técnica para ejecutar el objeto del contrato por lo que debió subcontratar. Requisitos necesarios para una responsable inversión y manejo de los recursos asignados por el Gobierno nacional para atender emergencias producidas por desastres naturales, cuya disponibilidad tenía el acusado por su condición de secretario de infraestructura delegado para ejecutarlos.

Estas circunstancias, se insiste, permiten a la Sala inferir que todo el trámite se elaboró y desarrolló con el único propósito de darle apariencia de legalidad a la contratación que por haber gestionado previamente otros contratos con los mismos recursos y para obras de rehabilitación por el invierno, él sabía no satisfacía las exigencias legales sustanciales y por tanto vulneraba, sin causa legalmente plausible, el bien jurídico de la administración pública.

En conclusión, con las irregularidades cometidas a lo largo del trámite del convenio 00177 de 24 de junio de 2011 celebrado por la gobernación con Asocarbón, se vulneró sin justa causa el bien jurídico de la administración pública amparado por el artículo 410 del Código Penal.

5.3.4 La culpabilidad

De los elementos de convicción obrantes en la actuación, dimana incontrovertible que WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA al realizar los hechos objeto de reproche se encontraba en uso de sus plenas capacidades cognitivas que le permitían conocer la ilicitud de sus actos y determinarse conforme con ese conocimiento, por ende, debe ser tenido como persona imputable.

La culpabilidad constituye el tercer elemento de la conducta punible, después de la tipicidad y la antijuridicidad. Estas configuran el denominado injusto típico y se identifican como la faceta valorativa, descriptiva y, en suma, objetiva, del delito. La culpabilidad, en cambio, relaciona el injusto con su responsable. No es un presupuesto destinado a constatar la realización del delito, sino orientado al análisis de imputación del injusto a la persona¹¹².

Culpabilidad se identifica con reprochabilidad. Según lo ha señalado la Corte¹¹³, se responsabiliza al sujeto porque, *“teniendo a mano la alternativa de lo jurídico-socialmente adecuado, opta libremente por lo que no lo es”*¹¹⁴, *“estando en condiciones individuales y materiales de motivarse conforme a la norma, optó por realizar el comportamiento definido en la ley”*¹¹⁵. Se plantea, por lo tanto, que

¹¹² Cf. CSJ. SP055-2023, radicado 62542 de 22 de febrero de 2023.

¹¹³ Cf. CSJ. *Ibidem*.

¹¹⁴ Ver CSJ SP, 9 sep. 2020, rad. 54497 y CSJ SP2649-2022, rad. 54044.

¹¹⁵ CSJ. SP5356-2019, rad. 50525.

el agente estaba en capacidad de ajustar su obrar a derecho y la realización del delito fue producto de una decisión libre¹¹⁶.

Este tercer elemento del hecho punible tiene raigambre en el artículo 33 del Código Penal del cual se desprende que actúa con culpabilidad quien al momento de ejecutar la conducta es capaz de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con esta comprensión.

La forma en que se desarrolló el *iter criminis*, incluida la delegación que le fuera otorgada por el gobernador para ejecutar los recursos del erario nacional para atender las afectaciones causadas por la ola invernal, permiten suponer fundadamente a la Sala que CARRILLO MENDOZA estuvo siempre en capacidad de comprender la ilicitud del proceso contractual que se adelantaba sin el cumplimiento de sus requisitos legales, a tal punto que la ajenidad que pretende mostrar ante los hechos, se evidencia como un ardid para eludir su responsabilidad en el actuar típico y antijurídico que sabía se configuraba con el cúmulo de irregularidades que presentaba la contratación, y no obstante ese conocimiento, en lugar de ajustar su comportamiento a derecho, voluntariamente optó por consumarlo con las consecuencias de que da cuenta la actuación.

Ya se dijo al estudiar el tipo subjetivo (5.3.2), que las condiciones personales y profesionales, además de su experiencia, puede colegirse que CARRILLO MENDOZA como arquitecto de profesión tenía los conocimientos necesarios en

¹¹⁶ CSJ. SP2649-2022, rad. 54044.

la estructuración de proyectos de obra, y para la época de los hechos contaba con experiencia en el cargo de secretario de infraestructura, pues fue él quien, como se anotó antes, estructuró y tramitó previamente 19 contratos de obra entre los meses de abril a junio de 2011 para la ejecución de los recursos asignados por Fondo Nacional de Calamidades, es decir, no era el primer contrato que tramitaba, lo que permite a la Sala inferir que sabía de la ilicitud de la conducta y, a pesar de esto quiso su realización, siéndole en consecuencia exigible una conducta acorde a derecho porque conocía de su ilicitud y estaba en condiciones de determinarse libremente en orden a esa comprensión, y es aquí donde radica el juicio de culpabilidad, máxime que no obra en su favor una circunstancia que la excluya.

Acreditados los requisitos legales exigidos por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 y acogiendo la solicitud de condena de la Fiscalía, la Sala declarará al acusado como coautor penalmente responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales conforme lo prevén los artículos 29 y 410 del Código Penal.

5.4 Del delito de peculado por apropiación en favor de terceros

En la acusación la Fiscalía imputó a WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA el delito de peculado por apropiación en cuantía de \$242.173.590, en calidad de coautor, agravado por

superar los 200 salarios mínimos legales mensuales del año 2011¹¹⁷.

El tipo penal que se atribuye al acusado, vigente para la época de los hechos materia de investigación, sin el incremento de la Ley 890 de 2004, fue definido y sancionado por el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 397. PECULADO POR APROPIACIÓN. *El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.*

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

A este respecto cabe señalar que acorde con la definición normativa de esta conducta, para que encuentre realización resulta indispensable establecer probatoriamente que el servidor público (sujeto agente cualificado), durante el desempeño del cargo, abusando de éste o de la función, se apropió en favor propio o en provecho de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tiene

¹¹⁷ De acuerdo con el Decreto 4834 de 30 de diciembre de 2010 el SMLM para el año 2011 se fijó en \$532.500.

parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya tenencia o custodia se le confiaron por razón o con ocasión del cargo.

En el sujeto activo debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica, no necesariamente originada en una asignación de competencia, basta con que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional¹¹⁸.

La conducta se estima consumada cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero se los apropie. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público¹¹⁹.

Sobre el particular, conviene recordar que la jurisprudencia tiene establecido¹²⁰ que para la estructuración típica del delito de peculado por apropiación se requiere: (i) un sujeto activo calificado –servidor público–; (ii) la apropiación en provecho personal o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya

¹¹⁸ Cf. CSJ. SP. Rad. No. 35606 de 22 de febrero de 2012.

¹¹⁹ Cf. CSJ. SP. Rad. 38396 de 10 de octubre de 2012.

¹²⁰ Cf. CSJ. SEP00124-2019. Rad. 47255 de 18 de diciembre de 2019.

administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones; y (iii) la competencia funcional o material para disponer de éstos.

Ha indicado, asimismo, en lo que atañe a la calidad de servidor público, que *“debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica no necesariamente originada en una asignación de competencia, basta con que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional”*¹²¹, de suerte que el acto de apropiación puede tener ocurrencia bien como consecuencia de la disponibilidad directa de los recursos, o con ocasión del ejercicio de un deber funcional que faculta al servidor público para decidir sobre el destino de los bienes de la misma naturaleza¹²².

El sujeto agente calificado debe tomar para sí los bienes del Estado en provecho suyo o de un tercero en las condiciones señaladas, siendo necesario la existencia de una relación funcional entre el servidor público y los bienes oficiales, razón por la cual la acepción *“por razón o con ocasión de sus funciones”* tiene que ver con la facultad de administrar, guardar y recaudar, la cual no puede ser solo material sino también jurídica¹²³. Así, se ha dicho:

“(…) no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas por una

¹²¹ CSJ. SP18532-2017. Rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.

¹²² Cf. CSJ. SP. Rad. 18021 de 6 de marzo de 2003.

¹²³ Cf. CSJ AP1272-2018, rad. 51777.

rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado.

Las facultades de manejo en el empleado público no solamente las otorga la ley, el decreto, la ordenanza o el acuerdo, sino también las resoluciones, los reglamentos y hasta la orden administrativa, cuando los destinatarios son servidores del Estado. De suerte que por medio del mandato, entiéndase como contrato o como orden, se transfieren, trasladan o delegan, total o parcialmente, esas atribuciones al mandatario, quien por el mencionado cargo las ejercita¹²⁴.

En fin, la disponibilidad jurídica no implica un contacto directo o material entre el servidor público y los bienes, por ese motivo además del empleado de manejo con disponibilidad material, pueden cometer el delito todos los funcionarios que se hallen dentro de la órbita de la administración de los bienes, entre quienes se encuentra el ordenador del gasto, por cuanto tiene disponibilidad jurídica sobre los recursos públicos¹²⁵.

La conducta se estima consumada cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple

¹²⁴ Cfr. CSJ SP, 4 oct. 1994, rad. 8729.

¹²⁵ Cfr. CSJ SP, 10 feb. 1997, rad. 11657.

la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público¹²⁶.

Es un delito de carácter instantáneo en tanto se consuma cuando el bien público es apropiado, es decir, cuando existe un acto externo de disposición de la cosa o de incorporación de ella al patrimonio, evidenciándose el ánimo de detentarla¹²⁷.

Sobre la administración de los bienes en los entes nacionales y territoriales, ha dicho la Corporación:

“En consecuencia, el resultado le es atribuible al Gobernador, con independencia de que no hubiera sido él, directamente, sino su tesorero, quien celebró las ofertas mercantiles de cesión de derechos de beneficio, (...), pues ciertamente en la medida de las distintas competencias que a cada uno asistía, se verificó el aporte necesario para la consumación del delito de peculado por apropiación. El gobernador mediante las directrices que le correspondían por ostentar la disponibilidad jurídica de los recursos, el tesorero materializando el traspaso de estos a los patrimonios autónomos, en su condición de custodio material.

Competía al procesado como gobernador la administración y custodia de los recursos, pues tales deberes dimanaban simple y llanamente de las responsabilidades que le eran anejas en el manejo de los fondos públicos, cualquiera fuese su naturaleza.

Lo primero que ha de destacarse es que mientras la Dirección Técnica de Tesorería ostenta un rol básicamente operativo y si se quiere secundario dentro de la estructura de la entidad territorial, al gobernador le compete el máximo de dirección, pues es quien traza las políticas a desarrollar por sus subalternos, tanto en punto a la gestión administrativa como a la financiera, apoyado para ello en sus secretarios sectoriales. En efecto, esa suprema dirección asignada al gobernador dimana de un conjunto de disposiciones de orden constitucional y legal, en virtud de las cuales ejerce la representación legal del departamento y además es el agente del Presidente de la República para la ejecución de las políticas económicas

¹²⁶ Cfr. CSJ SP, 10 oct. 2012, rad. 38396.

¹²⁷ Cfr. CSJ SP, 10 octubre 2001, rad. 13355.

nacionales..., ostenta la facultad de ordenación del gasto departamental, y cuenta, entre otras, con las siguientes atribuciones y deberes..., dirigir la ejecución del presupuesto y de los recursos cedidos por la nación para el beneficio del departamento”¹²⁸.

En cuanto a la administración de las entidades públicas que por lo general es amplia y compleja, la jurisprudencia viene sosteniendo:

“La administración es una actividad compleja que con frecuencia se encomienda a una persona pero que en ocasiones requiere la participación de varios. La actividad estatal con sus necesarios mecanismos de controles lleva a la conclusión de que la tarea de administrar bienes se encarga con frecuencia a un número plural de agentes. Por ese motivo, además del empleado de manejo que tiene la disponibilidad material, pueden cometer el delito todos los funcionarios que se hallen dentro de la órbita de la administración de los bienes, entre quienes se encuentra el ordenador del gasto porque éste tiene respecto de aquellos la disponibilidad jurídica”¹²⁹.

Un concepto amplio de administración supone pues, que un conjunto de individuos, dentro de una misma órbita funcional, cumplen la tarea de administrar. En estas condiciones y con relación a un mismo bien podrían cometer el delito de peculado el ordenador, el pagador, el contador, el revisor, el auditor, el almacenista, pues a todos ellos competente, dentro de los límites propios de sus atribuciones la genérica función de administrar”¹³⁰.

De igual modo, señaló que se trata de un delito de ejecución instantánea, vale decir, se consuma cuando el bien oficial es objeto de un acto externo de disposición con ánimo de apropiación¹³¹, esto es, *“cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que*

¹²⁸ Cfr. CSJ SP, 13 marzo 2013, rad. 37858.

¹²⁹ Cfr. CSJ SP, 2 oct. 1997, rad. 11657.

¹³⁰ Cfr. CSJ SP647-2017, 43044.

¹³¹ CSJ. AP. Rad. 38188 de 18 abril de 2012.

impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público”¹³².

5.4.1 Tipo objetivo

Según la acusación WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA en calidad de servidor público como secretario de infraestructura y por la delegación deferida por el gobernador de entonces mediante Decreto 00619 de 2 de junio de 2011¹³³ para adelantar las etapas precontractual, contractual y poscontractual de los contratos que se celebraran para la ejecución de los recursos asignados por el Fondo Nacional de Calamidades – Subcuenta Colombia Humanitaria, desplegó el comportamiento por el que se lo acusa.

Precisó que su activa intervención en el trámite contractual que terminó con la suscripción del convenio 00177 de 2011 *“fue determinante para llevar a cabo los actos de disposición jurídica de los recursos públicos provenientes del Fondo Nacional de Calamidades – Subcuenta Colombia Humanitaria, y en consecuencia podía comprometer dichas partidas presupuestales mediante la celebración de contratos”*.

En ejercicio de tales calidades fue que CARRILLO MENDOZA dispuso jurídicamente del patrimonio estatal en cuantía de \$242.173.590 al ordenar incluir el rubro por concepto de AIU, inicialmente calculada en \$338.172.954, es decir el 30 % del valor del contrato.

¹³² CJS. SP18532-2017. Rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.

¹³³ Artículo décimo tercero.

Según el cargo, aunque el aforado no tenía facultades para suscribir o celebrar contratos sí tenía la disposición jurídica, ya que por virtud de la delegación conferida intervino en la celebración del acto de disposición al adelantar el trámite y preparado la minuta del convenio, a través de lo cual dispuso de los recursos públicos que finalmente terminaron en manos de terceros.

Sobre el tema, citó la acusación la sentencia del 31 de agosto de 2006 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dentro del radicado 4033, que reiteró la jurisprudencia expuesta en fallo 3867 de 3 de febrero de ese año, cuando expuso:

*[...] esta Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular. De esta manera, **la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa.** (Énfasis agregado).*

A este criterio añadió uno de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en un razonamiento ampliado sobre el alcance del concepto de lo que debe entenderse por “intervenir” en la celebración de contratos estatales, siguiendo la reiterada línea de opinión trazada al respecto en sentencia de 13 de abril de 2021, radicado 03518-01.

En consecuencia, considerando su activa intervención en el trámite precontractual del convenio de asociación, incluida la

suscripción de los actos administrativos previos a su celebración; la selección de la modalidad contractual a desarrollar, y la inclusión del rubro de \$338.172.954 equivalente al 30 % del valor del contrato por concepto de AIU, inadmisibles por no aplicar este concepto a los convenios de asociación; estimó alcanzado el detrimento patrimonial del Estado.

La defensa por su lado, alegó que la inclusión de la AIU no puede calificarse de “irregular” porque fue el ingeniero Contreras Roa quien lo propuso con base en una visita al lugar de la obra, datos históricos y tablas de precios unitarios sin presión alguna, atendiendo que en principio el presupuesto se estructuró para un contrato de obra, pero de todas maneras el componente de “utilidad” fue excluido por el acta de modificación de cantidades de obra núm. 1, lo que en su opinión descarta una intención fraudulenta, además de la ausencia de evidencia de que el procesado hubiera intervenido en la preparación del presupuesto y en la fijación del rubro por AIU.

Solicitó, además, absolución por este cargo por inexistencia de apropiación, por no obrar evidencia de la sustracción de bienes del Estado, ni que el procesado hubiera sugerido alguna acción que diera lugar a la pérdida de dinero público.

Aduce que la imputación por la inclusión del 30 % por concepto de AIU carece de soporte “fáctico, técnico y jurídico”, porque el acusado no intervino en la estructuración del presupuesto, ya que esto correspondía a la “responsabilidad

autónoma” de los profesionales de la secretaría y la AIU venía incluido en los formatos suministrados por Colombia Humanitaria y el Departamento Nacional de Planeación y si no se diligenciaba el proyecto era rechazado.

De cualquier manera, señaló, el rubro de “utilidad” fue eliminado mediante Acta de Modificación de Cantidades núm. 1 de 3 de octubre de 2011, acción legalmente válida, y, en ultimas, no se ejecutó ni pagó como dijo el interventor Francisco Barajas.

Sobre el tipo objetivo, debe la Sala empezar por señalar que revisada la actuación y efectuado el correspondiente análisis, contrario a lo sostenido por la acusación, la inclusión del valor de \$338.172.954, equivalente al 30 % por concepto de AIU, dadas las circunstancias objetivas advertidas al momento de estudiar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, como ampliamente se explicó anteriormente no puede considerarse irregular y por contera generadora del supuesto detrimento patrimonial, dado que habiéndose celebrado un verdadero contrato de obra pública, como se probó, independientemente de la denominación que se le dio, resultaba jurídicamente válido adicionar al valor del mismo un rubro por concepto de AIU, como efectivamente se hizo.

Lo anterior por cuanto el cargo de peculado por apropiación debe analizarse de cara al negocio jurídico real y materialmente celebrado, es decir, de cara a los elementos del contrato de obra y no de un “convenio de asociación” como equivocadamente lo hizo la acusación.

Si como se aprecia, este cargo se sustentó exclusivamente en el supuesto sobrecosto derivado de la inclusión del valor adicional por concepto de AIU equivalente al 30 % de los costos directos de la obra, que inicialmente se fijó en \$338.172.954 y luego se redujo a \$242.173.590, que es ajeno a los convenios asociativos celebrados por las entidades públicas, y demostrado como fue que materialmente se suscribió y realizó fue un contrato de obra pública con alcance conmutativo y, por tanto, con prestaciones recíprocas, que por su naturaleza generan costos por administración, imprevistos y utilidad, la inclusión de dicho rubro cuestionado era legal, por lo que la supuesta irregularidad con su inclusión desaparece y por contera el supuesto detrimento patrimonial del erario.

Es clara la inexistencia de un sobrecosto al incluirse la AIU porque la obra en realidad se cumplió conforme al objeto del convenio de Asociación 000177 *“ejecutar las obras para la reconstrucción de acceso y protección de estructura del puente Puerto León departamento de Norte de Santander, de conformidad con el proyecto presentado y aprobado por el Departamento ante el Fondo Nacional de Calamidades (...)”*, como lo revela la descripción y cantidades allí establecidas: pilotes de 10 m hincados, tubería de 4 pulgadas; hexápodos de 0.8 ml de lado; gaviones en malla eslabonado TT y piedra, bolsacretos; rellenos con material seleccionado; y dragado de río por valor de \$1.127243.180, por costos directos más el 30 % por gastos de administración, imprevistos y utilidad AIU, equivalente a \$338.172.954 como costos indirectos para un total de \$1.465.416.134, suma de la que finalmente se

ejecutaron \$1.356.616.345, incluidos los costos indirectos (AIU) por \$313.066.310 y no causado de \$108.799.789¹³⁴.

Cifras que se encuentran contenidas en el anexo al Acta de Recibo No. 01 y Final de la obra de 23 de marzo de 2012, suscrita por el gobernador y el secretario de infraestructura entrantes, el interventor y el representante legal de Asocarbón¹³⁵.

En la documentación puede apreciarse que su valor final por tratarse de un verdadero contrato de obra pública tuvo en cuenta no solamente los costos directos de la obra, sino los indirectos que ascendieron a \$313.065.310 por administración (29 %) e imprevistos (1 %) y utilidad (0).

Estas circunstancias, contrario a lo sostenido en la acusación y partiendo del hecho de que se trató de un contrato de obra pública cuya ejecución no ha sido puesta en duda y está probada en el proceso, impiden a la Sala concluir que el hecho de incluir un rubro por concepto de AIU para el cumplimiento de su objeto, pese a haberse escogido ilegalmente un convenio de asociación, constituya *per se* un detrimento patrimonial de los recursos de Colombia Humanitaria, pues en contraste, se demostró y se reitera que lo realmente realizado fue un contrato de obra pública, acorde con la descripción de su objeto, que por su naturaleza jurídica podía incluir la partida para gastos de administración,

¹³⁴ Cf. cuaderno anexo 9 Sala Especial de Instrucción a folios 300 y siguientes Acta de Liquidación de Convenios.

¹³⁵ Cf. cuaderno anexo 10 Sala Especial de Instrucción a folio 415 y siguientes.

imprevistos y utilidad, cuya ejecución pudo constatarse con las actas finales de obra.

En síntesis, contrario a lo sostenido en los cargos la inclusión del rubro por AIU en el presupuesto que soportó la ejecución del convenio de asociación para la reconstrucción del puente Puerto León no puede considerarse un detrimento patrimonial porque dicho rubro es propio de la naturaleza jurídica de los contratos de obra que fue en últimas el objeto de la ejecución contractual.

En otros términos, habiéndose celebrado material, aunque no formalmente, un verdadero contrato de obra pública y ejecutado su objeto, independientemente de la denominación dada, no es posible afirmar la apropiación de dineros públicos sobre la base de la inclusión del rubro por concepto de AIU, cuando éste es de la esencia de este tipo de contratos y la ejecución de la obra se demostró, por tanto, la conducta de peculado deviene atípica objetivamente.

En consecuencia, la Sala dispondrá la absolución de WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA por atipicidad objetiva del delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

6. DOSIFICACIÓN PUNITIVA

Siendo la conducta por la que se condenará ejecutada por el procesado típica, antijurídica y culpable, se prevé como consecuencia una sanción punitiva, la que se establecerá

conforme a los criterios de dosificación instaurados por el legislador y por la jurisprudencia.

6.1 Pena de prisión

En cuanto al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (artículo 410 del Código Penal) la pena aplicable, sin el aumento de la Ley 890 de 2004, excluido expresamente en la acusación¹³⁶, oscila entre 48 y 144 meses de *prisión*. El ámbito de movilidad es de 24 meses¹³⁷. Los cuartos son: el primero va de 48 a 72 meses; los dos cuartos medios van de 72 meses más un día a 96 meses y de 96 meses más un día a 120 meses; y el cuarto máximo de 120 meses un día a 144 meses.

En la acusación, la Sala de Instrucción de esta Corporación imputó respecto de este delito la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 10 del artículo 58 del Código Penal¹³⁸, porque *“en este caso el sindicato realizó presuntamente las conductas punibles atribuidas valiéndose de la intervención de otras personas para lograr su propósito, como está demostrado, pues el actual congresista CARRILLO MENDOZA contó con activa participación, al parecer del gobernador del departamento de Norte de Santander, circunstancia que como es obvio, en este caso hubo una participación plural de personas para la realización de los distintos comportamientos punibles, actuación que se aviene a la circunstancia señalada en el numeral 10 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, atinente al «obrar en coparticipación criminal» la cual será deducida en el pliego acusatorio”*.

¹³⁶ Pág. 57 de la resolución de acusación.

¹³⁷ $144 - 48 = 96$. $96 \div 4 = 24$ meses.

¹³⁸ Pág. 161 de la resolución de 22 de septiembre de 2022 de la Fiscalía por la cual resolvió el recurso de reposición contra la calificación del sumario.

En este caso opera esta circunstancia de mayor punibilidad, pues como se dijo al tratar el asunto de la coautoría, el resultado fue producto del acuerdo que desde el principio hizo el procesado con Asocarbón para finalmente adjudicarle el contrato en la modalidad de convenio, lo que permite concluir que éste contó con la participación de varias personas para la realización de la conducta.

La Sala reconocerá en favor del procesado la circunstancia de menor punibilidad del num. 1 del artículo 55 del Código Penal, esta es, la carencia de antecedentes penales, toda vez que hay constancia en el expediente a folio 196 del cuaderno núm. 2 de la Sala, expedida por la autoridad competente que consultada la información sistematizada de antecedentes penales y/o anotaciones, así como órdenes de captura de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol (DIJIN), la cédula de ciudadanía 88211843 a nombre de WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA no aparece registrada en el sistema de información criminal.

Sigue ahora ubicar el cuarto de movilidad en que ha de establecerse la pena a imponer atendiendo los criterios previstos en el inciso segundo del artículo 61 del Código Penal, que, para el caso, teniendo en cuenta que obran circunstancias de mayor y menor punibilidad, la movilidad debe ubicarse en los cuartos medios.

Siguiendo la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal y la nuestra, *se deberán escoger los cuartos medios (segundo cuarto de punibilidad – SCP- o tercer cuarto de punibilidad –TCP-) cuando*

*concurran simultáneamente circunstancias genéricas de punibilidad del artículo 55 y 58 del C.P. (el número, la naturaleza y gravedad de las mismas determinará si se aplica el segundo –SCP- o el tercer cuarto de punibilidad –TCP-)*¹³⁹.

No se trata entonces de una elección discrecional como sí sucede cuando el juez decide si aplica o no el mínimo punitivo, pues en este caso su intervención se limita a verificar si en la acusación se incluyeron circunstancias de menor y mayor punibilidad, para luego con el criterio indicado seleccionar el cuarto correspondiente.

Solo así podría explicarse que el legislador al determinar los límites legales de punición una vez fijadas las sanciones mínima y máxima, hable de cuartos medios y no de un cuarto intermedio, precisamente buscando que por criterios objetivos se determine cuál de esos dos cuartos medios es el que corresponde al caso concreto.

En este mismo sentido, siguiendo con el criterio del legislador y la finalidad que animó la necesidad de determinar objetivamente los cuartos de movilidad punitiva, no puede pasarse por alto cómo para efectos de adscribir la pena en el escenario del cuarto mínimo, claramente se remite a la existencia de únicamente circunstancias de menor punibilidad; y respecto del cuarto máximo, señala como parámetro el que solo existan circunstancias de mayor punibilidad; de lo que se sigue que la definición de cuál de los cuartos medios ha de ser el aplicable a un caso concreto surge necesariamente del criterio

¹³⁹ CSJ. SP338-2019, radicado 47675 de 13 de febrero de 2019.

objetivo referido a la combinación cuantitativa y cualitativa de circunstancias de mayor y de menor punibilidad.

En este orden de ideas, si en el presente caso fueron deducidas una circunstancia de menor punibilidad y otra de mayor agravación, esto determina no solo que la pena debe ubicarse en uno de los cuartos medios de movilidad punitiva, sino también que específicamente procede en el segundo cuarto medio, conclusión a la que llega la Sala luego de sopesar la indiscutida gravedad del daño social producido por haberse servido de otras personas para garantizar el éxito de su acción criminal con el hecho de la carencia de antecedentes que más que una virtud es un deber de las personas y particularmente de los servidores públicos de ajustar su comportamiento a las normas aceptadas de conducta social.

Ahora, tomando en cuenta los criterios establecidos en el inciso 3 del aludido artículo 61, la gravedad de la conducta, el daño real causado a la administración pública y a la comunidad en general, la máxima importancia del cargo que ocupaba el procesado en el departamento, la máxima intensidad del dolo en la comisión del punible que se vislumbra con el accionar premeditado, minuciosamente planificado y perfectamente ejecutado, la necesidad de la pena para que esta clase de conductas no quede impune por el enorme perjuicio y pésimo mensaje que envían al conglomerado social, que cada día cree menos en las instituciones; para efectos de la tasación de la pena de prisión debe situarse para empezar en el segundo cuarto medio, por la gravedad de la circunstancia de mayor punibilidad frente a la de menor punibilidad, y tomando

además en cuenta la afectación en todos los órdenes causada con esta conducta, la necesidad de la pena y las funciones resocializadora y preventiva que cumpliría en este caso; estima la Sala que el mínimo del segundo cuarto medio debe aumentarse en tres (3) meses más, equivalente a una proporción del 12.5 % respecto del rango de movilidad, por tanto, la pena de prisión por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se fija en noventa y nueve (99) meses más un (1) día teniendo en cuenta los criterios previstos en el inciso 3º del artículo 61 del Código Penal, de cara a las particularidades que rodearon la ejecución de la conducta¹⁴⁰.

6.2 Pena de multa

La *multa* es de 50 a 200 SMLMV. El ámbito de movilidad es de 37.5 SMLMV¹⁴¹. El primer cuarto va de 50 a 87.5; los medios de 87.51 a 125.01 y de 125.02 a 162.52; y el último de 162.53 a 200 SMLMV.

Teniendo en cuenta las mismas razones expuestas para la pena de prisión y la misma proporción aplicada, además de los criterios del artículo 39-3 del CP, como el grave daño causado con el delito, el carácter ostensiblemente doloso de la conducta, el beneficio reportado con el mismo, la suficiente capacidad económica del procesado que actualmente y desde hace ya casi doce años percibe salario de congresista, uno de los más altos de los servidores públicos y el monto de la multa

¹⁴⁰ Cf. CSJ. rad. No. 45099; y, CSJ SP 30 ab. 2014, rad. 41350, entre otras.

¹⁴¹ $200 - 50 = 150 \div 4 = 37.5$ SMLMV.

individualizada, permiten razonablemente asumir que se encuentra en condiciones de pagarla, la Sala a partir del mínimo del segundo cuarto medio impondrá una pena de multa por este punible de ciento veintinueve punto siete (129.7) SMLMV para la época de los hechos¹⁴², que se deberá consignar a nombre del Ministerio de Justicia y del Derecho según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 6 de la Ley 2197 de 2022.

6.3 Pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

La *inhabilitación* va de 60 a 144 meses. El ámbito de movilidad es de 21 meses¹⁴³; los cuartos van: de 60 a 81 meses; de 81 meses más un día a 102 meses; de 102 meses más un día a 123 meses; y, de 123 meses más un día a 144 meses.

Ahora bien, tomando en cuenta los criterios establecidos en el aludido artículo 61, reseñados al momento de señalar la pena de prisión, para efectos de la tasación de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas debe situarse para empezar en el mínimo del segundo cuarto medio, y dadas las circunstancias anteriores y la proporción aplicada para la pena de prisión, la Sala impondrá por este delito, la pena de inhabilitación de ciento cuatro punto sesenta y dos (104.62) meses más un (1) día¹⁴⁴, o lo que es lo mismo 104 meses y 19 días.

¹⁴² $125.02 + 4.68 = 129.7$ SMLMV.

¹⁴³ $144 - 60 = 84$. $84 \div 4 = 21$ meses.

¹⁴⁴ 102 meses más un (1) día + 2.62 meses = 104.62 meses más un (1) día

7. DE LOS MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

Tratándose de delitos cometidos contra la administración pública, el artículo 68A del Código Penal prohíbe la concesión de beneficios y subrogados penales.

Sin embargo, tal preceptiva fue incluida en el ordenamiento penal por las Leyes 1453 y 1474 de 2011; 1709 de 2014; y, 1773 de 2016, vigentes con posterioridad a la fecha de los hechos que aquí conciernen, razón suficiente para no aplicar la citada prohibición; por lo tanto, es imperativo el estudio de los subrogados penales de cara al cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador para la fecha de comisión de los hechos, tal como lo viene aplicando esta Corporación en casos similares en relación con delitos contra la administración pública antes de la vigencia de las citadas normas¹⁴⁵.

7.1 Suspensión condicional de la ejecución de la pena

El artículo 63 del Código Penal, al referirse a la suspensión de la ejecución de la pena señala que ésta se suspenderá por un período de dos a cinco años de oficio o a petición del interesado, cuando la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.

En este caso, atendiendo que la pena de prisión a imponer en su caso de 99 meses y 1 día supera ampliamente el límite

¹⁴⁵ Cf. CSJ. SP1785-2019. Radicado 55124.

máximo de tres años señalado en la norma, la Sala negará a CARILLO MENDOZA la concesión de este beneficio.

7.2 Prisión domiciliaria

Para el caso este instituto debe estudiarse con base en el texto del artículo 38 de la Ley 599 de 2000 con la reforma de la Ley 1453 de 2011 por estar vigente para la época de los hechos.

De conformidad con dicho artículo 38, la prisión domiciliaria como sustituta de la pena privativa de la libertad procede, entre otros, cuando la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.

Aunque el procesado CARRILLO MENDOZA cumple con el requisito objetivo por la cuantía de la pena mínima prevista en la ley para el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, este se encuentra excluido del beneficio por virtud del artículo 28 de la citada Ley 1453 que lo hace improcedente y por esa razón le será negado este subrogado.

8. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

Negados los subrogados penales, el condenado purgará la pena privativa de la libertad intramural, para el efecto, se solicitará su captura a través de los organismos de seguridad del Estado cuando la sentencia se encuentre en firme de acuerdo con el canon 188 de la Ley 600 de 2000¹⁴⁶:

¹⁴⁶ Cf. Criterio adoptado en CSJ SP6809-2016, rad. 40605.

ARTICULO 188. CUMPLIMIENTO INMEDIATO. *Las providencias relativas a la libertad y detención, y las que ordenan medidas preventivas, se cumplirán de inmediato.*

Si se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva.

Criterio decantado por esta Corporación en CSJ., SP.
Radicado 28918 de 20 enero de 2008:

10. La ejecución de la sentencia¹⁴⁷:

Ante las omisiones reiteradas de los jueces en materia de ejecución de la sentencia, recuerda la Sala que en la sistemática procesal anterior (Ley 600 de 2000, artículo 188) la pena privativa de la libertad se ejecutaba desde el momento en que se profería la sentencia, pero cuando se trataba de una persona a quien se le negaba el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y ésta se encontraba gozando de una libertad provisional, era necesario esperar la ejecutoria del fallo para ordenar su captura¹⁴⁸.

Tesis reiterada en CSJ, AP3329-2020, rad. 56180 y CSJ, SP2038-2019, rad. 53651, entre otras, al determinar que el canon 188 de la Ley 600 de 2000 señala que, si al procesado no le fue impuesta medida de aseguramiento su aprehensión solo se ordenará hasta cuando quede en firme la sentencia¹⁴⁹.

En el presente evento, al procesado CARRILLO MENDOZA la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia

¹⁴⁷ Se citó: “Se reitera el criterio desarrollado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 15 de septiembre de 2004, radicación 19948”.

¹⁴⁸ Por ejemplo, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 20 de mayo de 2003, radicación 18684.

¹⁴⁹ Cf. CSJ SP2544-2020, rad. 56691. En caso contrario, si se niega la suspensión de la ejecución de la pena y en el curso del proceso se dicta contra el procesado medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, procede la captura inmediata, situación que no sucede en el presente evento.

en AEI00094-2021 de 6 de mayo de 2021, se le definió situación jurídica sin que se le hubiera impuesto medida de aseguramiento de detención preventiva.

9. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

De acuerdo con lo estipulado por el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso en que se haya acreditado la existencia de perjuicios con fuente en la conducta punible el juez procederá a liquidarlos con arreglo a lo demostrado en el proceso y en el fallo condenará al responsable a indemnizar los daños causados con el injusto penal. Adicionalmente, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho, si a ello hubiere lugar¹⁵⁰.

El artículo 94 del Código Penal dispone que la conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de ella a la víctima o a los ofendidos, como el deber de restituir las cosas al estado en que se encontraban en el momento anterior a la comisión del delito, cuando ello fuere posible¹⁵¹.

De conformidad con el artículo 6º de la Ley 610 del 2000 se entiende por daño patrimonial del Estado la lesión del patrimonio público por el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna. Ese daño patrimonial

¹⁵⁰ Cf. CSJ SP18532-2017, rad. 43263.

¹⁵¹ Cf. *Ibidem*

(material) se refleja, para efectos de cuantificación, en los conceptos de daño emergente y lucro cesante, que derivan de la legislación civil.

El artículo 1613 del Código Civil determina que la indemnización de perjuicios comprende los conceptos de *daño emergente* y *lucro cesante*. El primero, consiste en el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y el segundo, en la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de haberse eludido la obligación¹⁵².

La fijación de tales montos exige la indexación, que consiste en traer a valor presente la suma no pagada, es decir, se aplica un procedimiento para ajustar el valor al presente de tal forma que no pierda su capacidad adquisitiva. Surge como una repuesta al fenómeno propio de la depreciación de la moneda, con el fin último de que ésta conserve su poder adquisitivo con el paso del tiempo, de tal manera que, en aplicación de principios como los de equidad, justicia, reciprocidad, integridad del pago y reparación integral del daño, el acreedor esté protegido contra los efectos nocivos del paso del tiempo¹⁵³.

Comoquiera que de acuerdo con el avalúo pericial y su aclaración¹⁵⁴ el hecho generador para determinar los daños y perjuicios lo constituyó la suma de \$242.173.590 que no debió

¹⁵² Código Civil, artículo 1614.

¹⁵³ Cf. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado 1564.

¹⁵⁴ Cuaderno 2 de la Sala a folio 346 y cuaderno 3 *ibidem* a folio 443, respectivamente.

entregarse a Asocarbón bajo la figura de AIU, y como se sabe por ese hecho se absolverá al procesado por no constituir irregularidad reprochable y por ende tampoco delito de peculado, además de que respecto del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales no se acreditó que hubiera producido esta clase de daños, la Sala se abstendrá de condenar en perjuicios al acusado WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA.

10. DE LAS COSTAS PROCESALES

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 56 de la Ley 600 de 2000 y 365 del Código General del Proceso, la Sala debe pronunciarse sobre la condena en costas procesales: *(i)* expensas y *(ii)* las agencias en derecho; si a ello hubiere lugar¹⁵⁵.

Las costas del proceso son las erogaciones económicas que debe asumir la parte vencida que se componen de las expensas y las agencias en derecho. Las primeras son los gastos que se requieren para el juicio, diferente a los honorarios de abogados, por ejemplo, el pago hecho a peritos, gastos de fotocopias, viáticos de desplazamientos; en tanto que las agencias en derecho son los gastos hechos por la parte triunfante para ejercer la defensa judicial en el proceso como son los honorarios pagados al abogado, deben ser declaradas a favor de la parte demandante, y se determinan de acuerdo con lo establecido en el artículo 366-4 de la Ley 1564 de 2012, que

¹⁵⁵ La Sala en SP00057-2021, radicado 00026 de 10 de junio de 2021, hizo lo propio.

remite a las tarifas previstas por el Consejo Superior de la Judicatura.

En el presente caso, como la víctima no se constituyó en parte civil durante el trámite del proceso no se condenará al pago de expensas ni agencias en derecho.

En firme esta sentencia, expídanse las copias de que tratan los artículos 469 y 472 del Código de Procedimiento Penal, aplicado.

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

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

11. RESUELVE

PRIMERO. ABSOLVER a WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA de condiciones civiles y personales conocidas del punible de peculado por apropiación en favor de terceros agravado, de acuerdo con lo motivado.

SEGUNDO. DECLARAR a WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, de condiciones civiles y personales conocidas como coautor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de

requisitos legales, en consecuencia, se dispone condenarlo a las penas de noventa y nueve (99) meses más un (1) día de prisión; multa de ciento veintinueve punto siete (129.7) SMLMV para la época de los hechos e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ciento cuatro (104) meses más diecinueve (19) días, con fundamento en las consideraciones expuestas.

TERCERO. ABSTENERSE de condenar a WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA a pagar daños y perjuicios, de acuerdo con la motivación.

CUARTO. ABSTENERSE de condenar a WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA por concepto de agencias en derecho, según lo motivado.

QUINTO. NEGAR a WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la pena privativa de la libertad por la prisión domiciliaria.

SEXTO. En firme la sentencia, líbrese la orden de captura en contra del condenado con el fin de ejecutar la sentencia impuesta, de acuerdo con lo señalado.

SÉPTIMO. Una vez ejecutoriado este fallo, remítase la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad – Reparto, para lo de su cargo.

OCTAVO. REMITIR por secretaría las copias del fallo a las autoridades que alude el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal.

NOVENO. Contra esta sentencia procede el recurso de apelación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario