



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

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA

Magistrada Ponente

SEP138-2026

Radicado N.º 45415

CUI 11001020400020150030301

Acta 90

Bogotá, D. C., siete (7) de octubre de dos mil veintiséis (2026).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Finalizada la audiencia pública de juzgamiento y no advirtiéndose causal de nulidad, procede la Sala a dictar sentencia en este proceso seguido en contra de WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, actual senador de la República¹, a quien la Sala Especial de Instrucción acusó cuando ostentaba la condición de representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Norte de Santander², por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso con peculado por apropiación en favor de terceros agravado por la cuantía,

¹ Cf. Senado de la República de Colombia, «Senadores», perfil institucional de WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, periodo 2026-2030, <https://www.senado.gov.co/index.php/el-senado/senadores> (consulta: 23 de agosto de 2026).

² Constancia del secretario de la Cámara de Representantes sobre la condición de representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Norte de Santander. Folio 194 del cuaderno 1 de la Sala de Instrucción.

cometidos cuando se desempeñaba como secretario de infraestructura del departamento de Norte de Santander.

II. HECHOS

1. Según la acusación, WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, en calidad de secretario de infraestructura del Departamento de Norte de Santander tramitó, celebró y liquidó el contrato de obra 01442 de 27 de agosto de 2010 con la Unión Temporal Arboledas 2010³, cuyo objeto consistió en realizar obras de «MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO DE LA VÍA SALAZAR-ARBOLEDAS, MUNICIPIO DE ARBOLEDAS, DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER, según la propuesta presentada el 10 de agosto de 2010, los pliegos de condiciones, el proyecto identificado con el código SEPPI 2010-054000-0173 y el presente contrato».

2. De acuerdo con el contrato, su objeto comprendía en las cantidades y valores indicados: 1. Excavaciones en conglomerado; 2. Excavaciones sin clasificar; 3. Concreto reforzado de 21 MPa para muros y *box culvert*; 4. Acero de refuerzo; 5. Rellenos compactados en material granular incluye transporte; 6. Construcciones en muros en gaviones, mall TT, piedra rajón y geotextil; 7. Construcción de alcantarillas D=36", incluye tubo, atraques ccto (sic) para poceta y pantalla de salida; 8. Filtros en geodrén tipo ADS, incluye excavación y relleno; 9. Cunetas en concreto de 21 MPa, incluye excavación y replanteo; 10. Mejoramiento de subrasante a máquina con adición de

³ Integrada por Mavicol Ltda., representada legalmente por Carlos Fernando Prada Rey, con una participación del 99 %, y Retromáquinas S. A., representada legalmente por Pedro Luis Barriga Peñaranda y una participación del 1 %.

material $e=0,15$ m; 11. Subbase granular compactada $e=0,15$ m; 12. Base granular compacta $e=0,20$ m; 13. Imprimación en emulsión asfáltica; 14. Carpeta asfáltica $e=0,07$ m; 15. Transporte de material; 16. Manejo de aguas, todo por un valor total de \$2.650.000.000⁴.

3. El costo del contrato se financió con recursos provenientes del rubro 2.2.3.11.10 Convenio interadministrativo 2596 de 2009 celebrado entre la Dirección General del Instituto Nacional de Vías -Invías- y el Departamento de Norte de Santander, según certificado de disponibilidad presupuestal 000438 de 19 de enero de 2010 expedido por la Secretaría de Hacienda del departamento.

4. Sometido el contrato a auditoría por parte de la Gerencia Departamental Colegiada de Norte de Santander de la Contraloría General de la República, encontró varios hallazgos con incidencia penal que trasladó a la Fiscalía General de la Nación para su investigación.

5. Los hallazgos se refieren a la existencia de graves irregularidades en el trámite, celebración y liquidación del contrato por parte de CARRILLO MENDOZA, en su condición de secretario de infraestructura, quien había sido delegado con plenas facultades para adelantar el proceso contractual en todas sus fases mediante Decreto 0115 de 24 de abril de 2009 del gobernador⁵.

⁴ Costos directos: \$2.038.461.538; administración: 13 % \$265.000.000; imprevistos: 12 % \$244.615.385; utilidad: 5 % \$101.923.077.

⁵ Cuaderno 1 de la Sala Especial de Instrucción a folio 56: "ARTÍCULO PRIMERO: deléguese la competencia para expedir los actos administrativos, realizar estudios y demás documentos relativos a la actividad precontractual, contractual y poscontractual y celebrar

6. La primera de las irregularidades consistió en que en el marco de evaluación financiera del proceso de Licitación Pública LP-SI-003-2010 se certificó que la Unión Temporal Arboledas 2010 estaba habilitada para continuar con el proceso⁶, por cumplir con el índice de liquidez, el nivel de endeudamiento y los ingresos operacionales exigidos en el pliego de condiciones, cuando en realidad la información aportada por el proponente no fue consistente ni coherente en ese aspecto.

7. La segunda irregularidad apuntó a la deficiencia en la elaboración de estudios previos que se hizo evidente por las cuatro modificaciones que se hicieron al contrato, que implicaron variaciones en las cantidades de obra y la exclusión de varios ítems inicialmente contratados, lo cual trajo como resultado que el contrato original se modificara en un poco más del 70 %.

8. La tercera irregularidad con incidencia penal se refirió a que Carlos Fernando Prada Rey, en condición de representante legal de la unión temporal contratista con autorización del procesado subcontrató la mayor parte de la obra con la empresa Mavicol Ltda., de la que a su vez era representante legal, actuando en esa doble condición. El subcontrato incluyó cuatro ítems del contrato original por valor de \$976.125.000 por los cuales se pagaron precios unitarios inferiores a los pactados en el contrato principal, resultando una diferencia a favor del contratista de \$102.756.230, generándose un detrimento patrimonial para el erario departamental por esta cuantía.

los contratos sin consideración a la cuantía, en los secretarios de despacho de la Gobernación de Norte de Santander⁹

⁶ Cuaderno 4 Sala de Instrucción a folios 55 y siguientes y cuaderno 7 *ibidem* a folio 162.

9. La cuarta irregularidad acaecida en la fase de liquidación del contrato se evidenció porque en el acta respectiva se hizo constar que los trabajos se recibieron a satisfacción, a pesar de que la firma contratista no ejecutó la pavimentación del tramo de la vía intervenida que estaba incluido en el objeto contractual, y tampoco se indicó el trámite impartido al cobro de una multa al contratista de \$56.734.879 por incumplimiento de la ejecución de los trabajos, cantidad que se estimó como detrimento patrimonial.

III. IDENTIDAD DEL PROCESADO

10. 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 familia, reside en el municipio de Villa del Rosario, y en Bogotá D.C.; de profesión arquitecto con posgrado en administración de la construcción, fue representante a la Cámara por el departamento de Norte de Santander a partir del año 2014 y actualmente es senador de la República para el periodo constitucional 2026-2030.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

4.1 Previa a la calificación

11. Mediante auto de 11 de marzo de 2015, la Sala Tercera de Instrucción de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema

de Justicia⁷, acreditada la calidad foral del denunciado WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, en su otrora condición de representante a la Cámara, con base en el artículo 322 de la Ley 600 de 2000 dispuso la apertura de investigación previa y la práctica de pruebas.

12. Por auto de 8 de octubre de 2018, la Sala Tercera de Instrucción remitió la actuación a la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, creada por el Acto Legislativo 01 de 2018, por pérdida de competencia, en razón a que a partir de esa fecha tomaron posesión de sus cargos los magistrados que la integran.

13. A través de proveído AEI00256-2021 de 14 de octubre de 2021, de conformidad con el artículo 331 de la Ley 600 de 2000, la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, dispuso la apertura de instrucción contra el representante a la Cámara de Norte de Santander, WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, en calidad de presunto autor responsable de los punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

14. En esa misma decisión dispuso vincular mediante indagatoria al aforado.

⁷ Previo a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018, y en cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia C-545 de 28 de mayo de 2008, la Corte Suprema de Justicia modificó su reglamento mediante el Acuerdo 001 de 19 de febrero de 2009, con el fin de separar las funciones de investigación y juzgamiento en los procesos seguidos contra aforados por conductas cometidas a partir del 29 de mayo de 2008. Para ello dispuso que tres magistrados se encargaran de la instrucción y que los seis restantes asumieran la fase de la causa.

15. La Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia mediante proveído AEI00218-2022 de 8 de septiembre, resolvió la situación jurídica de WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, en su condición de secretario de infraestructura del departamento de Norte de Santander, atribuyéndole las conductas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros como presunto autor responsable conforme a los artículos 410 y 397 de la Ley 599 de 2000 modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

16. No obstante, la Sala se abstuvo de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva por la ausencia de los fines constitucionales que la justificaran.

4.2 Resolución de acusación

17. De conformidad con lo previsto en los artículos 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, mediante proveído de AEI00308-2022 de 7 de diciembre de 2022, calificó el mérito sumario, cuya competencia justificó por ser el procesado representante a la Cámara 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.

18. Comenzó la Sala instructora por declarar que se reúnen los presupuestos del artículo 397 de la Ley 600 de 2000 para

proferir resolución acusatoria en contra del enjuiciado WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA por los punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en provecho de un tercero, por satisfacerse el estándar de conocimiento probatorio suficiente para esto.

19. Luego de hacer referencia al prolijo material documental y testimonial probatorio, en particular a los múltiples y densos informes de policía judicial que dan cuenta pormenorizada del trámite impartido al contrato 01442 de 2010, y a los testimonios de quienes de alguna manera intervinieron en este, incluida la versión injurada del indagado, en la que se declaró ajeno a los hechos e insistió en que su gestión se ciñó a las normatividad imperante, atribuyó al procesado la presunta comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso con el punible de peculado por apropiación en favor de terceros agravado por la cuantía con la modificación punitiva del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, ambos cometidos a título de dolo.

20. Al abordar la materialidad de las conductas comenzó por destacar la condición de servidor público del encartado para la fecha de los hechos que dio por probada con el Decreto 04 de 2 de enero de 2008 expedido por el gobernador William Villamizar Laguado, quien lo designó secretario de infraestructura y la certificación de 13 de abril de 2015 de la Secretaría General de la Gobernación que hace constar que CARRILLO MENDOZA se desempeñó como tal entre el 2 de enero de 2008 y el 25 de diciembre de 2011.

21. Destacó al mismo tiempo que por Decreto 0115 de 24 de abril de 2009, recibió del gobernador amplias facultades para expedir actos administrativos, realizar estudios y demás documentos relativos a la actividad precontractual, contractual y poscontractual y celebrar contratos, sin consideración a la cuantía.

22. La delegación además le confirió atribuciones para la conformación de los comités de evaluación de los procesos contractuales y para solicitar los certificados de disponibilidad presupuestal ante la Secretaría de Hacienda previo visto bueno de control de la Secretaría General una vez reuniera los requisitos de ley.

23. De lo anterior concluyó la acusación que los delitos investigados tienen como probable autor responsable al procesado, quien estuvo a cargo de la dirección, control, vigilancia y seguimiento del contrato de marras.

24. En relación con el trámite de la contratación, señaló la acusación que se acreditó que: el procesado suscribió el documento denominado «Estudio previo y solicitud de contratación» de 19 de enero de 2010 denominado «Mejoramiento de la vía Salazar-Arboledas, Norte de Santander»; solicitó a la Cámara de Comercio de Cúcuta el registro de la licitación pública; emitió el acta de convocatoria pública de 16 de julio de 2010; suscribió el «Prepliego de condiciones» que describe el contenido y alcance de la obra; firmó el «Acta de audiencia pública de revisión de asignación de riesgos previsibles»; ordenó la apertura de la licitación pública y estableció el cronograma de

actividades; suscribió el «Pliego de condiciones» del que hace parte integral la matriz de asignación de riesgos finales; intervino en la audiencia pública de aclaración del pliego de condiciones; mediante oficio de 8 de agosto de 2010 negó sin motivación la ampliación del plazo de cierre de licitación al representante legal del Consorcio mantenimiento vial, potencial proponente, que conllevó la presentación de una sola oferta; integró el comité de evaluación de los procesos contractuales; todo para indicar que, contrario a lo sostenido por el acusado, éste, en cumplimiento de la delegación, dirigió personalmente y con absoluto dominio la fase previa de la contratación, incluida la calificación técnica de la propuesta.

25. Respecto de la etapa de celebración, señaló la instructora que el secretario suscribió el acta de evaluación de la única propuesta económica y determinó la elegibilidad de la Unión Temporal Arboledas 2010, adjudicándole el contrato 01442, que finalmente suscribió el 27 de agosto de 2010.

26. El 31 de agosto siguiente suscribió el acta de inicio de ejecución de la obra, fecha en la que la contratista pidió autorización para subcontratar, solicitud que fue atendida favorablemente. También al día siguiente suscribió el acta de suspensión de la obra motivada en «las fuertes lluvias», siendo reiniciada el 27 de septiembre siguiente con el visto bueno del acusado.

27. También acreditó la acusación que CARRILLO MENDOZA junto con el representante legal de la contratista y el interventor, modificaron en cuatro oportunidades las

especificaciones y cantidades de obra plasmadas en el pliego de condiciones y en el contrato originario, lo mismo que precios unitarios no previstos, lo que le permitió concluir en contra de lo sostenido en su defensa, que el acriminado también ejerció dirección y control absolutos en la etapa contractual.

28. Esta conclusión la extendió también a la etapa de liquidación donde, según la acusación, la prueba revela con claridad meridiana que el inculcado intervino en su elaboración, suscribiéndola el 15 de noviembre de 2011.

29. Sobre la inobservancia de las normas de contratación adujo la acusación en primer término, la vulneración del principio de transparencia por indebida estructuración de los estudios previos y pliegos de condiciones.

30. Reprochó las cuatro modificaciones de las especificaciones de la obra y de sus cantidades, lo que condujo al cambio del objeto del contrato, que inicialmente era la pavimentación de la vía, por unas obras distintas. También, la inclusión de obras no previstas inicialmente, como la construcción de muros en concreto ciclópeo a cambio de la construcción de cunetas en concreto previstas en el ítem 9 del contrato primigenio.

31. Extrañó, en consecuencia, una adecuada planeación que hubiera considerado las verdaderas necesidades de la vía para mejorar su transitabilidad, conforme con la descripción del objeto contractual, el que, por demás, carece de la determinación

de puntos de referencia inicial y final entre los que se ejecutaría la obra, impidiendo determinar el real alcance de la intervención.

32. Esto mismo lo infiere de los testimonios de Orlando Rivera Mora y Luis Fernando Hurtado Tobón de la firma interventora, quienes señalan que si bien son comunes las modificaciones de los contratos siempre y cuando no se altere su valor, toda variación que se presente es responsabilidad exclusiva de la administración a cuyo cargo se halla la elaboración de los estudios previos. En relación con el negocio de marras explicaron sus modificaciones porque el presupuesto «se quedó corto» y faltaron ítems no previstos, es decir, no se contemplaron las necesidades reales del terreno a intervenir.

33. En ese caso, por ejemplo, señalaron los testigos, el contrato se circunscribió inicialmente a la pavimentación de un tramo de la vía, no obstante, en la planeación no se previó la necesidad de construir previamente, obras de arte como alcantarillas, drenajes y demás estructuras necesarias para garantizar la funcionalidad y transitabilidad de la vía, agregando que, como interventoria, informaron a la Gobernación sobre la deficiente planeación de la obra.

34. Lo anterior llevó a que se prescindiera de la pavimentación de la vía que fue el objeto específico y principal del contrato, hasta el extremo de realizar obras totalmente distintas, modificadas en aproximadamente un 70 % de las inicialmente convenidas, lo que pone de manifiesto como explicación de los cambios, la inobservancia del principio de planeación, y no el pretendido incremento de la pluviosidad, que de acuerdo con

otros testimonios y la información proveniente del IDEAM, era un fenómeno habitual en la zona y, por tanto, de consecuencias previsibles.

35. En suma, para la Sala instructora, las profundas modificaciones de las obras obedecieron a la deficiente planeación y no, como lo sostiene la defensa, al incremento inusual de las lluvias.

36. Otro aspecto que destacó la instructora, relacionado con la deficiente planeación de la obra, es el no haberse fijado puntos de referencia inicial y final de la intervención de la vía, lo que propició la modificación reiterada de las especificaciones y las cantidades pactadas.

37. Para esa Sala, contrario a lo esgrimido por la defensa, el testimonio de Enrique Martínez Arciniegas, director general del Invias de la época y la prueba documental traslucen que la iniciativa del diseño, estructuración del presupuesto y de las cantidades de obra recaían exclusivamente en el departamento, en este caso en dirección de CARRILLO MENDOZA, quien desde su despacho elaboró la propuesta que se presentó al Invias y que este la consideró viable para su implementación.

38. También puso de relieve, la acusación, la definición «genérica, vaga e imprecisa» del objeto del contrato que circunscribió al «Mejoramiento y mantenimiento de la vía Salazar-Arboledas, municipio de Arboledas, departamento de Norte de Santander» contentiva de 16 ítems que incluían la «imprimación en emulsión asfáltica» y «carpeta asfáltica», es

decir, la pavimentación de la vía, que acorde con los estudios previos constituyó la justificación del contrato, pero que finalmente se eliminó para adicionar otras obras de arte con el pretexto de ampliar la cobertura física de la intervención.

39. Atribuyó además la Sala Especial de Instrucción, la violación del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, imputación que infiere de los medios de prueba que, según afirmó, evidencian un «claro direccionamiento» en la escogencia del contratista debido a la multiplicidad y concentración de funciones que convergían en el inculpatado quien ejerció funciones de gestor, evaluador y ejecutor del contrato.

40. Lo mismo colige de la ausencia de motivación a la negativa de la solicitud de ampliar el plazo del cierre de la licitación elevada por Marcos Mafiolý Cantillo, representante legal del Consorcio mantenimiento vial, virtual proponente, la cual estaba soportada en la necesidad de obtener una pluralidad e igualdad de condiciones en la elaboración de la propuesta.

41. Al respecto, agregó también como indicio del direccionamiento, el hecho de que Carlos Fernando Prada Rey, representante legal de la firma favorecida era un habitual contratista para la época en que CARRILLO MENDOZA fungió como secretario de infraestructura, como lo certificó la Secretaría General del departamento mediante oficio 524 de 14 de abril de 2015, en el que consta que este a través de su empresa Mavicol Ltda., celebró 24 contratos de infraestructura vial y

arrendamiento de maquinaria y equipos con el ente territorial durante ese periodo.

42. Adicionalmente, señaló la acusación, el acriminado integró el comité de evaluación de la propuesta y en tal calidad suscribió las actas donde se consignaron los resultados del análisis correspondiente al cumplimiento de los requisitos habilitantes y se declaró su elegibilidad, para adjudicarle posteriormente el contrato.

43. No obstante, la instructora consideró «incongruente» dicha calificación debido a que apenas habían transcurrido algo más de tres días después de celebrado el contrato, cuando el acusado, a instancias de la contratista y sin reparo alguno, dio autorización para subcontratar, circunstancia que desdice de la capacidad técnica e idoneidad de la unión temporal para ejecutar por sí misma su objeto.

44. Basada en la autorización la unión temporal celebró dos contratos: a) 001-08-2010 de 31 de agosto con la firma Vicop asociados SAS que tuvo como objeto el «Mejoramiento y mantenimiento de la vía Salazar-Arboledas, municipio de Arboledas, departamento de Norte de Santander» por \$1.057.432.900; y, b) 002-12-2010 de 28 de diciembre con la firma Mavicol Ltda., en el cual el representante legal de la unión temporal actúa a la vez como representante legal de aquella, cuyo objeto consistió en el «Mejoramiento y mantenimiento de la vía Salazar-Arboledas, municipio de Arboledas, departamento de Norte de Santander» por \$976.125.000. Ambos con el fin de

realizar los trabajos relacionados con el objeto del contrato 001442 de 2010.

45. Para la Sala de Instrucción la subcontratación patentiza no solo una absoluta falta de capacidad residual de contratación de la unión temporal, sino fallas evidentes, o «más bien interés en la evaluación» efectuada y avalada por el secretario imputado y, en resultado, le permitió inferir fundadamente que este orientó la selección de la firma contratista, cuya creación, según sus representantes legales, obedeció al único propósito de cumplir con los requisitos de la licitación.

46. En consecuencia, coligió la instructora que de esta forma se soslayó el principio de transparencia cuyo propósito esencial es asegurar la escogencia de la propuesta más favorable bajo los criterios de capacidad jurídica, experiencia, capacidad financiera y capacidad de organización de proponentes que tienen la entidad de requisitos habilitantes y, por tanto, deben ser objeto de verificación de su estricto cumplimiento.

47. Como conclusión expuso la acusación que el comité evaluador, integrado por el procesado, no actuó con transparencia, y menos con independencia y autonomía.

48. En punto de la división de trabajo que operaba en la Secretaría de Infraestructura en la que se ampara el inculpatado para excusar su participación en las irregularidades, alegó la colegiatura instructora que dicha circunstancia no lo eximía del cumplimiento de los deberes de vigilancia, supervisión y control, en los términos dictados por la Corte Constitucional en sentencia

C-372 de 2002, que claramente no ejerció, por lo que no puede exonerarse del juicio de reproche derivado de la irregularidades surgidas en el trámite contractual.

49. Concluyó entonces que CARRILLO MENDOZA realizó el tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en su aspecto subjetivo con dolo.

50. En cuanto al delito de peculado por apropiación, señaló la acusación que en la actuación obran suficientes medios probatorios que apuntan a determinar su materialidad como la probable responsabilidad del procesado en su comisión.

51. Para la instructora, en realidad no se ejecutó el objeto específico de obra correspondiente a la pavimentación de la vía y en su lugar se construyeron «simples obras de arte» en cantidades y costos inferiores, lo que generó un evidente detrimento patrimonial del erario a favor del contratista.

52. De acuerdo con la Contraloría, el menoscabo patrimonial ascendió a \$102.733.157, resultante de la subcontratación de la obra pactada a precios inferiores de los fijados para la misma en el contrato principal.

53. Lo anterior significa para la colegiatura de instrucción que la Gobernación pagó un mayor valor a la contratista respecto del cancelado por ésta a los subcontratistas para ejecutar la misma obra, operación que fue autorizada por el acriminado por oficio SI-4000-00688 de 1 de septiembre de 2010.

54. Con apoyo en tal autorización, la unión temporal contratista del departamento celebró dos subcontratos de cuya contrastación con el contrato primigenio pudo concluir la instructora que los precios unitarios de los subcontratos son significativamente inferiores a los fijados en el originario, resultando una diferencia de \$102.756.230 a favor de la unión temporal que pagó menos en la subcontratación.

55. Además, llamó la atención de la Sala de Instrucción que el segundo subcontrato y su modificadorio se hubieran celebrado entre la unión temporal contratista, integrada por Mavicol y Retromáquinas y la firma Mavicol, siendo Carlos Fernando Prada Rey, representante legal de ambas entidades jurídicas, circunstancia que definió la acusación como «un contrato de yo con yo» (sic).

56. Para la colegiatura instructora no hay explicación razonable de por qué siendo Mavicol Ltda., integrante de la unión temporal contratista, con una participación del 99 %, sea a la vez subcontratada para ejecutar la obra adjudicada. A juicio de la acusación, esto parece ser una maniobra «grosera» dirigida a esquilmar el patrimonio oficial.

57. A la diferencia de \$102.756.230 resultante de la subcontratación de la obra a precios inferiores, la acusación añadió un segundo valor del que deriva otro detrimento patrimonial correspondiente a \$56.734.879, provenientes de la omisión del procesado al momento de la liquidación del cobro de la multa que mediante oficio M&R-229-039 OB 2010 de 27 de mayo de 2011, el ingeniero residente de la interventoría, Luis

Fernando Hurtado Tobón solicitó a la unión temporal que pagara por el retraso en la ejecución de las obras.

58. En suma, la cantidad fijada como multa, al no ser tomada en cuenta para efectos fiscales al momento de la liquidación del contrato, generó al erario un detrimento adicional de \$56.734.879 adicionales a los \$102.756.230, producto de la subcontratación, los que sumados arrojan un valor final de \$159.491.109, equivalente a 309,69 SMLMV de 2010 por concepto de detrimento patrimonial que configuró el delito de peculado por apropiación en provecho de terceros.

59. Sobre la probable responsabilidad del inculpatado en la comisión de este segundo ilícito, dijo que fue él quien junto con los representantes legales de la unión temporal y de la firma interventora, además del supervisor del contrato del departamento, elaboraron el acta de liquidación bilateral del contrato 01442 de 2010, en donde se certifica que las obras fueron entregadas en su totalidad por el contratista y recibidas a satisfacción por la interventoría y el supervisor del departamento, con el visto bueno del secretario de infraestructura.

60. En el mismo documento se dejó constancia que la obra recibida se ajusta a las especificaciones técnicas diseñadas para su ejecución, a la propuesta presentada por la contratista y al objeto del contrato, declarándose las partes a paz y salvo.

61. No obstante, para la instructora, tales constancias no guardan correspondencia con la realidad, toda vez que la obra principal pactada, que fue la pavimentación de un tramo de la

vía como se postuló en los estudios previos y en el pliego de condiciones, finalmente no se ejecutó, pues fue excluida en las reiteradas modificaciones al contrato, lo que condujo a que las obras recibidas difirieran sustancialmente de las contratadas originariamente en cuanto a especificaciones, complejidad y valor.

62. Tampoco se incluyó en el acta el incumplimiento del cronograma de obra y la «imposición de multas» a la contratista cuando existe evidencia de que el interventor residente en la obra, le fijó y solicitó a la unión temporal el pago de la multa por dicho incumplimiento, decisión que le fue comunicada al acriminado, quien guardó silencio al momento de la liquidación, originando un detrimento económico.

63. Esta situación, en términos de la acusación, pone de manifiesto la inobservancia por el procesado de los requisitos mínimos de la elaboración del acta de liquidación y con ello el incumplimiento de los requisitos legales esenciales.

64. En relación con la probable responsabilidad del procesado en la comisión del punible de peculado por apropiación en provecho de terceros, empezó la Sala de Instrucción por indicar que de conformidad con la delegación otorgada por Decreto 000115 de 24 de abril de 2009, CARRILLO MENDOZA ostentaba la disponibilidad jurídica de los recursos públicos que financiaron el contrato, pues no sólo gozaba de la potestad de solicitar el certificado de disponibilidad presupuestal, sino además de decidir la destinación de los recursos, facultad esta última que se desprende del contenido de la cláusula octava del

contrato en la que se estipuló que los desembolsos para los pagos debían contar con el visto bueno del secretario de infraestructura.

65. Bajo este análisis, acreditó la materialidad de la conducta de peculado por apropiación en favor de terceros, atendida la condición de servidor público del procesado y la constatación del menoscabo de los recursos públicos en cuantía de \$159.491.109, equivalente a 309,69 SMLMV de 2010, resultante de sumar el detrimento derivado de los menores precios de los subcontratos y el producido por el no cobro de la multa.

66. Además, halló probada la relación jurídica y material de administración y disposición de los recursos surgida en virtud de la delegación de funciones.

67. Sumado a lo anterior, consideró que el perfil profesional y laboral del acriminado, titulado en arquitectura y su amplia experiencia como contratista de obras públicas y como servidor público, permiten concluir que obró consciente y voluntariamente, es decir, dolosamente.

68. Para finalizar, agregó que la conducta de peculado por apropiación en favor de terceros se agrava conforme al inciso segundo del artículo 397 del Código Penal por superar su cuantía los 200 salarios mínimos legales mensuales de la época.

69. Decidió, en consecuencia, la Sala Especial de Instrucción proferir resolución de acusación en contra de

WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA como probable autor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros agravado, previstos en los artículos 410 y 397 inciso segundo del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004⁸, con la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 9 del artículo 58 *ibidem*.

4.3 Recurso de reposición

70. La determinación anterior fue objeto del recurso de reposición, interpuesto por el apoderado de la defensa, el cual fue resuelto por la Sala Especial de Instrucción mediante proveído AEI0031-2023, radicado 45415 de 9 de febrero de 2023, que la confirmó.

4.4 Actuación ante la Sala Especial de Primera Instancia

71. 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.

72. Por AEP092-2023⁹ de 18 de julio de 2023, notificada en audiencia de 11 de septiembre siguiente, la Sala se pronunció sobre la solicitud de pruebas formuladas, ordenando las descritas en el 2.1 y negando la práctica de la ampliación de los testimonios relacionados en el acápite 2.2, ordenó algunas de oficio.

⁸ Resolución de acusación, pág. 80

⁹ Cuaderno Corte n.º 1, folio 72 en adelante.

73. Contra la determinación de negar la práctica de la prueba, el defensor técnico interpuso recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación.

74. La Sala por AEP137-2023 de 22 de noviembre de 2023¹⁰, dispuso no reponer la decisión y conceder el recurso de apelación en el efecto diferido.

75. Al desatar la alzada, la Sala de Casación Penal por proveído AP4990-2025 de 30 de julio de 2025, confirmó la decisión impugnada.

76. El 23 de octubre de 2025, durante la vista pública de juzgamiento, luego de haberse surtido la etapa probatoria del juicio, los sujetos procesales presentaron sus alegaciones de conclusión, que pueden resumirse así:

4.4.1 Ministerio Público

77. Una vez elaborada la respectiva reseña del curso del proceso y, en particular del pliego de cargos, abordó el análisis de los presupuestos de la sentencia condenatoria en los términos de la Ley 600 de 2000.

78. En relación con el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, una vez definió brevemente los elementos del tipo objetivo en sus extremos, abordó el caso concreto, comenzando por indicar que se probaron los presupuestos legales para su configuración.

¹⁰ Cuaderno Corte n.º 1, folio 171 en adelante.

79. En punto del primer presupuesto del tipo objetivo, este es, la calidad de servidor público, adujo que se encuentra probado que WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA en condición de secretario de infraestructura del departamento de Norte de Santander, celebró el contrato de obra pública 01442 de 27 de agosto de 2010, en ejercicio de las facultades delegadas por el gobernador William Villamizar Laguado por Decreto 0115 de 24 de abril de 2009, para adelantar procesos contractuales en todas sus etapas, incluida su celebración, la conformación de los comités de evaluación y la solicitud de los certificados de disponibilidad presupuestal.

80. Con base en esas facultades, el secretario dispuso la apertura de la licitación pública, que luego de surtir todas sus etapas culminó con la adjudicación del contrato de obra 01442 de 2010 a la Unión Temporal Arboledas 2010, representada legalmente por Carlos Fernando Prada Rey.

81. Relacionó a continuación toda la actuación del inculpatado en las fases de la contratación, incluidos los estudios previos, los pliegos, la aprobación del cronograma de actividades, la apertura de la licitación pública, respuestas a solicitudes de proponentes, la integración del comité de evaluación, la calificación de la única propuesta, además de su autorización a las cuatro modificaciones del contrato, todo lo cual en su opinión refuerza su conocimiento y control sobre el proceso contractual pese a las inconsistencias ocurridas desde sus albores.

82. No obstante, cuestionó particularmente la calificación de la propuesta, ya que tan solo cuatro días después de suscrito el contrato, la contratista solicitó autorización para subcontratar la obra, hecho que desdice de su supuesta idoneidad para ejecutarla, pues sugiere que no tenía la capacidad para desarrollarla, conclusión que fortalece con los testimonios de Samuel Darío Medina Parra y Pedro Luis Barriga Peñaranda que evidencian la ausencia de rigor en el proceso de adjudicación y la elección de una firma carente de aptitud, todo lo cual quebranta los principios de la contratación oficial y confirman el direccionamiento del proceso para beneficiar a un único proponente, configurándose claramente el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

83. Destacó, asimismo, el papel crucial que desempeñó el secretario en la liquidación del contrato al participar en la elaboración del acta bilateral el 15 de noviembre de 2011 y su suscripción, a pesar de que este se ha mostrado ajeno.

84. Sobre la explicación ofrecida por CARRILLO MENDOZA en relación con su participación en la comisión del delito en el que se muestra ajeno, adujo la delegada que esta contrasta con el acervo probatorio que evidencia que conoció y controló todas las etapas del trámite contractual desde los estudios previos hasta su liquidación, ejerciendo sus responsabilidades, las cuales eran indelegables, circunstancias que corroboran su intervención decisiva en las irregularidades contractuales.

85. En lo relativo a la tipicidad subjetiva, encontró acreditados los elementos volitivo y cognitivo del dolo en la

actuación del procesado, ya que poseía el conocimiento suficiente sobre las normativas y principios de la contratación por su formación académica, profesional y experiencia en la administración pública.

86. No obstante, optó por actuar consciente y voluntariamente en contravía de los principios de planeación, selección objetiva y transparencia, vulnerando formal y materialmente el bien jurídico tutelado.

87. Sobre la culpabilidad refirió que el acriminado tenía la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de autodeterminarse de acuerdo con ella.

88. En lo atinente al delito de peculado por apropiación en favor de terceros, comenzó por señalar que se pudo probar cada uno de los elementos que configuran su tipicidad objetiva, destacando las irregularidades advertidas en la etapa precontractual, que tuvieron repercusión en la ejecución del contrato, particularmente en la eliminación de los ítems relacionados con la pavimentación de la vía, que dieron lugar a un detrimento de \$877.730.180, valor girado al contratista por este concepto que no fue ejecutado, configurando una apropiación indebida.

89. También encontró acreditado que el procesado autorizó «genéricamente» la subcontratación con una firma representada legalmente por el mismo representante legal de la unión temporal contratista que generó un menoscabo de recursos porque los ítems subcontratados se pactaron a precios inferiores a los pagados por

la Gobernación, produciendo una pérdida de \$102.733.157 al erario.

90. Aunque para la delegada, la deficiente planeación de la contratación evidencia una acción dolosa, ello no permite concluir que la apropiación fue igualmente dolosa, porque, en su opinión, para que esto fuera así «sería necesario acreditar que la insuficiencia en la planeación no obedeció únicamente a un “actuar negligente”, sino que respondió a una conducta intencional orientada a la apropiación de bienes del erario» (sic).

91. De otro lado, continúa con su análisis para precisar que, si bien el inculpatado tenía la posición de garante, lo que permite imputarle objetivamente las conductas atribuidas y los resultados de la celebración del contrato, esto en manera alguna permite estructurar la tipicidad subjetiva, pues la delegación no basta para inferir que el peculado se ejecutó consciente y voluntariamente.

92. En alusión al peculado producto de la omisión del cobro de la multa por \$56.734.879 «impuesta» a la contratista, destacó que el hecho de no haberse agotado el trámite administrativo sancionatorio ni incorporado su cobro a la liquidación del contrato, plantea un interrogante sobre «la disponibilidad jurídica del recurso presuntamente apropiado», por lo que concluyó que este elemento como presupuesto de la conducta, que demanda que los bienes estén incorporados al patrimonio de la entidad oficial, no se satisfizo, por cuanto no existió acto administrativo que impusiera la multa, ni se surtió procedimiento que la hiciera exigible.

93. Además, para la procuradora delegada, la sola inacción del procesado no describe el tipo penal, debido a la ausencia de disponibilidad de los recursos.

94. Bajo esas consideraciones, la agencia del Ministerio Público solicita se profiera sentencia de condena en contra de WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y absolutoria por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

4.4.2 Defensor

95. Comenzó por hacer un recuento del origen del convenio interadministrativo 2596 de 2009 entre la Gobernación de Norte de Santander y el Inviás, cuyo objeto fue el mejoramiento, mantenimiento y rehabilitación de la red vial terciaria dentro del cual se hallaba el corredor Salazar-Arboledas, del que destacó que la primera debía contratar las obras mientras que al segundo le correspondía aprobar los proyectos presentados por el ente territorial.

96. Del convenio surgió el contrato 01442 de 27 de agosto de 2010 para intervenir la vía Salazar-Arboledas, que según dijo, debió implementarse bajo graves condiciones de emergencia invernal debido a las fuertes lluvias que se presentaron para la época, que obligaron al Gobierno nacional a declarar el estado de emergencia económica, social y ecológica mediante Decretos 4579, 4580 y 4702 de diciembre de 2010, escenario en el que en su

opinión debe examinarse la acusación y el rol de cada uno de los actores de la contratación.

97. Bajo ese contexto destacó que WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, secretario de infraestructura, no era el representante legal del departamento, por tanto, no tenía la dirección, coordinación, responsabilidad y destinación de la contratación pública y tampoco «la disponibilidad jurídica material de los recursos públicos».

98. Este aspecto lo estima relevante en razón a que en la actuación no obra el «acto administrativo específico» que determine el acto de delegación del gobernador al secretario para «adelantar» el contrato 01442 de 2010 y en particular para tramitar cada una de sus fases.

99. Afirma la defensa que su prohijado no tenía la facultad «para adelantar el proceso contractual de escogencia del interventor», pues esto correspondía al Invías, que además conservó la potestad de designar al supervisor, aprobar el presupuesto, delinear las disposiciones técnicas y realizar la revisión y aprobación contractual, según puede inferirse de la prueba testimonial.

100. Lo anterior para concluir que no existe prueba que acredite que su representado actuó como delegatario en el trámite de cada una de las etapas de proceso seguido respecto del contrato 01442 de 2010.

101. No obstante, señaló, que en caso de que se considere que su patrocinado sí estaba facultado para tramitar e intervenir en el contrato, demostraría que no hubo irregularidad alguna.

102. Comenzó entonces por referirse al trámite de la etapa previa del contrato y en particular al cargo relacionado con la vulneración de los principios de planeación y transparencia, para señalar que la contratación se adecuó a los lineamientos previstos en la ley «especialmente por el convenio interadministrativo 2596 de 2009» que impuso a la Gobernación el compromiso de obtener el visto bueno del Inviás en las distintas etapas del proceso contractual.

103. En opinión de la defensa, la acusación soslaya el hecho de que el Inviás «controló, lideró, revisó y avaló los documentos base del proceso precontractual y contractual», sin que la Gobernación tuviera injerencia. Para respaldar su aserto, trajo a colación el testimonio del ingeniero Roberto Arnulfo Castellanos Celis, quien dijo que antes de iniciarse el proceso, el Inviás revisaba la información y si este no tenía objeción se iniciaba el trámite. Lo dicho por el testigo sumado a la prueba documental, aseguró, permiten concluir que los estudios previos y el pliego de condiciones contaron siempre con el aval técnico de dicho ente, por modo que su prohijado no pudo haber determinado los hechos por carencia de su dominio. Las modificaciones del contrato fueron producto de fenómenos externos ajenos a la su voluntad y en particular por las condiciones climáticas «devastadoras», además de la autonomía de los funcionarios del Inviás y del departamento que intervinieron en cada una de las fases del trámite del contrato.

104. A continuación abordó lo relacionado con el cargo por la no determinación de puntos de referencia de inicio y final de la obra, restándole solidez con el argumento de que «el objeto del contrato no era una obra cerrada, delimitada a unos puntos fijos, sino el mejoramiento y mantenimiento de un corredor vial rural» con particularidades que hacían imposible indicar puntos específicos de intervención, pues de haberlo hecho así, según afirmó, no se hubiera podido haber desarrollado el objeto del contrato.

105. Para el defensor, «el corredor» estaba claramente identificado: Salazar-Arboledas. La definición exacta de los puntos «se estableció al momento de la ejecución», como en su opinión «debía hacerse» a partir de levantamientos topográficos, visita a la vía y estudios de campo. No se trató, dijo, de un vacío en la planeación, sino de un «esquema adaptativo y flexible» congruente con un proyecto de mantenimiento vial que tiene como finalidad, permitir la posibilidad de ampliar la meta física que fue lo que sucedió en este caso, como lo señaló su prohijado.

106. Apoyó su argumento en el informe mensual de interventoría 01 que precisó en el numeral 2.1 que las actividades a ejecutar entre los límites de los municipios de Salazar y Arboledas a partir del sitio conocido como La Copa K8+500, que determinaron como el K0+000 hasta el K11+200, quedando señalada la localización de la obra.

107. Según el abogado, por tratarse de un contrato de «mejoramiento y mantenimiento» no era exigible definir los puntos de referencia, ya que su objeto responde a situaciones «cambiantes

y dinámicas», lo importante para él fue que la obra se realizó en la vía indicada. Los cambios no pudieron ser previsibles en razón de la variación de las condiciones meteorológicas, pero las modificaciones que se hicieron fueron válidas y aprobadas tanto por la interventoría como por el Inviás.

108. Sobre la negativa de ampliación del plazo del cierre de la licitación, calificada en la acusación como una acción orientada a evitar la pluralidad de oferentes y favorecer a la unión temporal adjudicataria del contrato, señaló que ésta se ajustó a la normatividad, pues la solicitud elevada no cumplió con los requisitos de procedencia, por tanto al negarla se garantizó la igualdad, la seguridad jurídica del proceso y la oportuna ejecución del proyecto, ya que la ampliación del plazo, dadas las condiciones de emergencia vial, acarrearía graves consecuencias.

109. El siguiente punto de discusión planteado es el relacionado con la violación del principio de transparencia por vulneración del deber de selección objetiva que el apoderado atribuye a los funcionarios de la Secretaría de Infraestructura que evaluaron la propuesta y del que dijo, queda sin sustento cuando se verifica que la evaluación fue adelantada por un comité especializado y autónomo, integrado por expertos en las áreas jurídica, financiera y técnica, sin la participación del acusado, designado por este conforme a su competencia.

110. De apartes del testimonio de los tres integrantes del comité evaluador: Samuel Medina, Sonia Arango y Martín Herrera, concluyó que actuaron con independencia y que nunca recibieron presiones o sugerencias del procesado. Y si bien la adjudicación

«formal» estaba en cabeza del secretario, su decisión fue producto de la recomendación del comité y su rúbrica en las actas tenía el carácter de visto bueno, según lo refirió el ingeniero Medina.

111. Consideró el defensor inexacto sostener que el secretario certificó el cumplimiento de los requisitos técnicos o financieros por la unión temporal, porque esa labor correspondió a los evaluadores, y él acogió su concepto bajo el principio de confianza, pues no tenía razones para no hacerlo. Para él, las respectivas actas demuestran el cumplimiento de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones acorde con los lineamientos señalados por el Invías, lo que desvirtúa, además, un supuesto direccionamiento.

112. De la evaluación destacó que fue realizada por un comité independiente, libre de injerencias; la unión temporal cumplió con los requisitos exigidos; la adjudicación fue el resultado de la evaluación, lo que en opinión del defensor desvirtúa el direccionamiento y, por tanto, la violación de los principios de transparencia y selección objetiva.

113. Respecto del hecho de que la división de funciones en el equipo de trabajo adscrito a la Secretaría no exime al inculpatado de sus deberes de vigilancia, supervisión y control, defendió su «legitimidad», y la necesidad de esta para garantizar la eficiencia y legalidad de la contratación.

114. Para el abogado, la división de funciones a cargo del equipo interdisciplinario de profesionales en el interior de la Secretaría no implicaba un «desentendimiento», sino un ejercicio de confianza legítima, institución reconocida por la Corte Suprema

de Justicia (SEP039-2022) que sostiene que los directores de entes públicos pueden confiar en el trabajo de sus equipos, sin que ello signifique abdicar de sus responsabilidades.

115. Insistió en que, por virtud del convenio interadministrativo, el control de la «ejecución» del proyecto lo realizaba «principalmente» el Invias; la vigilancia a cargo del supervisor del convenio designado por el Invias (cláusula décima); y la interventoría, la contrataría dicha entidad (cláusula undécima). Adicionalmente, durante la ejecución del contrato se integró un comité de obra con la firma interventora, el supervisor del Invias, la supervisora de la Secretaría y el contratista, encargado de aprobar las modificaciones a las cantidades de obra y de adoptar las decisiones técnicas, por lo que el procesado no tenía razones para dudar de las decisiones del comité, menos cuando la supervisora no advirtió de alguna irregularidad que le impidiera suscribir las actas.

116. Concluyó, en consecuencia, que el secretario no era quien definía las obras a ejecutar, sino que ejercía sus funciones con base en las recomendaciones del comité.

117. Citó el testimonio de Carlos Arturo Reina Camacho para demostrar que era el Invias el que designaba los supervisores para que vigilaran las interventorías contratadas. En relación con la ejecución de las obras, el testigo confirmó la problemática invernal que obligó a construir drenajes para encauzar el agua, por lo que además surgió la necesidad de «modificar el convenio» para ampliarlo, todo lo cual se coordinaba con los directores territoriales del Invias.

118. Que el testigo, en ejercicio de sus funciones, se reunió con el secretario para revisar los avances de la obra, lo que para la defensa evidencia que el acusado estuvo «vigilante», desempeñando el rol que le correspondía y al tanto de la ejecución de esta.

119. Agregó, además, que el testigo aclaró el concepto de mejoramiento y mantenimiento vial indicando que hace referencia a recuperar las condiciones de transitabilidad y en general las condiciones de la vía, que era el objeto del contrato.

120. Del mismo modo aseguró la defensa, que este testigo dio cuenta de la rendición de informes del desarrollo de la obra y recomendaciones respecto de su ejecución, que debían acatarse para que la interventoría certificara su cumplimiento y se les pagara.

121. Además de lo dicho, según el abogado, en la actuación no existe un solo informe de interventoría o de supervisión que hubiera advertido de alguna irregularidad en la ejecución de la obra o en sus modificaciones y que este las hubiera desatendido. Por el contrario, sostuvo, todos los informes dieron cuenta de la legalidad y necesidad de las decisiones asumidas que debía acatar porque no tenía razones para no hacerlo.

122. De lo anterior concluyó que por parte del procesado hubo un permanente seguimiento, particularmente cuando se trataba de situaciones que requerían ajustes como en el caso de las modificaciones de ítems de obra. Siempre, añadió, la

supervisora Lucy Urón mantuvo un enlace directo con la interventoría y a su vez informaba al secretario.

123. Se refiere a continuación al hecho de que se habría acusado a su poderdante de «una indebida concentración de funciones» por asumir los roles de gestor, evaluador y ejecutor del contrato, lo cual vulneró el principio de transparencia, negándolo para explicar que este señalamiento parte de una lectura fragmentada de las funciones del secretario y de un desconocimiento de la normatividad y la dinámica de la administración pública en relación con los procesos contractuales, lo cierto es que una revisión de la actuación del procesado en esta ocasión, desvirtúa esa supuesta concentración de funciones.

124. Es más, recordó que la ejecución del contrato fue «controlada» por el Inviás y el supervisor que designó, mientras que la supervisora de la Secretaría «estaba vigilante» de la ejecución y su deber era informar al secretario cualquier anomalía «si se presentaba».

125. Así, concluyó, si bien el inculpatado tenía la «responsabilidad administrativa» en la implementación del proceso contractual, no asumió «de manera exclusiva» las etapas de planeación, evaluación y ejecución, pues, señaló, la primera estuvo bajo el control del Inviás; la segunda la hizo un comité interdisciplinario; y la tercera, «fue controlada» por la interventoría y supervisores del Inviás y por la «secretaría de infraestructura» (sic).

126. El argumento concerniente a la asiduidad de Carlos Fernando Prada Rey, representante legal de la unión temporal, como contratista del departamento durante la gestión del procesado como secretario de despacho, lo calificó de conjetura carente de sustento fáctico que impide la estructuración del indicio, pues no podía el secretario vetar a un proponente por el hecho de haber sido contratista previamente.

127. La creación de la unión temporal es un mecanismo autorizado por la legislación para complementar capacidades y presentar ofertas conjuntas. Es una decisión autónoma ajena a la administración.

128. Descartó que exista evidencia o indicio de direccionamiento del proceso contractual en favor de la UT Arboledas 2010, ya que, aseguró, los pliegos de condiciones fueron elaborados con formatos del Inviás y la aprobación de éste; la evaluación fue efectuada por el comité interdisciplinario, sin interferencias; y la adjudicación obedeció a la verificación objetiva del cumplimiento de los requisitos.

129. La postulación de un solo proponente, para la defensa no indica un favorecimiento. Para él no hubo «concentración de funciones» sino distribución de tareas, lo que prueba que CARRILLO MENDOZA actuó dentro del marco legal «confiando» en sus equipos de trabajo y los del Inviás.

130. Rechazó la afirmación de que las modificaciones al contrato original evidencian un quebrantamiento del principio de planeación y que la ola invernal era un riesgo conocido, por tanto,

previsible, porque si bien las lluvias eran predecibles, su magnitud no, como lo reconoció el Gobierno nacional al declarar la emergencia económica, social y ecológica que, subrayó, ocurrió con posterioridad a la firma del convenio y del contrato.

131. Agregó que el proyecto para el mejoramiento y mantenimiento de la vía se presentó al principio del año 2009 bajo unas circunstancias y entre la firma del convenio y el contrato 01442 transcurrieron aproximadamente 10 meses, tiempo en el cual variaron las condiciones meteorológicas, que si bien fueron tomadas en cuenta al ponderar el rubro por AIU, excedieron los cálculos, imponiendo reorientar la obra a actividades de drenaje, estabilización y contención a costa de la eliminación de la carpeta asfáltica prevista en el contrato original. Esa fue la razón por la que, a pesar de haberse incluido un rubro por imprevistos, la magnitud de los daños de la vía obligó a la modificación de varios ítems, suprimiendo unos y aumentando o disminuyendo otros. La eliminación del pavimento obedeció, dijo, a que se hizo innecesario ya que primero se debía estabilizar la calzada, controlar el agua, mejorar su estructura para luego aplicar el pavimento, lo cierto, indicó, es que con las obras realizadas se garantizó la transitabilidad de la carretera y se amplió la meta física a 7,6 km, muy superior a la proyectada.

132. Solicita especialmente que, al momento de evaluar sus argumentos, se tome en cuenta que, si este contrato hubiera sido estructurado para atender la ola invernal, su marco legal correspondería al de la urgencia manifiesta a través de la modalidad de contratación directa, diferente a la aplicada en este caso por licitación pública conforme a la Ley 80 de 1993.

133. Esto último, dijo, fue corroborado por el procesado en su injurada el 23 de noviembre de 2021, al poner énfasis en que el proyecto no fue previsto dentro de la época de invierno, se ejecutó en plena temporada de lluvias y eso obligó a realizar modificaciones, pero si hubiera sido un proyecto de ola invernal, se hubiera enmarcado dentro de los lineamientos emitidos por el Fondo Nacional de Calamidades Públicas, regidos por el derecho privado.

134. Por esto, concluyó, atribuirle a su representado una supuesta «omisión» en la planeación por no prever el fenómeno lluvioso carece de sustento por no obrar evidencia que confirme «un actuar omisivo respecto del pronóstico de la ola invernal».

135. Respecto de las modificaciones del objeto del contrato, negó que este se hubiera cambiado, al tiempo que explicó que debió hacerse una redistribución de las cantidades de obra, debido a la precaria situación del corredor vial destruido por las fuertes lluvias.

136. Según aseguró, el numeral 6.2 del pliego de condiciones previó expresamente que las cantidades eran aproximadas y que podría aumentarse, disminuirse e incluso suprimirse sin que ello «invalidara» el contrato. Además, agregó, los manuales técnicos del Invías autorizan ajustes «en contratos de mantenimiento y mejoramiento», precisamente porque las condiciones de las vías varían por distintos factores.

137. Indicó que las cuatro modificaciones fueron dispuestas por la interventoría a cargo del Invías, bajo la supervisión de éste y del comité de obra, con base en inspecciones técnicas, justificadas por el deterioro de la banca, sin variar su objeto de «mejoramiento y mantenimiento» de la vía, ni el valor del contrato, aserto que soportó asimismo en los testimonios del contratista, los interventores, la supervisora, funcionarios del Invías e incluso del procesado que, según dijo, dan cuenta de la conformidad técnica y jurídica de las modificaciones del contrato.

138. A juicio del defensor, lo que se hizo fue una «adaptación responsable y legítima» a las condiciones del terreno producto de un esfuerzo mancomunado de los funcionarios que intervinieron.

139. En cuanto al cargo por las irregularidades presentadas en la celebración del contrato, empezó por indicar que para determinar si hubo alguna anomalía, se debió haber postulado en la acusación cuál fue el requisito esencial que «no verificó» el inculpatado al tiempo de la firma del contrato, hecho que, afirmó, no se hizo en esta ocasión, como tampoco la integración normativa que demanda el artículo 410 en orden a determinar la tipicidad de la conducta atribuida.

140. Según el apoderado, la calificación no identificó el requisito legal esencial incumplido al momento de la celebración del contrato por parte del exsecretario, por lo que dicha omisión impide materializar el proceso de adecuación típica de la conducta enrostrada en esta fase.

141. En cuanto al cargo relacionado con el incumplimiento del objeto contractual verificado en la etapa de la liquidación, adujo que la prueba lo desvirtúa, indicando que de esta se desprende que el proyecto total ejecutado fue de 7,6 km del corredor vial Salazar-Arboledas con las obras de arte necesarias; que las modificaciones estuvieron cabalmente justificadas debido a la ola invernal; los informes de interventoría y de supervisión certificaron el cumplimiento del objeto que nunca cambió; y el acta de liquidación certificó que la obra se entregó completa y acorde a las especificaciones técnicas.

142. Como respaldo de lo anterior, suma los testimonios atrás citados para reiterar que el objeto del contrato sí se cumplió como lo certificó el acta de liquidación, lo cual tiene correspondencia con los documentos del contrato y lo ejecutado.

143. Respecto de la subcontratación autorizada por su patrocinado, no puede calificarse de irregular, pues tiene asidero en la cláusula vigésima primera del contrato y en el pliego de condiciones.

144. Compartió la explicación ofrecida por el representante legal de la unión temporal en cuanto a que la decisión de subcontratar obedeció a razones contables, siendo un asunto interno que «no generó sobrecosto en los precios unitarios del contrato que el Invías aprobó en el año 2009» y por ende, no incrementó los precios del contrato, ni evidenció falta de capacidad residual de la contratista.

145. En criterio del defensor, la subcontratación por la unión temporal fue «interpretada y valorada erróneamente», pues la misma no generó detrimento en el presupuesto del contrato, ni demuestra la ausencia de capacidad residual de contratación de la contratista.

146. A partir de su entendimiento sobre el concepto de «subcontratación» del que dice, surge cuando un tercero distinto del contratista se vincula al objeto del contrato a través de otro contrato, aseguró que en este caso no puede afirmarse que hubo ésta, porque si bien se hizo una solicitud en este sentido por la unión temporal mediante oficio de 31 de agosto de 2010, de la cual surgió el contrato 002-12-2010 de 28 de diciembre entre la unión temporal y Mavicol Ltda., «lo cierto es que la misma no constituye materialmente una subcontratación sino un trámite interno de la UT», pues Carlos Fernando Prada Rey, era representante legal de ambas firmas, es decir, en el segundo contrato no intervino un tercero ajeno al contratista, «por el contrario, fue una empresa integrante de la misma UT, esto es, Mavicol Ltda., con la que se hizo el nuevo contrato, por lo que, reitera, no se presentó, ni material o jurídicamente, la figura de la subcontratación».

147. Según el abogado, esto es tan claro que no hubo cambio en los valores unitarios de ítems de obra inicialmente pactados, es decir, no se afectó el presupuesto previsto por la Gobernación para la ejecución del proyecto.

148. Pretende acreditar lo anterior con los testimonios de Prada Rey, de Jaimes Fernández y del procesado, que afirman que la subcontratación se hizo con el propósito de organizar asuntos

contables y que en ningún momento se transfirió la responsabilidad y que el contratista legalmente responsable siempre fue la unión temporal.

149. Para el defensor, tampoco puede sostenerse a partir de indicios que la evaluación técnica fue insuficiente respecto del K residual de contratación, pues esta se sustentó en la oferta presentada por la unión temporal y los requisitos establecidos en el pliego de condiciones «elaborado y aprobado por el Invias» en el año 2009.

150. En suma, para la defensa, el hecho de la subcontratación no constituye irregularidad sustancial que tipifique el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

151. Acerca del punible de peculado por apropiación, negó que existiera menoscabo patrimonial derivado de la omisión del cobro de la multa por \$56.734.879. Sobre el detrimento de \$877,000.000 por obras no ejecutadas, afirmó que no hubo tal, porque los rubros eliminados se emplearon para ejecutar mayores cantidades de obra, según consta en el informe mensual de interventoría núm. 2. Y en relación con el de \$102.733.157 por la subcontratación a precios inferiores, lo negó alegando que no hubo esta «ya que ningún tercero ajeno al contratista UT ARBOLEDAS-SALAZAR 2010, ejecutó labor alguna dentro del citado contrato», por el contrario, aseguró: «fue una empresa integrante de la misma UT, esto es, Mavicol Ltda., la que ejecutó internamente las actividades».

152. Respecto de la multa arguyó esencialmente que la solicitud de su imposición por la interventoría no constituye una sanción pecuniaria a la luz del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, por tal razón no era viable cobrarla al momento de la liquidación, «pues fue un hecho superado, que no llegó a convertirse en constitutivo de sanción», es decir, no existió saldo por cobrar o descontar a favor de la entidad territorial, por tanto no puede asumirse la existencia de detrimento patrimonial por este concepto.

153. En cuanto al menoscabo derivado de las obras no ejecutadas por valor de «\$877 millones de pesos», si bien dice entender que la jurisdicción penal es distinta de la acción fiscal que ejerce la Contraloría, «sin embargo debe tenerse en cuenta, siquiera de modo indiciario, debe considerarse la determinación de este órgano de control relativa a la inexistencia de detrimento patrimonial y archivo de la investigación por el contrato 01442 de 2010» (sic).

154. Refiriéndose al menoscabo de \$102.733.157 resultado de la subcontratación a precios inferiores a los fijados en el contrato, reiteró, que esta «no concurrió» ya que ningún tercero distinto de la unión temporal realizó la obra. Fue, dijo, una firma integrante de la contratista, es decir, Mavicol Ltda., «la que ejecutó internamente las actividades», por lo que no puede afirmarse la existencia de extracción de recursos que configure el punible de peculado.

155. Sobre el tipo subjetivo de peculado por apropiación, debe considerarse que la profesión del inculcado es la de

arquitecto, diferente de la ingeniería civil que refiere más a los contratos de obra. Además, dijo, su primer cargo público fue el de secretario de infraestructura a partir del 2 de enero de 2008.

156. Agregó que su defendido obró con «diligencia, prudencia, mediante la vigilancia y control de tareas asignadas a los profesionales» adscritos a la Secretaría. Que la vigilancia y control la ejerció a través de la supervisora Lucy Urón Rincón, ingeniera quien le informó sobre el correcto avance de la obra, sin perder de vista que «el control total» de todas las fases de la contratación estuvo a cargo del Invias.

157. Por demás, señaló, no se probó que un miembro de su equipo fallara o que hubiera obrado irregularmente y el procesado conscientemente lo permitió. Tampoco se probó que CARRILLO MENDOZA fue determinador de las irregularidades, o participó en ellas, o que las conoció y quiso un resultado contrario a derecho.

158. Asumiendo que su prohijado no actuó dolosamente, solicita a la Sala se lo absuelva de los delitos por los que fue acusado.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

5.1 Competencia

159. 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 de la 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 senador de la República¹¹, no obstante tratarse de hechos cometidos cuando se desempeñó como secretario de infraestructura del departamento de Norte de Santander.

160. Al respecto es de precisar que los preceptos superiores citados, establecen a favor de los congresistas en garantía de la independencia y continuidad de sus funciones 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 de congresistas. Una vez terminada ésta, el fuero solamente se conserva respecto de los delitos que tienen relación con las funciones desempeñadas¹².

161. En este caso, toda vez que el procesado actualmente ostenta la calidad de senador de la República¹³, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para juzgarlo, a pesar de que los delitos por los que se lo acusa acaecieron cuando fungía de secretario de infraestructura de la Gobernación de Norte de Santander y de que la resolución de acusación se profirió cuando ostentaba la condición de representante a la Cámara por ese departamento.

¹¹ Cf. Senado de la República de Colombia, «Senadores», perfil institucional de WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, periodo 2026-2030, <https://www.senado.gov.co/index.php/el-senado/senadores> (consulta: 23 de agosto de 2026).

¹² CSJ. AP. 1 de septiembre de 2009. Rad. 31653.

¹³ Cf. Senado de la República de Colombia, «Senadores», perfil institucional de WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, periodo 2026-2030, <https://www.senado.gov.co/index.php/el-senado/senadores> (consulta: 23 de agosto de 2026).

En una y otra condición —representante a la Cámara al momento de la acusación y senador de la República en la actualidad— el procesado ha ostentado la calidad de congresista que determina el fuero constitucional.

5.2 Requisitos para condenar

162. Conforme al artículo 232 de la Ley 600 de 2000, la sentencia condenatoria exige prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.

163. Ese estándar opera junto con la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*: la carga de desvirtuarlos permanece íntegramente en el Estado y no se satisface porque la explicación defensiva parezca menos persuasiva, sino porque la hipótesis acusatoria esté corroborada en todos sus elementos y las alternativas razonables hayan sido descartadas.

164. En aplicación de los artículos 232 y 238 del estatuto procesal, la Sala valora el acervo de manera conjunta, conforme a la sana crítica, y exterioriza el enlace entre cada hecho probado, el medio de convicción que lo respalda y la inferencia que de él se obtiene. La prueba indiciaria es apta para fundar certeza, siempre que los hechos indicadores estén acreditados, converjan, no sean anfibológicos y se confronten seriamente con los contraindicios y las explicaciones de la defensa¹⁴.

165. El examen conduce a una conclusión diferenciada. La prueba satisface el estándar de certeza para condenar por contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en los precisos

¹⁴ Cf. art. 238 L. 600 de 2000.

términos que se expondrán; no ocurre lo mismo con el peculado por apropiación en favor de terceros, respecto del cual subsisten vacíos objetivos y subjetivos insuperables. Cada delito se decide mediante una subsunción autónoma: las irregularidades contractuales acreditadas para el artículo 410 no sustituyen la prueba de una apropiación patrimonial ni del dolo específico exigido por el artículo 397.

5.3 Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

166. Este delito es descrito por el artículo 410 del Código Penal con la reforma de la Ley 890 de 2004¹⁵, 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 sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

167. El supuesto de hecho enmarca la conducta de un servidor público que entre sus funciones debe intervenir en un proceso de contratación e incumple los requisitos sustanciales

¹⁵ El aumento de pena por la reforma le fue imputado en el auto que resolvió la situación jurídica y en la acusación.

exigidos para su trámite, o al celebrar o liquidar el contrato omite verificar que se hayan observado¹⁶.

168. 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 satisfecho¹⁷.

169. 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 liquidación¹⁸.

170. La primera modalidad apunta 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 estatales¹⁹.

171. 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

¹⁶ Cf. CSJ, SP18532-2017, rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.

¹⁷ Cf. *Ibidem*.

¹⁸ Cf. *Ibidem*.

¹⁹ Cf. *Ibidem*.

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 público²⁰.

172. Los artículos 12²¹ y 25-10²² 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.

173. En todo caso, se reitera, la delegación y desconcentración no implican el desprendimiento de la

²⁰ Cf. CSJ SP18532-2017, *ibidem*.

²¹ 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 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.

²² 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.

responsabilidad del encargado de la contratación²³, pues la función de adjudicación está a su cargo²⁴.

174. El concepto de requisitos esenciales como elemento normativo alude 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 1993²⁵, normativa aplicable a la fecha de los hechos, y en las disposiciones que la desarrollan²⁶.

175. 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.

²³ 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.

²⁴ Cf. CSJ SP4413-2019, rad. 55967.

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

²⁶ Entre estas: Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008.

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.

4.3.3 Las dos formas de comportamientos prohibidos son: (i) tramitar el contrato sin observar los requisitos legales esenciales, y (ii) celebrarlo o liquidarlo sin verificar el cumplimiento de estos.

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. 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*)²⁷.

²⁷ CSJ SP082-2023, rad. 59994, 15 mar. 2023.

176. 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 texto²⁸.

177. 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 funciones²⁹.

178. 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.

179. De otro lado, los cánones 1, 3, 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, disponen que esta 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 estatales³⁰.

²⁸ Cf. CSJ. SP15528-2016, rad. 40383, 26 oct. 2016.

²⁹ Cf. *Ibidem*.

³⁰ Cf. *Ibidem*.

180. 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 administrados³¹.

181. El deber de planeación y el principio de economía³², deben 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 mercado³³.

182. Sobre dicho deber el Consejo de Estado, señaló:

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

³¹ Cf. *Ibidem*.

³² Artículo 25 Ley 80 de 1993.

³³ Cf. *Ibidem*.

*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 demanden*³⁴.

183. 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 planificadoras³⁵.

184. Por su parte, el principio de transparencia³⁶ 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 norma³⁷.

185. 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.

³⁴ Cf. CE 070012331000199900546-01, 28 de mayo de 2012, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

³⁵ CE 15001233100019880843101-8031, 5 de junio de 2008, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

³⁶ Artículo 24 Ley 80 de 1993 ordinal 1°.

³⁷ Cf. C.E. 15234, 29 de agosto de 2007, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

186. 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 consideración de los mencionados criterios subjetivos³⁸.

187. 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.

188. Por su parte, el parágrafo del artículo 39 de la citada ley exceptúa de las formalidades plenas, los contratos que no superan las cuantías allí delimitadas de cara a 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 gasto³⁹.

189. Para finalizar, conviene poner énfasis en que el bien jurídico de la administración pública es polivalente, es decir, 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 mismo⁴⁰.

³⁸ Cf. CSJ. SP. Rad. 30933 de 26 mayo 2010.

³⁹ Cf. CSJ SP15528-2016, rad. 40383.

⁴⁰ Cf. CSJ SP2294-2019, rad. 47475 26 jun. 2019.

190. El bien jurídico de la administración pública se lesiona cuando se quebrantan de manera formal y material los principios que orientan la función administrativa y la contratación estatal. En este asunto la subsunción se limitará a las reglas vigentes y específicamente identificadas —artículo 209 de la Constitución, Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y Decreto 2474 de 2008—, sin convertir la sola invocación abstracta de un principio en fundamento de responsabilidad penal⁴¹.

191. Al decir de la Corte, el tipo penal del contrato sin cumplimiento de requisitos legales ampara los principios fundamentales de la contratación con abstracción 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.

192. El contrato sin cumplimiento de requisitos legales es un delito especial propio, doloso y de conducta alternativa, cuyo contenido se integra con las reglas extrapenales vigentes en cada fase. No toda infracción administrativa adquiere relevancia penal: el requisito desconocido debe ser esencial por condicionar materialmente la planeación, la selección, la celebración o la liquidación. El tipo no exige detrimento consumado, pues la afectación se concreta cuando el servidor, con conocimiento de la carencia, ejerce su competencia de forma que expone efectivamente la contratación a decisiones no planeadas, no transparentes o no objetivas. La esencialidad se determina mediante un juicio material compuesto: primero, se establece si la exigencia omitida condicionaba la formación válida de la

⁴¹ Cf. CSJ SP3478-2021, rad. 53219, 11 de agosto de 2021.

decisión contractual; segundo, se precisa el principio de la contratación que concretaba; tercero, se comprueba su incidencia real en la comparación de ofertas, la definición de la prestación o el control de ejecución; y, cuarto, se individualiza el dominio funcional del acusado sobre la decisión. Una infracción es penalmente relevante cuando su ausencia impide que la administración conozca qué contrata, por qué lo contrata, bajo qué condiciones compara a los oferentes o cómo verifica lo recibido. Este criterio separa el artículo 410 de la mera irregularidad disciplinaria y preserva los principios de legalidad, fragmentariedad y última ratio.

193. 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 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 injusto⁴². (En ese mismo sentido: CSJ SP3130-2021, rad. 58201, 21 jun. 2021).

194. Teniendo de presente este marco jurídico, la Sala abordará, en específico, los elementos del tipo penal en relación con la actuación del acusado, tomando además en cuenta las

⁴² Cf. CSJ. SP2294-2019 *ibidem*.

penas con la modificación del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, como fue anunciado al resolver la situación jurídica y calificar el mérito del sumario, amén de que en esta oportunidad, la apertura de instrucción penal, la indagatoria, situación jurídica y la acusación tuvieron ocurrencia con posterioridad al 21 de febrero de 2018, data en la que empezó a regir la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que modificó su postura, imponiendo la obligación de incrementar las penas contenidas en el Código Penal a los congresistas que habiendo cometido delitos en vigencia de la Ley 906 de 2004 (1 de enero de 2005 en adelante) son investigados y juzgados por el rito de la Ley 600 de 2000, atendiendo por demás, el principio de legalidad de los delitos y de las penas, cimiento del Estado de Derecho.

195. La aplicación del marco punitivo modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 fue comprendida en el llamamiento a juicio. La resolución AEI 00308-2022, al desarrollar el artículo 410, reprodujo expresamente los límites de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses de prisión, multa de 66,66 a 300 SMLMV e inhabilitación de 80 a 216 meses; y su parte resolutive acusó por ese tipo penal junto con la circunstancia del artículo 58.9. Además, la apertura de instrucción, la indagatoria, la situación jurídica y la acusación fueron posteriores al cambio jurisprudencial de 21 de febrero de 2018 mencionado en esta providencia. En consecuencia, la dosificación no introduce una consecuencia sorpresiva ni excede el marco jurídico comunicado y controvertido.

5.3.1 Tipo objetivo

196. Por tratarse de un tipo penal en blanco y de aplicación estricta, el análisis seguirá cinco pasos: (i) individualizar la fase típica —trámite, celebración o liquidación—; (ii) precisar la regla extrapenal vigente y el deber funcional concreto; (iii) justificar por qué el requisito omitido era esencial y no una mera formalidad; (iv) enlazar la infracción con una actuación personal del acusado; y (v) acreditar separadamente el conocimiento y la voluntad. Las incidencias propias de la ejecución no integran por sí mismas el artículo 410, aunque pueden servir como prueba retrospectiva de una deficiencia de planeación existente antes de celebrar, si el enlace inferencial se demuestra. Este es el método fijado, entre otras, en CSJ SP3478-2021, rad. 53219, y reiterado en CSJ SP1690-2025, rad. 67642.

197. La tipicidad se examina separadamente en las fases de trámite, celebración y liquidación. En cada una se identifica la norma extrapenal vigente, el requisito esencial, el acto personal del acusado, el conocimiento que tuvo de la carencia y la decisión mediante la cual permitió que el proceso continuara. Los actos de ejecución se valoran únicamente como corroboración de defectos precontractuales o del conocimiento existente al liquidar, y no como una modalidad típica autónoma.

El estudio separado de las fases precontractual, contractual y de liquidación tiene como finalidad identificar los requisitos aplicables y la actuación personal del acusado en cada una de ellas. Los verbos tramitar, celebrar y liquidar son modalidades alternativas de una misma protección penal y se

valoran como una secuencia funcional cuando recaen sobre el mismo negocio. La fase previa explica las condiciones con que se abrió la competencia; la celebración revela si el servidor decidió obligar a la entidad pese a las carencias conocidas; y la liquidación permite establecer si, al cerrar el vínculo, verificó la correspondencia entre lo planeado, lo ejecutado y lo pagado. La condena exige, en todo caso, un acto personal y doloso en la modalidad que se declare probada.

198. 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 senador de la República WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, a la sazón, secretario de infraestructura de Norte de Santander, delegado por el gobernador para «expedir los actos administrativos, realizar estudios y demás documentos relativos a la actividad precontractual, contractual y poscontractual y celebrar los contratos, sin consideración a la cuantía», por irregularidades en el trámite, celebración y liquidación del contrato 01442 de 27 de agosto de 2010, que pueden sintetizarse así: a) violación del principio de planeación por deficiente estructuración de los estudios previos y pliego de condiciones⁴³; e indefinición de los puntos de referencia (PR) del alcance del contrato; b) vulneración del principio de transparencia por transgresión del deber de selección objetiva del contratista; c) irregularidades en la evaluación financiera; y, d) inobservancia del principio de transparencia en la elaboración y suscripción del acta bilateral de liquidación del contrato 01442 de 2010⁴⁴.

⁴³ Decreto 0115 de 24 de abril de 2009, artículo primero del gobernador de Norte de Santander. Cuaderno 1 Sala Instrucción, folio 56 y siguientes.

⁴⁴ Cuaderno Anexo 5 a folios 201 en adelante.

199. La certeza exigida por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 se obtiene de la valoración conjunta de las pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación, sea que se hayan practicado durante la instrucción o en la etapa de juicio, conforme al principio de permanencia de la prueba propio de ese estatuto procesal.

200. La condena recae sobre el mismo núcleo fáctico de la acusación: planeación deficiente, indeterminación técnica del objeto, restricción de la selección objetiva y liquidación sin verificación material. Las referencias que esta providencia hace a los diseños, al plazo de selección, a las exigencias de equipo y al balance técnico-económico corresponden a la valoración de las pruebas sobre esas mismas irregularidades, que la defensa conoció y controvertió durante la actuación. El componente financiero de la acusación se resuelve por separado.

201. La calidad de servidor público del procesado para la época de los hechos está probada con la certificación de 13 de abril de 2015 expedida por la secretaria general de la Gobernación de Norte de Santander, en la que consta que WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA fue designado secretario de infraestructura del departamento mediante Decreto 04 de 2 de febrero de 2008, fecha en la que se posesionó, y laboró hasta el 25 de diciembre de 2011, luego de que fuera declarado insubsistente su nombramiento mediante Decreto 01028 de 26 de diciembre de 2011. Por consiguiente, ejercía el cargo durante

el trámite y la celebración del contrato en 2010 y al momento de su liquidación, el 15 de noviembre de 2011⁴⁵.

202. 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 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 expedir los actos administrativos, realizar estudios y demás documentos relativos a la actividad precontractual, contractual y poscontractual y celebrar los contratos, sin consideración a la cuantía, en los secretarios de despacho de la Gobernación de Norte de Santander.

203. La intervención directa del acusado en las tres fases del contrato está documentada en actos que corresponden, cada uno, a una competencia decisoria que ejerció personalmente:

- (i) mediante el Decreto 0115 de 24 de abril de 2009, el gobernador de Norte de Santander delegó en los secretarios de despacho la competencia para expedir los actos administrativos, realizar los estudios y demás documentos de la actividad precontractual, contractual y poscontractual y celebrar contratos sin consideración a la cuantía, así como para conformar los comités de evaluación y solicitar los certificados de

⁴⁵ Acta de liquidación del contrato 01442 de 27 de agosto de 2010, cuaderno 1 Sala de Instrucción, folios 48 y siguientes.

disponibilidad presupuestal (cuaderno 1 de la Sala de Instrucción, folio 56);

- (ii) En ejercicio de esa delegación, el acusado suscribió el «Estudio previo y solicitud de contratación» de 19 de enero de 2010, en el que definió la necesidad, la solución técnica y las cantidades de obra (cuaderno anexo 4, folios 1 a 7);
- (iii) Suscribió el pliego de condiciones definitivo, que fijó las reglas de participación, los requisitos habilitantes y el cuadro de cantidades (cuaderno anexo 4, folio 47);
- (iv) Mediante la Resolución 428 de 3 de agosto de 2010 ordenó la apertura de la Licitación Pública LP-SI-003-2010 y mediante la Resolución 448 de 25 de agosto siguiente adjudicó el contrato a la Unión Temporal Arboledas 2010, actos que el propio contrato relaciona en sus considerandos;
- (v) El 27 de agosto de 2010 suscribió, en representación del departamento, el Contrato de obra 001442, cuya cláusula vigésima novena incorporó los estudios, la matriz de riesgos, los pliegos, la propuesta, las evaluaciones y la adjudicación;
- (vi) Suscribió las actas de modificación de cantidades de obra 01, 02, 03 y 04, de 9 de noviembre y 13 de diciembre de 2010, 15 de marzo y 18 de mayo de 2011 (cuaderno anexo 6 de la Sala de Instrucción, folios 441 y siguientes), y en el Comité Técnico 20 de 15 de marzo de 2011 propuso la redistribución de recursos que dio

lugar a la tercera de ellas (cuaderno 3 de la Sala de Instrucción, CD a folio 71, archivo «2596-2009», página 339); y

- (vii) El 15 de noviembre de 2011 suscribió el acta de liquidación bilateral del contrato (cuaderno 1 de la Sala de Instrucción, folios 48 a 53).

204. La calidad de servidor público satisface el elemento especial del sujeto activo, y la imputación se funda en esos actos: las competencias delegadas coincidían con los verbos rectores y CARRILLO MENDOZA conservó la decisión final en cada fase, como lo muestran los documentos que suscribió. El comité evaluador, el Invias, la interventoría y los profesionales de la Secretaría aportaron insumos técnicos, pero la verificación de los requisitos esenciales antes de adoptar cada una de esas decisiones correspondía al delegado.

5.3.1.1 Primera irregularidad. Violación del deber de planeación

5.3.1.1.1 Deficiente estructuración de los estudios previos y pliego de condiciones

205. Esta primera irregularidad se concretó en los siguientes hechos: a) realización de cuatro modificaciones a las cantidades de obra y la eliminación de ítems que implicaron una variación de más del 70 % del contrato inicial; b) indeterminación de las abscisas que delimitaran los puntos de referencia inicial y final para localizar el alcance de la obra; c) en el pliego de

condiciones se señaló de manera genérica, vaga e imprecisa que el objeto del contrato se circunscribiría al «Mejoramiento y mantenimiento de la vía Salazar-Arboledas, municipio de Arboledas, departamento de Norte de Santander», y en el anexo 4 determinó el alcance de la obra en 16 ítems, entre los cuales estaban incluidos los atinentes a la construcción de cunetas en concreto (9); «imprimación en emulsión asfáltica» (13) y «carpeta asfáltica» (14)⁴⁶, que posteriormente fueron eliminados, lo que modificó el objeto contractual.

206. Para examinar este cargo es necesario precisar cuál era la obligación jurídica que existía antes de contratar, qué documentos estaban disponibles en ese momento, cuáles soportes técnicos indispensables faltaban, por qué esa carencia incidía materialmente en la determinación de la obra y de qué manera las circunstancias posteriores corroboran que la falencia ya existía cuando se tramitó y celebró el contrato.

207. La obligación existente antes de contratar tenía una fuente legal y otra convencional. Los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008 exigían que, con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección, se elaboraran los estudios, diseños y proyectos requeridos y que los estudios previos estuvieran conformados por los documentos definitivos que permitieran a los proponentes valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad. A su vez, la cláusula octava del convenio interadministrativo 2596 de 2009 impuso al departamento la

⁴⁶ Cf. Disco Compacto incorporado por Informe Policía Judicial 6327515 de 9 de abril de 2021 (F. 103, c. o. 3). Archivo digital denominado «Carpeta 1 de 5 COP 1442 de 2010», Pág. 67. También cuaderno anexo 2 Sala de Instrucción a folio 115.

obligación de «obtener previo a la contratación de las obras, los diseños, planos, estudios y todos los demás documentos técnicos para el adecuado desarrollo de las obras» (literal a) y la de proyectar y elaborar el pliego de condiciones (literal d). Esta última previsión es determinante: el departamento se comprometió a contar con los diseños antes de contratar, de modo que su ausencia no constituía una insuficiencia cualitativa susceptible de completarse durante la ejecución, sino el incumplimiento de una condición previa a la contratación.

208. Al momento de abrir el proceso y celebrar el contrato, el departamento contaba con la ficha del proyecto registrada en el Banco de Programas y Proyectos de Inversión Departamental con el código SEPPI 2010-054000-0173, que identificó la necesidad -dos de los veinticuatro kilómetros de la vía Salazar-Arboledas se encontraban en lamentable estado de transitabilidad por el deterioro de la capa de rodadura- y la solución -pavimentar esa longitud y construir alcantarillas, cunetas, filtros, un *box culvert* y muros en gaviones-; con el «Estudio previo y solicitud de contratación» de 19 de enero de 2010, suscrito por el acusado, que identificó la necesidad, enumeró actividades y fijó cantidades, entre ellas 3.000 m³ de subbase, 2.100 m³ de base, 17.500 m² de imprimación y 1.120 m³ de carpeta asfáltica; y con el pliego de condiciones, cuyo anexo 4 describió el alcance de la obra en dieciséis ítems. Existió, entonces, un estudio previo, y la deficiencia que se examina no consiste en una ausencia absoluta de planeación.

209. Faltaban, en cambio, soportes técnicos indispensables. Los estudios, el pliego y el contrato no localizaron mediante

abscisas o puntos de referencia el sector de dos kilómetros que debía pavimentarse dentro de un corredor de veinticuatro; no incorporaron los diseños y planos definitivos -geométricos, de pavimento, de muros y de *box culvert*- que permitieran validar las cantidades y la solución constructiva; y no pusieron esos soportes a disposición de los oferentes.

210. Esa carencia tenía incidencia material en la determinación de la obra. Sin localización y sin diseños no era posible saber con precisión qué se contrataba ni dónde, calcular cantidades verificables de subbase, base, imprimación y carpeta asfáltica, ni asegurar que todos los proponentes cotizaran la misma intervención, como lo exigen los literales b) y c) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Por esa razón, la omisión comprometió los principios de planeación, economía, transparencia y selección objetiva que gobiernan la contratación estatal.

211. Las circunstancias posteriores a la celebración corroboran que esa falencia ya existía cuando se tramitó y celebró el contrato. Nueve días después de la firma, el contratista solicitó al secretario de infraestructura los diseños de pavimento, muros y *box culvert*; el primer informe de interventoría advirtió que las cantidades del presupuesto no correspondían a las necesidades verificadas; en octubre de 2010 fue necesario realizar una visita conjunta para determinar las actividades reales; los comités técnicos de noviembre registraron que la obra no avanzaba por la falta de diseños geométricos, que solo se entregaron el 23 de noviembre de 2010; y las cuatro modificaciones suprimieron los componentes de pavimentación e incorporaron obras no

previstas. Esos hechos no se examinan como irregularidades autónomas de la ejecución, que el artículo 410 no sanciona, sino como prueba de que la solución contractual inicialmente estructurada no se encontraba suficientemente definida. Su análisis detallado se efectúa a continuación.

5.3.1.1.2 Modificaciones a las cantidades de obra pactadas y eliminación de ítems

212. Sobre este cargo se indicó en la calificación, conforme al informe de policía judicial 11-82825 de 16 de marzo de 2016⁴⁷, que las cantidades de obra especificadas inicialmente, se modificaron en cuatro oportunidades, concluyéndose que los ítems inicialmente pactados, algunos disminuyeron su cantidad, otros la aumentaron, y fueron eliminados los ítems: cunetas en concreto (9); imprimación en emulsión asfáltica (13); y carpeta asfáltica $e=0.07$ m (14), relacionados con la pavimentación de la vía, que era sin duda el objeto esencial del proyecto, tal como se describió en el acápite «problema o necesidad» en el registro en el banco de proyectos⁴⁸ de los estudios previos que forman parte del pliego de condiciones⁴⁹.

213. Según la acusación esto pone de manifiesto que no se llevó a cabo una adecuada planeación que partiera de las reales condiciones de la vía a intervenir conforme a las verdaderas necesidades de la comunidad, es decir, no se estructuró un pliego de condiciones con una descripción clara, concreta y detallada de

⁴⁷ Fol. 116-138, c. o. 1. Informe presentado por la investigadora Sandra Varela Torres.

⁴⁸ Formato «Metodología general para la identificación, preparación y evaluación de proyectos». Nombre del proyecto: «MEJORAMIENTO DE LA VÍA SALAZAR-ARBOLEDAS DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER». Cuaderno. 7 Sala de Instrucción a folio 174.

⁴⁹ Pliego de condiciones. Núm. 1.1 Estudios previos. Cuaderno anexo 2 folio 60.

las obras a ejecutar para propender porque el objeto contratado cubriera las necesidades previstas y se realizara adecuadamente el proyecto como inicialmente fue concebido.

214. Se dijo también que las obras comenzaron a ejecutarse el 27 de septiembre de 2010 y en menos de dos meses se eliminaron del objeto del contrato la «imprimación en emulsión asfáltica» y «carpeta asfáltica», según se desprende del anexo del acta de modificación de cantidades de obra 01 de 9 de noviembre de 2010⁵⁰.

215. En el acta de modificación de cantidades de obra de 13 de diciembre de 2010⁵¹, se incluyó un ítem denominado «concreto ciclópeo para muros», el cual no fue previsto en el presupuesto inicial del contrato ni de la obra, y se tomó la determinación de excluir, a cambio, el ítem 9 del contrato original, referido a la «construcción de cunetas en concreto de 21 MPa, que incluía: excavación y replanteo», como consta en el acta de modificación de cantidades de obra 03 de 15 de marzo de 2011⁵².

216. Mediante acta de modificación de obras 04 de 18 de mayo de 2011, nuevamente se realizaron ajustes en las cantidades de obra⁵³, lo que finalmente condujo al cambio del objeto del contrato inicialmente pactado para convertirlo en algo distinto a lo que primeramente se convino.

⁵⁰ Cf. Disco compacto informe 6327515 de 9 de abril de 2021 (F. 103, c. 3 Sala Instrucción). Archivo digital denominado carpeta 4 de 5 contrato 1442 de 2010, pág. 1.

⁵¹ *Ibidem*, pág. 7.

⁵² Cf. Disco compacto incorporado por informe 6327515 de 9 de abril de 2021 (F. 103, c. o. 3). Archivo digital carpeta 5 de 5 contrato 1442 de 2010, pág. 33.

⁵³ *Ibidem* pág. 54.

217. En suma, se reprochó que el contrato de obra pública hubiera sido modificado en cuatro oportunidades, con cambios que implicaron variaciones en todas las cantidades de obra y la exclusión de varios de los ítems inicialmente pactados, reformas que trajeron como consecuencia que el proyecto original cambiara en más del 70 %, y en su objeto esencial: la pavimentación de 2 km de la vía como fue inicialmente concebido y registrado en el banco de proyectos, haciendo evidente la vulneración del principio de planeación por grave deficiencia en la elaboración de los estudios previos y el pliego de condiciones, los cuales se estructuraron al margen de las necesidades reales de la obra que se pretendía ejecutar.

218. Frente a este cargo, el apoderado defendió el trámite impartido a la contratación, indicando que se adecuó a los lineamientos previstos en la ley «especialmente por el convenio interadministrativo 2596 de 2009», según el cual, la Gobernación tenía la obligación de obtener el visto bueno del Inviás en las distintas etapas del proceso contractual.

219. Para la defensa, la acusación omitió el hecho de que el Inviás «controló, lideró, revisó y avaló los documentos base del proceso precontractual y contractual», sin que la Gobernación tuviera injerencia. Aseguró que la prueba documental revela que los estudios previos y pliego de condiciones contaron siempre con el aval técnico de dicho ente, por modo que su prohijado no pudo haber determinado los hechos por carencia de su dominio.

220. Respecto de las modificaciones, adujo que fueron producto de fenómenos externos ajenos a la voluntad del

procesado, como las condiciones climáticas «devastadoras», y de la decisión autónoma de los funcionarios del Invias y del departamento que intervinieron en el proceso contractual como miembros del comité de obras, respecto de cuyas decisiones el secretario solamente se limitaba a impartir el visto bueno, tomando en cuenta que nunca fue advertido de alguna irregularidad en dichas modificaciones y que estas, además de obedecer al recrudecimiento de la ola invernal tienen sustento en el ordenamiento jurídico.

221. Antes de abordar el análisis de los cargos, debe precisar la Sala el marco jurídico que entonces regía para la tramitación del contrato de obra pública 01442 del 27 de agosto de 2010.

222. En primer lugar, el citado acto jurídico tuvo origen en el convenio interadministrativo 2596 de 13 de noviembre de 2009⁵⁴ suscrito entre el Instituto Nacional de Vías –Invias– y el departamento de Norte de Santander, representado por el gobernador, cuyo objeto consistió en el «MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO DE LAS VÍAS EN JURISDICCIÓN DE LOS MUNICIPIOS DE ÁBREGO, ARBOLEDAS, BOCHALEMA, BUCARASICA, CÁCHIRA, CÁCOTA, CONVENCION, CÚCUTA, CHITAGÁ, GRAMALOTE, PAMPLONA, SAN CAYETANO, SARDINATA, SILOS, TIBÚ, TOLEDO Y VILLACARO, DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER», entre cuyas cláusulas pueden destacarse, la primera en su parágrafo segundo, la obligación del departamento de contratar las obras *de conformidad con el proyecto presentado al Invias*; la séptima,

⁵⁴ Cuaderno 1 Sala Especial de Instrucción, folios 36 en adelante.

literales c) y f), que impuso al Invias apoyar al departamento en la definición del pliego de condiciones y en caso de que lo requiera en la parte técnica y legal, *previa solicitud del mismo*; la octava: «OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO», literal a) incorporar los recursos del convenio a su presupuesto *y a obtener previo a la contratación de las obras, los diseños, planos, estudios y todos los demás documentos técnicos para el adecuado desarrollo de las obras*; literal c) cumplir con los trámites, permisos, normas legales, técnicas, jurídicas y demás requisitos necesarios para la presentación y ejecución total del proyecto; literal d), *proyectar y elaborar el pliego de condiciones para la contratación de las obras*; literal e) adelantar el proceso de contratación y celebrar el respectivo contrato de conformidad con la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios; literal h) supervisar la ejecución del contrato de obra y velar por el debido y cabal cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista; literal i), coordinar y gestionar los procesos de ejecución de los proyectos en las diferentes etapas (precontractual, contractual y liquidación), y literal j), coordinar, revisar y elaborar la liquidación del contrato de obra; la cláusula décima tercera: el Invias no adquirirá relación contractual alguna con los contratistas que vincule el departamento y la responsabilidad originada en los procesos de selección y en la ejecución de los contratos y obras seguirá a cargo del departamento, siendo el único responsable ante el Invias por el cumplimiento de las obligaciones del presente convenio.

223. Previamente, el gobernador de la época mediante Decreto 0115 de 24 de abril de 2009⁵⁵, en su artículo primero

⁵⁵ Cuaderno 1 Sala Especial de Instrucción a folio 56 y siguientes.

dispuso delegar la competencia para «expedir los actos administrativos, realizar estudios y demás documentos relativos a la actividad precontractual, contractual y poscontractual y celebrar contratos, sin consideración a la cuantía, en los secretarios de despacho de la gobernación de Norte de Santander». En el artículo segundo delegó en los mismos funcionarios, la conformación del comité de evaluación de los procesos contractuales. Y en su artículo tercero delegó la solicitud del certificado de disponibilidad presupuestal para todos los contratos.

224. Además, forman parte del marco jurídico del proceso contractual, la Resolución 428 de 3 de agosto de 2010 del secretario de infraestructura por la cual se ordenó la apertura de la Licitación Pública LP-SI-003-2010 para el «Mejoramiento y mantenimiento de la vía Salazar-Arboledas, municipio de Arboledas, departamento de Norte de Santander»; el pliego de condiciones definitivo y su adenda 01 y el texto del contrato de obra 001442 de 27 de agosto de 2010.

225. Lo anterior sin perjuicio de lo normado en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 2474 de 2008, normativa vigente para la época de los hechos⁵⁶.

226. La normatividad referenciada constituye el marco legal regulador básico que la administración de Norte de Santander

⁵⁶ El Decreto 855 de 1994 fue derogado por el artículo 83 del Decreto 066 de 2008; para los hechos de 2010 se aplicaba, entre otras disposiciones, el Decreto 2474 de 2008.

debió observar para el trámite, celebración y liquidación del contrato 001442 de 2010.

227. En relación con las cuatro modificaciones del contrato original se tiene, de acuerdo con su cláusula primera que el objeto de este se concibió inicialmente para ejecutar «las obras de MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO DE LA VÍA SALAZAR-ARBOLEDAS, MUNICIPIO DE ARBOLEDAS, DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER», según propuesta presentada el 10 de agosto de 2010, los pliegos de condiciones, el proyecto identificado con código SEPPI 2010-054000-0173 y el presente contrato comprenden:

Tabla No 1

ITEM	DESCRIPCION	UNID	CANTIDAD	VR. UNITARIO	VR. PARCIAL
1	Excavación en conglomerado	m ³	200	47.381	9.476.200
2	Excavación sin clasificar	m ³	200	51.538	10.307.600
3	Concreto reforzado de 21 MPa para muros y box culvert	m ³	150	635.716	95.357.400
4	Acero de refuerzo	Kg	9.500	7.078	67.241.000
5	Rellenos compactados en material granular, incluye: transporte	m ³	425	115.640	49.147.000
6	Construcciones de muros en gaviones, malla T.T, piedra rajón y geotextil	m ³	300	178.463	53.538.900
7	Construcción de alcantarillas D=36", incluye: tubo, atraques y concreto para poceta y pantalla de salida.	MI	56	2.417.697	135.391.032

8	Filtros en geodrén tipo ADS, incluye: excavación y relleno	MI	800	139.788	111.830.400
9	Cunetas en concreto de 21 M, incluye: excavación y replanteo	MI	1.000	92.003	92.003.000
10	Mejoramiento de subrasante a máquina con adición de material, e=0,15 m	m ²	14.000	8.776	122.864.000
11	Subbase granular compactada, e=0,25 m	m ³	3.000	67.444	202.332.000
12	Base granular compactada, e=0,20 m	m ³	2.100	82.467	173.180.700
13	imprimación en Emulsión Asfáltica	m ²	17.500	10.093	176.627.500
14	Carpeta asfáltica, e=0,07 m	m ³	1.120	543.839	609.099.680
15	Transporte de materiales	m ³ -km	85.000	1.500	127.500.000
16	Manejo de Aguas	GLB	1	2.565.126	2.565.126
COSTO DIRECTO					2.038.461.538
ADMINISTRACION 13 %					265.000.000
IMPREVISTOS 12 %					244.615.385
UTILIDAD 5 %					101.923.077
VALOR TOTAL					2.650.000.000

Fuente: Elaboración con los datos del proceso.

228. Se pactó en el parágrafo 1 de la misma cláusula, que el contratista se obligaba a ejecutar a los precios acordados en esta, todos los trabajos y obras necesarios para la correcta ejecución, estabilidad, seguridad y adecuación, conforme al objeto de la obra contratada, los cuales sólo serán revisables cuando por dilaciones no imputables a éste se demore la

iniciación de la obra y con ello se afecte el equilibrio de la ecuación contractual.

229. La primera modificación consta en acta 01 de 9 de noviembre de 2010⁵⁷, suscrita por el representante legal de la unión temporal, el interventor y el secretario de infraestructura en la que además de las modificaciones de cantidades obra pactadas originalmente, se suprimieron los ítems 13 y 14, correspondientes, en su orden, a imprimación de emulsión asfáltica y carpeta asfáltica $e=0,07$ m, relacionados con la pavimentación de la vía.

230. La segunda modificación se hizo por acta de 13 de diciembre de 2010, suscrita por las mismas personas que intervinieron en el acta anterior en la que se aumentaron las cantidades de excavación sin clasificar (2); construcción de muros en gaviones, malla TT, piedra rajón y geotextil (6); filtros en geodrén tipo ADS, incluye excavación y relleno (8); y se adicionó concreto ciclópeo para muros (17); y se disminuyeron las cantidades de excavaciones en conglomerado (1); acero de refuerzo (4); subbase granular compactada $e=0,25$ m (11); base granular compactada $e=0,20$ m (12).

231. Tres meses después, nuevamente se modificaron las cantidades de obra por acta de 15 de marzo de 2011⁵⁸, suscrita además por la ingeniera supervisora de la Secretaría, Lucy Elena Urón Rincón, se eliminaron las cunetas en concreto de 21 MPa, incluye excavación y replanteo (9); se redujeron nuevamente la

⁵⁷ Cuaderno anexo 6, folio 441.

⁵⁸ *Ibidem* folio 500.

subbase granular compactada $e=0,20$ m (11) y la base granular compactada $e=0,20$ (12); y transporte de material (15).

232. Finalmente, según acta de modificación de obra 04 de 18 de mayo de 2011⁵⁹, se disminuyeron las cantidades de concreto reforzado de 21 MPa para muros y *box culvert* (3); de acero de refuerzo (4) y de construcciones de muros en gaviones malla TT, piedra rajón y geotextil; mientras que se aumentaron las cantidades de excavaciones sin clasificar (2); construcción de alcantarillas D=36" incluye tubo, atraques y concreto para pocetas y pantalla de salida (7); filtros de geodrén tipo ADS, incluye excavación y relleno (8) mejoramiento de subrasante a máquina con adición de material $e=0,15$ m (10); transporte de material (15) y de concreto ciclópeo para muros (17).

233. La prueba demuestra que el contrato fue modificado en cuatro oportunidades mediante decisiones documentadas y suscritas, con disminuciones, aumentos y supresiones de cantidades que conservaron prácticamente la cuantía total. Está acreditado, de manera verificable, que varios ítems fueron alterados más de una vez; que al cierre quedaron suprimidas las cunetas en concreto (ítem 9), la imprimación (ítem 13) y la carpeta asfáltica (ítem 14), por un valor aproximado de \$877.730.180, equivalente al 33 % del contrato; y que se incorporó concreto ciclópeo para muros (ítem 17) por \$132.047.796, actividad no incluida en el cuadro inicial. Estos datos se valoran por su función técnica y su relación con los soportes de planeación.

⁵⁹ *Ibidem* folio 515.

234. El Contrato 001442 permite establecer cuál fue la solución técnica sometida a selección. Su considerando 4 identificó la pavimentación, con la estructura de subbase, base y carpeta asfáltica, como la respuesta para mejorar el tránsito; la cláusula primera incorporó la propuesta, los pliegos y el proyecto SEPI 2010-054000-0173; y el cuadro económico incluyó cunetas, imprimación y carpeta asfáltica.

En otras palabras, el proyecto registrado para atender la necesidad contemplaba la pavimentación de un tramo determinado de la vía; los estudios previos y el contrato tradujeron esa finalidad en cantidades concretas de subbase, base, imprimación, carpeta asfáltica y demás actividades; y durante la ejecución algunos de esos elementos fueron eliminados por completo y otros disminuidos de manera significativa, mientras se incrementaron o incorporaron obras de drenaje, contención y estabilización.

Entre la solución técnica sometida inicialmente a selección y la configuración material finalmente ejecutada existe, por tanto, una distancia ostensible, que se relaciona con la falta de diseños y soportes definitivos al momento de contratar.

235. La fuente precontractual confirma ese contenido con mayor precisión. El «Estudio previo y solicitud de contratación» de 19 de enero de 2010, suscrito por WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA como secretario de infraestructura, no se

limitó a una fórmula genérica: previó subbase de 0,25 m, base de 0,20 m y carpeta asfáltica de 0,07 m, y cuantificó, entre otros componentes, 1.000 metros lineales de cunetas, 3.000 m³ de subbase, 2.100 m³ de base, 17.500 m² de imprimación y 1.120 m³ de carpeta asfáltica (cuaderno anexo 4, folios 1 a 7). La firma del acusado en el documento que fijó esas prestaciones es relevante porque demuestra su intervención en la definición del alcance que después debía verificar al celebrar, modificar y liquidar.

236. Los anexos originales de las Actas de Modificación 01, 02, 03 y 04 —de 9 de noviembre y 13 de diciembre de 2010, 15 de marzo y 18 de mayo de 2011— contienen la firma del acusado junto con las de contratista, interventoría y, cuando correspondió, supervisión (cuaderno anexo 6 de la Sala de Instrucción, folios 441 y siguientes). Cada instrumento constituye, por ello, una nueva decisión funcional atribuible a CARRILLO MENDOZA y permite comparar directamente lo que él aprobó al inicio, con lo que autorizó durante la ejecución.

237. La relevancia de las cuatro modificaciones radica en que afectaron elementos centrales de la solución inicialmente estructurada. Las actas acreditan la supresión de los ítems 9, 13 y 14 (cunetas, imprimación y carpeta asfáltica), por aproximadamente \$877.730.180, equivalentes al 33 % del valor del contrato, la reducción sustancial de la subbase y de la base granular y la incorporación de concreto ciclópeo, actividad no prevista.

Esos componentes materializaban la pavimentación de los dos kilómetros que el banco de proyectos definió como respuesta a la necesidad pública, de modo que su eliminación tiene una significación mayor que la de rubros accesorios del mismo valor. Valoradas junto con la falta de soportes técnicos oportunos, estas variaciones muestran que las cantidades y la configuración material de la obra no se encontraban suficientemente consolidadas al momento de contratar.

238. Al contrastar el contrato inicial con las cuatro modificaciones y el acta de recibo final, se acredita que no se ejecutaron los componentes destinados a pavimentar los dos kilómetros previstos en la ficha del Banco de Programas y Proyectos de Inversión Departamental, código SEPPI 2010-054000-0173, incorporada al proceso contractual. La cláusula primera formuló el objeto en términos generales de mejoramiento y mantenimiento. Lo probado es que la pavimentación constituía una parte estructural de la solución técnica y económica sometida a selección, definida en el proyecto, los estudios, el pliego y el cuadro de cantidades, y que posteriormente fue eliminada.

239. En el banco de programas el proyecto se identificó con el código referido y el nombre «MEJORAMIENTO DE LA VÍA SALAZAR-ARBOLEDAS DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER» y en la descripción del «Problema o necesidad. Descripción de la situación existente en relación con el problema», numeral 4, se indicó: «La vía Salazar-Arboledas tiene una longitud total de 24 km y un ancho de calzada de 6 (sic) se encuentra en lamentable estado de transitabilidad una longitud

de 2 km debido al deterioro de la capa de rodadura (subrasante) debido al agua de escorrentía». Para luego en la descripción del proyecto, numeral 7 del mismo documento, señalar: «Se mejorará la transitabilidad vehicular de la vía *pavimentando una longitud de 2 kilómetros*, construyendo 9 alcantarillas de 36», cunetas en concreto 1000 ml, filtros en geodrén tipo ADS 800 ml, un *box culvert*, muro en gaviones 300 m³. Para may» (sic). (Énfasis adicionado)

240. Obsérvese entonces que el proyecto primigeniamente concebido y planificado si bien en términos generales se denominó como de «MEJORAMIENTO DE LA VÍA SALAZAR-ARBOLEDAS», en la descripción del problema se destacó que de los 24 km de la vía se encontraban en «lamentable estado de transitabilidad 2 km» debido al deterioro de la capa de rodadura, situación que de conformidad con la descripción del proyecto se mejoraría (solucionaría) «pavimentando una longitud de 2 km» que fue lo que se proyectó tanto en los estudios previos como en el pliego de condiciones y bajo esa premisa se implementó todo el proyecto y el proceso contractual.

241. Como consecuencia de las modificaciones, no se ejecutaron los componentes previstos para pavimentar los dos kilómetros identificados en la ficha del proyecto. Sí se realizaron obras de arte, drenaje, contención y base granular, pero la respuesta técnica que justificó la contratación —pavimentación de un sector con *box culvert*, alcantarillas, gaviones, filtros, cunetas y estructura de pavimento— fue recompuesta durante la ejecución, como se advierte al comparar el estudio previo, la ficha SEPPI y el cuadro contractual con lo finalmente recibido.

242. La administración, con intervención decisoria del secretario de infraestructura, autorizó cuatro modificaciones que finalmente prescindieron de imprimación y carpeta asfáltica y redujeron de forma sustancial subbase y base. El objeto general continuó siendo el mejoramiento y mantenimiento de la vía; lo que cambió de manera relevante fue la configuración prestacional seleccionada para alcanzarlo. Esa distinción demuestra que componentes estructurales de la solución y sus cantidades no estaban suficientemente consolidados antes de abrir y celebrar, como lo corroboran los informes y las solicitudes de diseños.

243. 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 y a esto se comprometió el departamento en el marco de las obligaciones derivadas del convenio 2596 de 2009⁶⁰, cláusula octava, literal a) «Incorporar los recursos del presente convenio al presupuesto del departamento y *obtener previo a la contratación de las obras, los diseños, planos, estudios y todos los demás*

⁶⁰ Convenio Interadministrativo 2596 de 2009. Informe Parcial Policía Judicial 6241735 de 26.02.21. Cuaderno 3 Sala de Instrucción, CD folio 71, pág. 304 archivo digital.

documentos técnicos para el adecuado desarrollo de las obras».
(Cursivas de la Sala)

244. En relación con los estudios previos, el Consejo de Estado⁶¹, ha venido advirtiendo: 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».* (Énfasis de la Sala)

245. 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.

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

⁶¹ 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.

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: a) La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación; b) 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; c) las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución; d) el soporte técnico y económico del valor estimado del contrato; e) el análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de estos que deben ser amparados por el contratista.

247. Por su parte el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, reglamentario de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007, sobre los estudios previos dispuso:

Artículo 3°. Estudios y documentos previos. En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone.

Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener los siguientes elementos mínimos:

1. *La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.*

2. *La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar.*

3. *Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.*

4. *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 el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.*

5. *La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 12 del presente decreto.*

6. *El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.*

7. *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.*

Parágrafo 1°. Los elementos mínimos previstos en el presente artículo se complementarán con los exigidos de manera puntual en las diversas modalidades de selección.

Parágrafo 2°. El contenido de los estudios y documentos previos podrá ser ajustado por la entidad con posterioridad a la apertura del proceso de selección. En caso que la modificación de los elementos mínimos señalados en el presente artículo implique cambios fundamentales en los mismos, la entidad, con fundamento en el numeral 2 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo y en aras de proteger el interés público o social, podrá revocar el acto administrativo de apertura.

Parágrafo 3°. Para los efectos del presente artículo, se entiende que los estudios y documentos previos son los definitivos al momento de la elaboración y publicación del proyecto de pliego de condiciones, sin perjuicio de los ajustes que puedan darse en el curso del proceso de selección. En todo caso, permanecerán a disposición del público por lo menos durante el desarrollo del proceso de selección.

Parágrafo 4°. En el caso de contratos en los que se involucre diseño y construcción, la entidad deberá poner a disposición de los oferentes además de los elementos mínimos a los que hace referencia el presente artículo, todos los documentos técnicos disponibles para el desarrollo del proyecto.

248. Revisadas las diligencias, encuentra la Sala no solo probadas las graves deficiencias en la elaboración de los estudios previos, sino que los planos y diseños no fueron entregados oportunamente al contratista para cumplir con el objeto del contrato.

249. El contrato fue objeto de cuatro modificaciones de cantidades y se eliminaron por completo los ítems 9, 13 y 14, vinculados con la pavimentación prevista. Su relevancia se establece a partir del examen individual de los ítems, de su función dentro del proyecto, de las decisiones documentadas y de la permanencia del valor contractual⁶².

250. En cuanto a las variaciones en las cantidades de obra el contrato fue modificado en cuatro oportunidades respecto de los ítems inicialmente contratados. Adicionalmente, a partir del modificadorio 02 se incluyó el ítem 17 correspondiente a concreto ciclópeo para muros.

251. Los cambios se realizaron mediante acta de modificación de cantidades de obra 01 de 9 de noviembre de 2010; acta 02 del 13 de diciembre de 2010; acta 03 de 15 de marzo de 2011 y acta 04 del 18 de mayo de 2011.

252. Observa la Sala que, en todas las modificaciones, los precios unitarios se mantuvieron iguales a los establecidos inicialmente en el contrato; sin embargo, se modificaron las cantidades de obra, con lo cual se evitó que ello generara variación en el valor total del contrato, ni de los costos directos.

253. Por ejemplo, la variación entre lo suscrito en el contrato respecto del acta de recibo 06 a 30 de junio de 2011, en temas monetarios es de \$120,30.

⁶² Acta de modificación 01 de 9.11.2010; Acta 02 de 13.12.2010; Acta 03 de 15.03.2011 y Acta 04 de 16.05.2011. Cuaderno anexo 6 Sala de Instrucción.

254. A continuación, se muestra el comparativo de las cantidades de obra inicialmente contratadas con las cantidades de obra ejecutadas frente al acta de recibo 06 final, así como la variación absoluta y porcentual resultante:

Tabla No 2

Descripción	und	Contrato No. 1442 de 2013			Acta de recibo No. 06 Final		Variación Absoluta*	Variación Porcentual %**
		Cant	Valor Unitario	Valor Parcial	Cant	Valor Parcial		
Excavación de conglomerado	MS	200	47.381	9.476.200	100	4.738.100,00	-100	-50
Excavación sin clasificar	MO	200	51.536	10.307.200	540	27.830.520,00	340	170
Concreto Reforzado de 21 Mpa para muros y bóvedas	MS	150	635.716	95.357.400	19,3	12.205.747,20	-130,6	-87
Acero de refuerzo	Kg	8600	7.076	60.851.200	950	6.724.100,00	-8550	-90
Relleños compactados en material granular, incluye: transporte	MO	425	115.840	49.147.000	429	49.609.560,00	4	1
Construcción de muros en gaviones, mallas T.T. piedra rajón y geotextil	MS	300	175.463	52.538.900	378	67.459.014,00	78	25
Construcción de acanallados D=30", incluye: tubo, atornillos y concreto para posata y península de salida	ML	98	2.417.667	236.931.332	342	828.662.374,00	591,6	511
Fibras de geodren tipo ADB, incluye: excavación y replanteo	ML	800	139.788	111.830.400	4099,6	569.864.084,80	4199,6	525
Cunetas en concreto de 21 Mpa, incluye: excavación y relleno	ML	1000	92.003	92.003.000	0	-	-1000	-100
Mezclamiento de subrasante a máquina con adición de material, a=0,15 mts	MO	14000	8.778	122.894.000	18709,5	163.842.572,00	3709,5	19
Sub-base granular compactada, a=0,25 mts	MO	3000	67.444	202.332.000	250	16.861.000,00	-2750	-92
Base granular compactada, a=0,20 mts	MO	2100	82.487	173.222.700	250	20.621.750,00	-1850	-88
Impresión en Emulsión Asfáltica	MO	17500	10.093	176.627.500	0	-	-17500	-100
Carpeta asfáltica, a=0,07 mts	MO	1120	943.933	906.029.600	0	-	-1120	-100
Transporte de materiales	MO-Km	85000	1.500	127.500.000	16949,8	25.424.700,00	-60050,2	-60
Manejo de aguas	GLB	1	2.585.126	2.585.126	1	2.585.126,00	0	0,00
Concreto ciclóped para muros	MS	0	485.884	-	360	132.047.796,00	360	No calculable
Costo Directo				2.038.461.636		2.038.461.644	-80	-50
Administración 13%				265.000.000		264.999.999		
Imprevistos 12%				244.615.385		244.615.374		
Utilidad 5%				101.923.077		101.923.073		
Valor Total				2.650.000.098		2.649.999.879		

Fuente: Elaboración con los datos del proceso.

*Variación Absoluta⁶³

**Variación Porcentual

255. De la anterior tabla se observa que el contrato presentó una variación absoluta significativa entre las cantidades inicialmente contratadas y las finalmente ejecutadas según el acta citada. La variación absoluta corresponde a la diferencia

* La variación absoluta se obtiene de restar la cantidad inicialmente contratada a la cantidad finalmente ejecutada.

**La variación porcentual resulta de dividir dicha variación absoluta entre la cantidad inicial contratada y multiplicar el resultado por 100. Cuando la cantidad inicial es cero, la variación porcentual no es calculable, por inexistencia de base inicial de comparación.

Fórmula: Variación absoluta = Cantidad final ejecutada - Cantidad inicial contratada Variación porcentual = Variación absoluta / Cantidad inicial contratada * 100

aritmética entre la cantidad final ejecutada en cada ítem, conforme al acta de recibo final y las cantidades inicialmente previstas en el contrato, expresando en unidades físicas el incremento o disminución registrados durante la ejecución.

256. No es metodológicamente válido sumar como si fueran una sola magnitud cantidades expresadas en metros cuadrados, metros cúbicos, metros lineales, días y otras unidades, ni derivar de esa adición un porcentaje global de disminución. Por tanto, la Sala prescinde de la cifra agregada del 69 % y de cualquier conclusión apoyada en ella. La comparación probatoriamente admisible es ítem por ítem y, en el plano económico, entre valores monetarios de bases homogéneas.

257. La alteración probada recayó sobre cantidades, supresión e incorporación de ítems y redistribución material del presupuesto, no sobre una modificación global de precios unitarios. La fuerza del indicio proviene de la eliminación del componente de pavimentación, de la incorporación de actividades no previstas y de la comparación entre el cuadro inicial, las cuatro actas y el recibo final.

258. La comparación del estudio previo con las actas de modificación revela la dirección material del primer cambio. El Acta 01 redujo concreto reforzado, acero y gaviones; aumentó alcantarillas, filtros, cunetas, subbase y base; y eliminó por completo los 17.500 m² de imprimación y los 1.120 m³ de carpeta asfáltica previstos en el estudio inicial (cuaderno anexo 4, folios 1 a 7, y cuaderno anexo 6, folio 441). El Acta 02

incorporó concreto ciclópeo y, en el curso de las Actas 02 a 04, se volvieron a alterar cantidades de drenaje, contención y estructura vial (cuaderno anexo 6 de la Sala de Instrucción). El juicio de relevancia descansa en que los cambios sucesivos recayeron sobre componentes previamente definidos como respuesta a la necesidad pública y muestran que su factibilidad y cantidades reales no estaban suficientemente consolidadas cuando se contrató.

259. La permanencia casi íntegra del valor contractual no neutraliza esa transformación. En un contrato de obra a precios unitarios puede variar la cantidad efectivamente ejecutada; sin embargo, cuando desaparecen por completo actividades de pavimentación y se redistribuyen recursos hacia obras de arte y drenaje no previstas o subestimadas, el precio nominal deja de ser un indicador suficiente de identidad prestacional. Lo jurídicamente relevante es la pérdida de correspondencia verificable entre necesidad, estudios, selección, obligación adjudicada y resultado recibido, no la mera existencia de un acta de ajuste ni una suma porcentual construida con unidades heterogéneas.

260. La defensa invocó el numeral 6.2 del pliego de condiciones, según el cual las cantidades de obra eran aproximadas y podían aumentarse, disminuirse o suprimirse sin que ello invalidara el contrato. Esa previsión facultaba a la administración para ajustar las cantidades durante la ejecución, pero no la relevaba de contar, al estructurar y celebrar el contrato, con los estudios y soportes técnicos suficientes para delimitar razonablemente la solución sometida a competencia. La

facultad de ajustar presupone una planeación técnicamente suficiente; entenderla como una autorización para contratar sin ella convertiría la cláusula en una patente de corso para ejecutar cualquier actividad bajo el mismo objeto y el mismo precio.

Por la misma razón, la permanencia del valor total del contrato, que pasó de \$2.650.000.000 a \$2.649.999.879, no demuestra que la redistribución obedeciera a un ajuste ordinario: lo que muestra es que, dentro de un precio prácticamente invariable, se sustituyeron componentes centrales de la prestación.

261. Las mayores disminuciones se presentaron en los ítems de cunetas en concreto, imprimación en emulsión asfáltica y carpeta asfáltica, los cuales registran una ejecución final de 0, equivalente a una reducción del 100 %. También se evidencian reducciones importantes en subbase granular compactada con -92 %; acero de refuerzo con -90 %; base granular compactada con -88 %; concreto reforzado con -87 % y transporte de materiales con -80 %.

262. Por otra parte, algunos ítems aumentaron de manera considerable, especialmente filtros de geodrén tipo ADS, que pasó de 800 ml a 4.999,6 ml, con una variación del 525 %, y construcción de alcantarillas D=36", que pasó de 56 ml a 342 ml, con una variación del 511 %. Igualmente, se destaca la inclusión del ítem concreto ciclópeo para muros, con una cantidad ejecutada de 269 m³, cuya variación porcentual no es calculable, dado que no tenía cantidad inicial contratada.

263. Sin agregar cantidades heterogéneas, si se verifica un dato monetario objetivo: el valor inicial fue \$2.650.000.000 y el valor registrado al cierre, \$2.649.999.879. También se acreditaron eliminaciones del 100 % en actividades de pavimentación, aumentos específicos en obras de drenaje y la incorporación de un ítem nuevo. La coincidencia prácticamente total del precio, pese a esa recomposición, debe valorarse junto con la ausencia inicial de diseños y con el contenido de las actas, no como prueba suficiente de un detrimento.

264. Las modificaciones posteriores no se examinan como irregularidades autónomas de la etapa de ejecución. Su valor probatorio consiste en corroborar una deficiencia precontractual, cuya demostración exige reconstruir, en orden cronológico, lo ocurrido con los diseños de la obra: la solicitud que el contratista elevó el 6 de septiembre de 2010, la persistencia de su ausencia en los informes y comités técnicos de octubre y noviembre de ese año, su entrega tardía y la obligación contractual y normativa que exigía tenerlos disponibles antes de contratar.

265. El primer dato de esa secuencia es el oficio de 6 de septiembre de 2010⁶⁴, suscrito por el representante legal de la unión temporal y dirigido al procesado CARRILLO MENDOZA, por el cual le solicitó «los diseños de pavimento, muros y *box culvert* de la vía a intervenir en contrato de obra 01442-2010 cuyo objeto es MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO DE LA VÍA SALAZAR-ARBOLEDAS, MUNICIPIO DE ARBOLEDAS, DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER».

⁶⁴ Cuaderno 3 Sala de Instrucción, CD fol. 103, carpeta 2 de 5, pág. 226 archivo digital.

266. Así, el contrato se firmó el 27 de agosto de 2010 y nueve días después el contratista aún reclamaba los diseños de pavimento, muros y *box culvert*, esto es, los soportes técnicos de los componentes principales de la obra contratada.

267. Después, el primer informe mensual de interventoría aportó una corroboración contemporánea e independiente. En la revisión inicial dejó consignado que las cantidades del presupuesto no correspondían a las necesidades verificadas y que era necesario «aterrizar el valor del contrato» a las actividades resultantes; informó, además, que no se había avanzado como se esperaba porque los diseños geométricos no habían sido completados y entregados por la Gobernación (Cuaderno 45415, ff. 80 y 85). Su valor reside en que registró, durante la ejecución temprana, hechos técnicos que coinciden con la solicitud del contratista, las actas modificatorias y las cantidades finalmente recibidas.

268. El mismo informe individualiza un hecho especialmente relevante para el conocimiento. Durante la semana del 10 al 16 de octubre de 2010 se realizó una visita conjunta con la interventoría, el secretario de infraestructura, un especialista de la Gobernación y el contratista para determinar las actividades reales; allí se acordó iniciar desde el K8+500, efectuar reparaciones y esperar la complementación de los estudios y diseños por parte de la Gobernación y el replanteo del contratista (Cuaderno 45415, ff. 89-91). Esta constancia sitúa personalmente a CARRILLO MENDOZA en el escenario donde la insuficiencia técnica fue examinada, antes de que suscribiera el Acta de Modificación 01.

269. De la no entrega de los diseños de la obra también da cuenta el acta de comité técnico 04 de 8 de noviembre de 2010⁶⁵, al señalar: «VI. DESARROLLO TEMAS (...) 5. Programación de obra: a la fecha no se da cumplimiento a lo establecido en la programación a causa de la falta de diseños geométricos de la vía a intervenir, razón por la cual solamente se avanza en la construcción de alcantarillas de diámetro 36». (Se subraya). Es decir, más de dos meses después de suscrito el contrato, aún no había entregado diseños de pavimento.

270. De esto también da cuenta el informe mensual de interventoría 02 de 27 de octubre a 27 de noviembre de 2010⁶⁶, en el acápite 3.4.1 Etapa de ejecución de la obra. AVANCE FÍSICO DEL PROYECTO. «DIFICULTADES PRESENTADAS DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO», al señalar: «a la fecha se han presentado dificultades en la ejecución de la obra, ocasionadas por el fuerte invierno que azota todo el país, no se ha tenido avance en actividades programadas de mejoramiento de subrasante, subbase y base, debido a que los diseños de la geometría de la vía a intervenir no han sido entregados por parte de la gobernación de Norte de Santander, generando el atraso antes mencionado». (Destaca la Sala)

271. La secuencia de noviembre de 2010 confirma lo anterior. El Comité Técnico 04 del 8 de noviembre de 2010 registró que el incumplimiento de la programación obedecía a la

⁶⁵ Cuaderno 3 Sala de Instrucción. CD a folio 103. Carpeta 3 de 5 folio 534 u 82 del archivo digital.

⁶⁶ Cuaderno 3 Sala de Instrucción. CD a folio 103, carpeta 3 de 5 folio 498 o 46 del archivo digital.

falta de diseños geométricos y que solo se avanzaba en alcantarillas; al día siguiente el acusado suscribió el Acta 01 que eliminó imprimación y carpeta asfáltica. El Comité 05 del 16 de noviembre reiteró que los diseños aún no se habían presentado y que por esa causa no avanzaban calzada, subbase y base; solo el Comité 06 del 23 de noviembre dejó constancia de que estudios, diseños y geometría fueron entregados, además sin oficio remisorio para información de la interventoría (Cuaderno 45415, ff. 156-163). La proximidad temporal entre la advertencia, la decisión y la entrega tardía permite afirmar que el acusado conocía la falta de diseños cuando suscribió la primera modificación.

272. Los diseños, por tanto, sí fueron entregados, pero no estuvieron disponibles en la etapa previa ni al celebrarse el contrato: fueron reclamados después de la firma, su ausencia persistía en los comités técnicos del 8 y 16 de noviembre de 2010 y solo el Comité 06 del 23 de noviembre registró la entrega de estudios, diseños y geometría, sin oficio remisorio para conocimiento de la interventoría. Esa entrega tardía no subsana el defecto precontractual.

273. La obligación de la administración de contar con los estudios, planos, diseños y documentos técnicos y entregarlos antes de la contratación se previó en el texto del convenio interadministrativo 2596 de 2009, puntualmente en la cláusula octava: «OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO. EL DEPARTAMENTO se obliga a: a) incorporar los recursos del presente convenio al presupuesto del departamento *y obtener previo a la contratación de la obra, los diseños, planos, estudios y*

todos los demás documentos técnicos para el adecuado desarrollo de las obras». (Se destaca)

274. Esa obligación convencional concreta lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, según el cual los estudios y documentos previos están conformados por «los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone»; por el parágrafo 4.º de esa disposición, que obliga a poner a disposición de los oferentes «todos los documentos técnicos disponibles para el desarrollo del proyecto»; y por el literal c) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que exige definir con precisión en el pliego las condiciones de costo y calidad de las obras necesarias para la ejecución del objeto del contrato. Que nueve días después de firmado el contrato el contratista aún reclamara los diseños de los componentes principales de la obra demuestra que esa documentación no estuvo a disposición de los oferentes.

275. Tampoco puede entenderse que la entrega de los diseños en noviembre de 2010 constituyera el ejercicio tardío, pero permitido, de la facultad prevista en el parágrafo 2.º del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008. Esa disposición autoriza ajustar el contenido de los estudios y documentos previos «con posterioridad a la apertura del proceso de selección», y el parágrafo 3º precisa que estos son «los definitivos al momento de la elaboración y publicación del proyecto de pliego de

condiciones, sin perjuicio de los ajustes que puedan darse en el curso del proceso de selección».

Se trata, entonces, de ajustes que ocurren mientras transcurre la selección y que quedan a disposición de los interesados para que formulen sus ofertas con base en ellos; si implican cambios fundamentales, la consecuencia prevista es la revocatoria del acto de apertura. En este caso la selección concluyó con la adjudicación del 25 de agosto de 2010 y el contrato se celebró dos días después sin que los diseños estuvieran disponibles. Su entrega, casi tres meses más tarde y en plena ejecución, no ajustó unos estudios en el curso de la competencia; completó el soporte técnico que debía existir para que los proponentes conocieran el alcance de lo que ofertaban.

276. De esa reconstrucción se concluye que los soportes técnicos indispensables no estuvieron oportunamente disponibles. La solicitud del contratista converge con los documentos publicados en el SECOP; con los estudios previos y el pliego, que no individualizaron diseños ni localización verificables; con el primer informe de interventoría, que advirtió que las cantidades no correspondían a las necesidades verificadas; con los comités técnicos que registraron la falta de diseño geométrico; y con las actas que modificaron componentes centrales de la obra.

Frente a esas circunstancias concordantes, la hipótesis de que existían diseños completos que no fueron localizados carece de respaldo: el contrato no los individualiza, el contratista los solicitó después de celebrado y la ejecución exigió decisiones

técnicas sustitutivas. La documentación disponible al contratar era, en consecuencia, insuficiente para definir cantidades, localización y solución constructiva, conclusión que la acusación demostró mediante fuentes independientes que se corroboran.

277. El informe mensual de interventoría de 27 de enero de 2011 registró que se encontraba en elaboración y evaluación una propuesta de Acta Modificatoria 03 para ajustar las actividades reales. El instrumento definitivo fue suscrito el 15 de marzo de 2011 y redujo o eliminó, entre otros componentes, cunetas, subbase, base y transporte. Esta última es, por tanto, la fecha de la decisión.

278. De esto se dejó constancia la interventoría externa en el informe mensual 04 de 27 de enero de 2011⁶⁷, numeral 3.3.1.5 «Elaboración del acta modificatoria 03»:

El contratista se encuentra elaborando el acta modificatoria 03 en donde se tienen en cuenta las actividades reales a ejecutar en la obra y se realizan modificaciones en las cantidades inicialmente contratadas, teniendo en cuenta la solicitud de la gobernación de Norte de Santander, donde serán eliminadas las actividades de subbase, base y cunetas y ampliar la meta física a 7,6 kilómetros, mediante la construcción de obras de arte, obras de drenaje y obras de contención, además de realizar el mejoramiento de la subrasante mediante la adición de material. Para esta actividad se tienen estipuladas y cuantificadas las obras hasta el K6+200 y será definida su aprobación o rechazo una vez se realice comité técnico en el que se contará con la

⁶⁷ *Ibidem* a folio 131 o 179 del archivo digital.

participación del INVÍAS Regional Norte de Santander,
representante de la Red Terciaria y Férrea, la gobernación de
Norte de Santander, la interventoría y la firma contratista.
(Énfasis añadido)

279. En el mismo documento numeral 6. «CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES» literal A, se expresó:

Fue presentada el acta modificatoria 03, la cual es elaborada teniendo en cuenta la solicitud planteada por la gobernación de Norte de Santander, con respecto a la eliminación de actividades que hacen parte de la estructura del pavimento y la construcción de cunetas, con el fin de ampliar la meta física a 7,6 kilómetros. Esta interventoría se encuentra evaluando lo planteado por el contratista y hace claridad que es viable dicha propuesta siempre y cuando se conserve la actividad correspondiente al mejoramiento de la subrasante con adición de material en el tramo contemplado. Se realiza verificación e inventario del estado de las obras existentes en el K3+700 y el K7+600, con el fin de aterrizar (sic) el presupuesto existente, sin modificar el valor del contrato. (Subrayado agregado)

280. En el literal B se dijo: «se determinó una meta física de 7,6 kilómetros para la ejecución del contrato de construcción a partir del K0+000 y el K7+600. En este tramo solamente se entregará la vía con todas las obras de arte, obras de sostenimiento y obras de drenaje, lo anterior obedece a que la gobernación de Norte de Santander tiene contratada la instalación de 5 kilómetros de carpeta asfáltica». (Se subraya).

281. La reconfiguración material de la solución contractual —en particular, la eliminación de los componentes destinados a

pavimentar dos kilómetros y la ampliación de la intervención mediante obras de arte, drenaje y contención hasta el K7+600— fue propuesta por CARRILLO MENDOZA en el Comité Técnico 20 de 15 de marzo de 2011, según consta en la respectiva acta. La Sala utiliza la expresión «reconfiguración material» porque el objeto general de mejoramiento y mantenimiento conservó su denominación, mientras variaron de manera sustancial las prestaciones mediante las cuales debía satisfacerse la necesidad. El documento registra la siguiente manifestación:

El secretario de infraestructura de la gobernación de Norte de Santander, manifiesta que con el fin de ampliar el alcance físico del contrato 1442 de 2010, que tiene por objeto EL MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO DE LA VÍA SALAZAR-ARBOLEDAS, MUNICIPIO DE ARBOLEDAS, DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER, propone continuar con la construcción de obras de arte, obras de drenaje y obras de contención hasta el K7+600, ampliando la meta física a 7,6 kilómetros y para lograr este objetivo se destinará la partida correspondiente a la construcción de subbase granular, base granular y construcción de cunetas en concreto a estas actividades, tal como lo mostrado en el acta modificatoria núm. 3 presentada por el contratista y acogiéndose a lo solicitado por la gobernación de Norte de Santander.

282. A continuación, sobre el tema, la misma acta agregó:

Dice el secretario de infraestructura del departamento, que en la actualidad existen contratos para ejecutar en dicho sector, correspondientes al suministro e instalación de materiales

pétreos para la red secundaria, suministro e instalación de la carpeta asfáltica región centro oriental y suroriental y mejoramiento y mantenimiento de la vía Salazar-Arboledas, en donde se contemplan la subbase granular, base granular, imprimación y colocación de pavimento, los cuales serán ejecutados por parte de la gobernación de Norte de Santander y en dichos contratos no se contemplaron las actividades correspondientes a obras de drenaje, obras de contención y obras de arte.

283. Y finalmente:

Por todo lo anterior expuesto el departamento de Norte de Santander, a través de la secretaría de infraestructura, considera justificable dar aprobación al acta modificatoria núm. 3 presentada por la Unión Temporal Arboledas 2010, en donde se tienen en cuenta las actividades necesarias antecesoras para proceder a la construcción del pavimento junto con su estructura, actividad que será realizada por parte de la Gobernación de Norte de Santander.

284. La prueba precedente permite una conclusión delimitada. El presupuesto y los documentos iniciales incluyeron pavimentación, pero no estuvieron acompañados, antes de la selección y celebración, por diseños definitivos y una localización verificable que validara cantidades y solución constructiva. Durante la ejecución fue necesario determinar actividades reales, completar los soportes técnicos y redistribuir cantidades; los diseños se reportaron como entregados tardíamente el 23 de noviembre de 2010 y, después, se eliminaron componentes de

pavimentación y se amplió la intervención con obras de drenaje, contención y arte. Esta secuencia desconoce el deber de planeación de los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008. Lo que la prueba demuestra, en suma, es que los soportes técnicos se obtuvieron tardíamente y que, a partir de entonces, la configuración de la obra cambió de manera sustancial.

285. La falta de diseños disponibles antes de abrir y celebrar el proceso demuestra una deficiencia grave de planeación, pero no permite afirmar, por sí sola, que desde el comienzo la Secretaría hubiera decidido no pavimentar ni que la obra fuera un pretexto. Tampoco la exigencia de maquinaria asfáltica prueba aisladamente un direccionamiento, pues guardaba relación aparente con el objeto anunciado⁶⁸. Su relevancia se examinará con el plazo otorgado, la negativa inmotivada de ampliación, la unicidad de la oferta y la ausencia de una justificación documentada sobre la proporcionalidad de los requisitos habilitantes⁶⁹.

286. Frente a esto, sin refutar la objetividad del hecho, la defensa esgrimió en su favor que fue el Inviás el que «controló, lideró, revisó y avaló los documentos base del proceso precontractual y contractual», sin que la Gobernación tuviera injerencia en los estudios previos y pliego de condiciones que contaron siempre con el aval técnico de dicho ente, por modo que

⁶⁸ Los requisitos habilitantes son la aptitud del proponente para participar en un proceso de contratación como oferente y están referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia. El propósito de los requisitos habilitantes es establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la entidad estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del proceso de contratación.

⁶⁹ Cf. Pliego de condiciones. Cuaderno Anexo 4 a folio 47.

el acusado no pudo haber determinado los hechos por carencia de su dominio.

287. La intervención del Invías no desvirtúa la participación del acusado. El convenio asignó al Departamento la obligación de obtener, antes de contratar, diseños, planos, estudios y demás documentos técnicos, así como proyectar y elaborar el pliego. El «ESTUDIO PREVIO Y SOLICITUD DE CONTRATACIÓN» y el «PLIEGO DE CONDICIONES» aparecen suscritos por CARRILLO MENDOZA como secretario de infraestructura, no por Invías. El aval, seguimiento o acompañamiento del instituto podía constituir un insumo especializado y se valora al examinar la confianza; no sustituyó la competencia del ente territorial para estructurar el proceso ni la decisión del acusado de aprobar sus documentos, abrir, adjudicar y celebrar.

288. Como lo señaló el convenio en su cláusula décima, la vigilancia y control de su ejecución y de las obras por parte del instituto, además de la interventoría contratada por este, se realizaría a través de un supervisor y/o el director territorial de Norte de Santander y por el supervisor del proyecto, mientras que las diferencias habidas entre estos y el departamento, por la Subdirección de la Red Terciaria.

289. La distribución funcional que resulta del convenio, del contrato y de la prueba es la siguiente: (i) el Invías tenía funciones de vigilancia, control y seguimiento sobre la ejecución del convenio, que ejercía por medio de su supervisor o del director territorial y del Comité de Seguimiento Contractual creado en la cláusula décima segunda; (ii) la interventoría externa, contr

por el Inviás conforme a la cláusula undécima, cumplía funciones técnicas de verificación de la obra; (iii) el departamento conservaba la obligación de estructurar adecuadamente el proceso contractual, lo que comprendía obtener los diseños, planos y estudios, y proyectar y elaborar el pliego (cláusula octava, literales a) y d)); y (iv) CARRILLO MENDOZA, como delegatario del gobernador, adoptaba las decisiones de apertura, adjudicación, celebración, modificación y liquidación del contrato.

De esa distribución se sigue que el Inviás no fue ajeno al proyecto, pero su intervención no comprendía la elaboración y aprobación de los documentos precontractuales del departamento ni la potestad jurídica de suscribir las modificaciones y la liquidación del contrato de obra, decisiones que permanecieron en cabeza del acusado.

290. En cuanto a la supresión de los componentes de pavimentación, el Acta del Comité Técnico 20 registra que el secretario propuso destinar recursos de subbase, base y cunetas a obras de arte, drenaje y contención para ampliar la meta física, y que el Departamento consideró justificable aprobar el Acta Modificatoria 03. La decisión se produjo dentro de una actuación con participación del contratista, interventoría, supervisión y comités. Su atribución al acusado deriva de que formuló la propuesta en representación del Departamento, conservó la competencia decisoria y suscribió el instrumento que le dio eficacia contractual, aun cuando la Subdirección de la Red Terciaria debía ejercer las funciones de seguimiento previstas en el convenio.

291. En dicha acta quedó constancia que el director territorial del Inviás, supervisor del contrato designado por éste, avaló la propuesta presentada en el acta modificatoria 03 a solicitud del secretario de infraestructura, con la condición de «contar con el visto bueno y la aprobación de la subdirección de la Red Terciaria y Férrea», recomendación que nunca se cumplió a juzgar por lo plasmado en el numeral 6. «CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES» del informe mensual 06 de 27 marzo de 2011⁷⁰ de la firma interventora, en donde reitera que «se debe dar trámite a la aprobación por parte de la Subdirección de la Red Terciaria y Férrea del acta modificatoria 03, la cual es elaborada teniendo en cuenta la solicitud planteada por la gobernación de Norte de Santander, con respecto a la eliminación de actividades que hacen parte de la estructura de pavimento y la construcción de las cunetas, con el fin de ampliar la meta física a 7,6 km, además se conserve la actividad correspondiente al mejoramiento de la subrasante con adición de material en el tramo contemplado [...] En este tramo solamente se entregará la vía con todas las obras de arte, obras de sostenimiento y obras de drenaje, lo anterior obedece a que la gobernación de Norte de Santander tiene contratada la instalación de 5 km de carpeta asfáltica incluyendo la imprimación». (Destaca la Sala).

292. La defensa atribuyó las modificaciones a factores externos, a decisiones técnicas colegiadas y a la confianza del secretario en la interventoría, la supervisión y el Inviás. La prueba confirma que existieron inviernos, especialistas y comités, pero también que el señor CARRILLO MENDOZA participó en la

⁷⁰ Cuaderno anexo 8 a folio 88.

visita donde se determinaron actividades reales, propuso ante el Comité Técnico 20 la redistribución que excluía componentes de pavimentación y suscribió las actas que le dieron eficacia. Por ello, la decisión se atribuye jurídicamente al acusado en el ámbito de sus actos propios y de la competencia que conservó, después de recibir señales concretas que impedían una confianza irrestricta.

293. En resumen, la intervención del acusado está acreditada con actos verificables: aprobó los documentos precontractuales, celebró el contrato, participó en la determinación de las actividades reales, planteó la ampliación de la meta física a 7,6 kilómetros mediante obras de arte, drenaje y contención, suscribió las cuatro modificaciones y liquidó el contrato. Con un conocimiento cada vez mayor de la insuficiencia técnica, ejerció en forma reiterada la potestad de continuar y redefinir la prestación.

294. Nótese cómo en esa oportunidad el inculcado no atribuyó el cambio a razones de índole inercial, sino que lo justificó al hecho de existir para ese momento «contratos para ejecutar en dicho sector, correspondientes al suministro e instalación de materiales pétreos para la red secundaria, suministro e instalación de la carpeta asfáltica región centro-oriental y suroriental y mejoramiento y mantenimiento de la vía Salazar-Arboleda, en donde se contemplan la sub-base granular, base granular, imprimación y colocación de pavimento, los cuales serían ejecutados por parte de la gobernación de Norte de Santander y que en dichos contratos no se contemplaron

actividades correspondientes a obras de drenaje, obras de contención y obras de arte».

295. Esa explicación exige un examen propio, porque podría sostenerse que la existencia de otros contratos para el mismo sector justificaba eliminar la imprimación y la carpeta asfáltica del Contrato 01442 para evitar que el departamento pagara dos veces por la misma prestación. La Sala admite que, en marzo de 2011, mantener esos ítems pudo resultar innecesario si otro contrato los comprendía. Pero esa circunstancia no desvirtúa la deficiente planeación; la confirma.

Si en enero de 2010 el departamento estructuró, presupuestó y sometió a selección la pavimentación de dos kilómetros como solución principal de la necesidad identificada y, meses después, concluyó que esa misma actividad sería ejecutada mediante otros contratos y que el sector requería previamente obras de drenaje, contención y estabilización no contempladas o subestimadas, es porque la necesidad, las cantidades y la solución sometidas a competencia se estructuraron sin los soportes técnicos que permitieran determinar de manera suficiente cuál debía ser la intervención.

Además, el acta enuncia esos contratos por su objeto general (uno de ellos con la misma denominación de mejoramiento y mantenimiento de la vía Salazar-Arboledas), sin identificar su número, su fecha ni el tramo que comprendían, de modo que tampoco permite establecer que la supuesta duplicidad existiera cuando se abrió el proceso y se celebró el contrato.

296. Aún más, Carlos Fernando Prada Rey, representante legal de la unión temporal contratista, sobre las razones de las modificaciones, atribuyó éstas en principio a las «necesidades» surgidas de la ejecución de la obra sin aludir a la «ola invernal» como lo sostiene ahora la defensa⁷¹. Sin embargo, no precisó más sobre este asunto, aduciendo no recordar la motivación de los cambios de los ítems relacionados con la pavimentación.

297. Sobre la pertinencia y autorización de las modificaciones a los ítems de las obras, el testigo Enrique Martínez Arciniegas, ingeniero civil, quien para la época fungió como director general del Invias y en esa calidad suscribió el convenio 2596 de 2009, origen del contrato cuestionado, reafirmó que, en ese caso, correspondía al departamento de Norte de Santander, como entidad contratante de la obra y responsable de seleccionar al contratista, realizar las modificaciones contractuales con este. Explicó que el Invias contaba con una interventoría y con supervisión sobre la interventoría, pero que las modificaciones contractuales propiamente dichas se daban entre el departamento y el contratista, con aprobación de viabilidad de la interventoría y de la supervisión, según el caso⁷².

298. Al ser interrogado sobre las obligaciones del Invias previstas en el convenio, señaló que las especificaciones técnicas de construcción de carreteras se suministraban a través del propio convenio y del supervisor, con base en las normas técnicas vigentes del Instituto. En cuanto a la aprobación del presupuesto oficial de las obras, explicó que el elaborado en la ficha debía servir como presupuesto oficial para que el departamento abriera

⁷¹ Declaración 11 agosto 2020. Entre 01:40:17 y 01:44:21. CD. A folio 100 cuaderno 2 Sala de Instrucción.

⁷² Declaración 21 sept. 2022. Cuaderno 10 Sala de Instrucción. CD a folio 93.

el proceso de contratación. También sostuvo que, en desarrollo del convenio, el departamento podía solicitar apoyo jurídico, técnico o ambiental al Inviás cuando lo requiriera.

299. La emergencia invernal aparece documentada como una dificultad real de ejecución y se reconoce como explicación parcial de los atrasos. No explica, sin embargo, que antes de contratar no estuvieran disponibles los diseños definitivos ni que, de manera separada, los informes y comités atribuyeran la imposibilidad de avanzar en calzada, subbase y base a la falta o entrega tardía de la geometría vial. Tampoco desplazó al Inviás o a la interventoría la competencia del Departamento para estructurar el proceso ni la decisión personal del secretario de aprobar las modificaciones. La conclusión se apoya, así, en causas diferenciadas y en la distribución efectiva de competencias, no en negar el fenómeno climático ni en atribuir toda incidencia de ejecución a una única razón.

300. Las cuatro modificaciones, apreciadas junto con el estudio previo, la solicitud de diseños, los informes de interventoría y los comités técnicos, corroboran una insuficiencia relevante del deber de planeación. No se reprocha la modificación contractual como institución ni se afirma que toda variación revele delito. Su significado proviene de la supresión temprana de componentes de pavimentación, de la incorporación o expansión de obras de drenaje y contención y de la necesidad de determinar durante la ejecución actividades y cantidades que debían estar suficientemente definidas para la selección. Esa convergencia acredita el desconocimiento de los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 3 del Decreto

2474 de 2008 en aspectos materiales que condicionaban la formación de ofertas y la prestación contratada.

301. Para el cumplimiento de estos propósitos el artículo 3 *ibidem*, preveía el deber de la administración de poner a disposición de los interesados previamente a la contratación los estudios y documentos previos junto con el pliego de condiciones, deberes que, como pudo probarse, fueron desatendidos por la Secretaría de Infraestructura en cabeza del procesado y delegada para adelantar el procedimiento contractual en todas sus fases, incluida la firma del contrato.

302. Cuando, desde el inicio de la ejecución, fue necesario verificar cantidades reales, completar diseños y suprimir totalmente actividades que integraban la solución sometida a competencia, las modificaciones adquieren capacidad corroborativa de una definición precontractual insuficiente. Esa conclusión descansa en cambios individualizados y comparables y en su conexión temporal con las carencias documentadas.

303. Las declaraciones de Orlando Rivera Mora y Luis Fernando Hurtado Tobón, de la firma interventora, corroboran lo que muestran el contrato, el cuadro inicial de cantidades, las actas de modificación 01 a 04 y el acta de recibo final, cuya comparación ordenó el Informe de Policía Judicial 11-82825: explicaron que el presupuesto inicial no contempló ítems necesarios, que la interventoría advirtió por escrito a la Gobernación sobre la deficiente planeación de la obra y que la intervención pasó de pavimentar 2,1 kilómetros a construir obras de arte en 7,5 kilómetros.

304. En conclusión, la supresión temprana de la pavimentación, la posterior incorporación de concreto ciclópeo y la reiterada redistribución de cantidades, examinadas ítem por ítem, corroboran que los estudios y diseños iniciales no definieron suficientemente las cantidades y necesidades reales de la obra. Ni el clima ni los ajustes ordinarios de un contrato de obra explican por sí solos esa magnitud, contenido y secuencia de cambios, que, unidos a la intervención continuada del acusado, demuestran una deficiencia precontractual que él conoció durante el desarrollo del negocio.

5.3.1.1.3 Indeterminación de puntos de referencia del proyecto de obra

305. En relación con esta irregularidad que infringe el deber de planeación, sostuvo la acusación que, en los estudios previos, pliego de condiciones, ni en el contrato se delimitó mediante abscisas, el tramo de los 2 km de vía que como lo concibió el proyecto desde el comienzo, se pavimentarían.

306. Agregó que sobre el objeto del contrato en dichos documentos, únicamente se señaló que el contratista se obliga a ejecutar para el departamento las obras de «Mejoramiento y mantenimiento de la vía Salazar-Arboledas, municipio de Arboledas, Departamento Norte de Santander», según la propuesta, los pliegos de condiciones, y el proyecto SEPPI 2010-054000-0173, documentos en los que tampoco fueron indicados los puntos inicial y final de la obra.

307. Por su parte la defensa le restó importancia al cargo arguyendo que el objeto contractual no era una «obra cerrada» limitada a unos puntos fijos, sino al mejoramiento y mantenimiento de un corredor vial rural con características que a su juicio hacían imposible indicar puntos específicos de intervención, pues de haberlo formulado así, «no se hubiera podido haber desarrollado el objeto del contrato».

308. Para la defensa «el corredor» estaba perfectamente delimitado: Salazar-Arboledas. La definición exacta de los puntos «se estableció al momento de la ejecución», como en su opinión «debía hacerse» a partir de levantamientos topográficos, visita a la vía y estudios de campo. Para la defensa no se trató, de un vacío en la planeación, sino de un «esquema adaptativo y flexible» congruente con un proyecto de mantenimiento vial que tiene como finalidad, permitir la posibilidad de ampliar la meta física que fue lo que sucedió en este caso como lo señaló el inculpatado.

309. Consolidó su argumento en el informe mensual de interventoría 01 que indicó en el numeral 2.1 que las actividades a ejecutar entre los límites de los municipios de Salazar y Arboledas a partir del sitio conocido como La Copa K8+500, que determinaron como el K0+000 hasta el K11+200, delimitando la localización de la obra.

310. En la lógica de la defensa, por tratarse de un contrato de mejoramiento y mantenimiento, no era exigible definir los puntos de referencia, ya que ese objeto responde a situaciones «cambiantes y dinámicas», lo importante, dijo, fue que la obra se realizó en la vía indicada. Los cambios no pudieron ser previsibles

en razón de la variación de las condiciones meteorológicas, pero las modificaciones que se hicieron fueron válidas y aprobadas tanto por la interventoría como por el Invías.

311. Sobre esto mismo, ya en los alegatos previos a la calificación, había expresado el abogado que esta omisión no transgredió las normas de contratación pública, puesto que no se modificó el objeto del contrato y la obra se mantuvo sobre la vía Salazar-Arboledas; y esta circunstancia no desvió el propósito de la obra, ni determinó sus cambios.

312. También agregó en aquella ocasión que, además, su prohijado «no tuvo ninguna intervención material, jurídica o técnica, como tampoco el conocimiento o posibilidad de actuar en la fijación de las abscisas y PR», habida cuenta de que «los insumos jurídicos y técnicos fueron suministrados, validados y nuevamente revisados por el Invías después de que la secretaria de infraestructura los devolvía para su última revisión».

313. Frente a este cargo, debe precisar la Sala por qué la ausencia de los puntos de referencia o coordenadas que delimiten exactamente el tramo de vía a pavimentar contrario a lo señalado por la defensa sí permite identificar el alcance del objeto del contrato porque es un cimiento referente para establecer su cumplimiento, es decir, debía precisarse dónde inicia y dónde terminan los 2 km que serían pavimentados. En criterio del defensor, tal delimitación no era necesaria porque el objeto del proyecto consistía en el «mejoramiento y mantenimiento» de la vía Salazar-Arboledas que tiene un trayecto total de 24 km.

314. Contrario a esto, para Sala, la omisión advertida sí es constitutiva de una irregularidad esencial violatoria de las normas de contratación en cuanto al incumplimiento del deber de planeación con incidencia grave en los principios de economía, transparencia y responsabilidad previstos en los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, cuya observancia se erige en imperativo regulador de la contratación pública. Particularmente respecto de este último principio, el numeral 3 del artículo 26 *ibidem* dispone que las entidades y servidores públicos responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, «o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos».

315. En relación con la importancia, por su trascendencia en el campo de la administración pública y del manejo de sus recursos para lograr la materialización de los fines que inspiran la administración pública, el Consejo de Estado ha sido reiterativo en la necesidad del estricto acatamiento de los deberes y principios de la contratación, en particular del deber de planeación, ejemplo de esto el siguiente pronunciamiento, que por su contenido e importancia la Sala se permite transcribir ampliamente:

3.1. Según lo tiene ya establecido la jurisprudencia, dentro de los principios capitales que de antaño han informado la actividad contractual del Estado, ocupa especial lugar el de

economía, una de cuyas manifestaciones es la planeación. Por virtud de ésta la entidad estatal contratante está en el deber legal (Ley 80 de 1993 numerales 7, 12, 25 y 26 del artículo 25, e inciso segundo del numeral 1º del artículo 30) de elaborar, antes de emprender el proceso de selección del contratista, los estudios completos y análisis serios que el proyecto demande, los cuales inciden en la etapa de formación del contrato y en forma –si se quiere más significativa– en su etapa de ejecución. Reglas que imponen, según lo indicado por la jurisprudencia, que:

«[N]o se puede licitar ni contratar 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. Esta determinación previa de las condiciones sobre las cuales se va a desarrollar el contrato conlleva obligatoriamente que los estudios y demás especificaciones permitan a las partes llevar a feliz término el objeto del contrato, en cuyo desarrollo los interesados pueden adelantar la actividad correspondiente dentro de un marco de confiabilidad recíproca de los factores y condiciones que la Administración ofrece y las condiciones y resultados que con base en ellos el contratista asume...»

En tal virtud, 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 demanden.

[...] Reglas éstas que resultan concordantes y se puntualizan en el proceso de la licitación pública en cuanto la apertura del proceso 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; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad (No. 1 del art. 30); y haber elaborado los correspondientes pliegos de condiciones, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar condiciones objetivas, claras y completas (No. 2 del art. 30).

En una palabra, el proceso contractual deberá estar precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos que se requieran en orden a determinar su viabilidad económica y técnica, así como la modalidad de proceso de selección que debe adelantar la entidad pública, con las finalidades sociales –ínsitas a esa

prestación—, alto grado de eficiencia y eficacia en orden no sólo a proteger los recursos públicos fiscales representados en los bienes afectos al servicio, con sujeción estricta al orden jurídico, sino a garantizar las funciones que en interés general debe desarrollar y una prestación eficiente de los servicios que le son asignados por la ley.

De allí que, si esta manifestación del principio de economía debe orientar los procesos de contratación, resulta cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación en la toma de este tipo decisiones públicas, que por supuesto suponen una agresión clara del marco jurídico contractual estatal en general⁷³.

316. No cabe duda para la Sala que, estas consideraciones riñen abiertamente con los argumentos recurridos por la defensa en orden a desvirtuar el cargo, pues claramente la tesis que se postula es contraria a los fines del deber de planeación correlato del principio de economía, ya que precisamente lo que inspira este deber es que se atienda la necesidad puntual que se pretende satisfacer con la obra concebida para dar solución al problema que la originó y no se desvíen o distraigan los recursos o la función pública en acciones distintas o innecesarias que no apunten a remediar la problemática real.

317. En este caso desde el comienzo, como dice la ficha técnica registrada en el banco de proyectos e inversiones ya citada, que dio vía libre al proyecto denominado «Mejoramiento de la Vía Salazar-Arboledas departamento de Norte de

⁷³ Sala de los Contenciosos Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489) de 28 de mayo de 2012.

Santander», se sostuvo que 2 km de esa vía, que en total era de 24 km, se encontraban en «lamentable» estado de transitabilidad por el deterioro de la capa de rodadura (subrasante) debido al agua de escorrentía y que esto se solucionaría pavimentando ese tramo de la vía y así lo contempló claramente la ficha técnica del proyecto registrado en el banco de proyectos de inversión de la Secretaría de Planeación, que sustentaba la viabilidad de proyecto.

318. Revisada ésta se tiene que, además, incluyó: ficha diligenciada en metodología general ajustada en medio magnético; ficha EBI impresa; presupuesto de obra; análisis de precios unitarios; programación de obra; y localización del proyecto; de donde emerge lo inadmisibile del alegato de la defensa en cuanto a que no era posible delimitar la obra porque hacerlo imposibilitaba materializar el objeto del contrato.

319. Sin duda, en esta alegación la defensa incurre en una seria imprecisión al confundir la denominación del proyecto: «mejoramiento de la vía» con el objeto del contrato, claramente expresado tanto en la ficha del registro del proyecto, como en los estudios previos.

320. En consecuencia, resulta desafortunado asegurar que de haber fijado puntos de referencia (abscisas) no se hubiera podido implementar el objeto del contrato, puesto que precisamente éste consistía en la pavimentación de 2 km de la vía Salazar-Arboledas donde según la ficha técnica del proyecto, la capa de rodadura estaba en lamentable situación de transitabilidad. Así las cosas, esa problemática hacía imperativo

determinar con exactitud el tramo a intervenir, pues de lo contrario, ahí sí, no podría, por ejemplo, conocerse con precisión el objeto del contrato, su alcance y menos determinarse las cantidades de obra. Era imprescindible entonces, para efectos del cumplimiento del deber de planeación en correlación del principio de economía, conocer fielmente el tramo a intervenir.

321. En ese orden de ideas, la omisión de los puntos de referencia que delimitaran los 2 km de carretera a pavimentar constituye una clara vulneración del principio de economía trasunto del deber de planeación. Todas esas alertas del estado lamentable de la vía y el hecho de haberse contratado el mantenimiento de la misma denotan que el contratista era conocedor de la necesidad y le imponía por consiguiente su cuidado y vigilancia en la planeación.

322. La defensa acierta en que una obra vial admite contingencias y ajustes durante su ejecución; esa premisa, sin embargo, no permitía diferir para después de la apertura del proceso contractual, la localización del sector que serviría de base común a las ofertas. Los puntos de referencia no eran un detalle de construcción: permitían asociar los estudios y diseños con un tramo determinado, calcular cantidades comparables y controlar la correspondencia entre lo adjudicado y lo recibido. La irregularidad consiste en haber abierto el proceso y celebrado el contrato sin esa definición previa, insuficiencia que corroboraron los ajustes tempranos.

323. El propio contrato demuestra que la planeación y la trazabilidad no eran formalidades disponibles. El parágrafo

segundo de la cláusula primera exige justificación escrita del interventor y supervisor, visto bueno del secretario y el instrumento correspondiente antes de ejecutar obras complementarias o adicionales; la cláusula sexta impone al Departamento supervisar el cumplimiento; y la cláusula vigésima novena integra estudios, matriz de riesgos, pliegos, propuesta, evaluaciones, acta del comité y adjudicación. Estas reglas permiten identificar la verificación esencial omitida sin convertir cualquier incumplimiento en delito.

324. El resultado jurídicamente relevante es el peligro concreto creado para la planeación, la transparencia, la selección objetiva y la economía contractual: el proceso avanzó sobre bases técnicas insuficientes y condujo a una redistribución sustancial de la prestación. Esa exposición efectiva de la contratación pública satisface la antijuridicidad del artículo 410, que no requiere un daño fiscal consumado.

La indeterminación incidió en decisiones posteriores, pues componentes inicialmente contratados fueron eliminados, otros se incorporaron y las cantidades se redistribuyeron sin una justificación previa equivalente a la magnitud del cambio; con ello se privó a la administración y a los oferentes de reglas técnicas estables, comparables y controlables.

325. Claramente lo que pretende evitar la ley de la contratación pública, al exigir un riguroso deber de planeación de los proyectos de obra a contratar, son las improvisaciones, el desequilibrio económico, la inseguridad jurídica, la pérdida de

eficacia administrativa y todas las nefastas consecuencias que acarrea el no tomar las previsiones técnicas y de diseños necesarias antes de iniciar los proyectos de obra, con miras a determinar su viabilidad económica y técnica, así como la modalidad de proceso de selección, un alto grado de eficiencia y eficacia en la administración de los recursos públicos y a garantizar una prestación eficiente de los servicios que le son asignados por la ley.

326. La denominación general de «mejoramiento y mantenimiento» no hacía innecesaria la localización. La ficha del proyecto, el estudio previo, el presupuesto y los componentes de imprimación y carpeta asfáltica concretaron la solución inicialmente sometida a selección en la pavimentación de un sector de dos kilómetros. Por ello debía identificarse, antes de recibir ofertas, el segmento al cual correspondían las cantidades y condiciones técnicas. La Sala distingue, así, entre la finalidad amplia del contrato y la configuración prestacional específica con la cual se justificó y presupuestó la licitación.

327. El hecho de que la contratista junto con la interventoría de la obra hubiera fijado posteriormente unos puntos de referencia no debilitan la gravedad de la omisión, pues era obligación de la administración frente a la planeación y a los principios de la contratación, especialmente el de economía, delimitar la longitud del objeto de la obra y elaborar los estudios y diseños previos, de tal forma que los proponentes o potenciales contratistas tuvieran claro antes de la contratación el alcance y magnitud del proyecto que ejecutarían.

328. Para la Sala tampoco es de recibo el razonamiento expresado por la defensa de que por tratarse del «mejoramiento y mantenimiento» de una vía no era exigible definir puntos de referencia por responder su objeto a situaciones «cambiantes y dinámicas» y que las modificaciones no podían ser previsibles por la variación de las condiciones meteorológicas, porque como lo impone el deber de planeación, la administración debe estructurar rigurosamente cada proyecto antes de contratarlo. Exige realizar estudios técnicos, financieros y jurídicos previos para justificar su necesidad, evaluar su viabilidad y evitar la improvisación, como forma de protección del patrimonio y la función pública, garantizando así el interés general.

329. La emergencia invernal está acreditada y explica parcialmente atrasos y dificultades de ejecución; no explica, en cambio, que los diseños definitivos y la localización no estuvieran disponibles antes de abrir y celebrar. La cronología documental también impide atribuir todas las variaciones al clima: el Acta 01 de 9 de noviembre de 2010 suprimió imprimación y carpeta asfáltica después de que los comités registraran la falta de diseños; el Acta 03 de 15 de marzo de 2011 eliminó las cunetas y redistribuyó otras cantidades; y en el Comité Técnico 20 de esa misma fecha CARRILLO MENDOZA propuso ampliar la intervención hasta el K7+600 mediante obras de arte, drenaje y contención. Se reconoce, entonces, la incidencia climática donde la prueba la demuestra, pero se descarta que constituya una explicación integral de las carencias precontractuales y de la recomposición documentada.

330. Nótese cómo en ninguno de esos informes existe constancia de las fuertes lluvias como motivo de las

modificaciones al contrato original. A lo sumo, se insiste, se hace referencia a estas como causa de demora del contratista en el cumplimiento del cronograma de la obra.

331. Si bien la defensa, sostuvo que las modificaciones fueron aprobadas por el Invías, lo cierto es que ninguna de las cuatro actas modificatorias aparece suscrita por esta entidad. Al contrario, en todas ellas siempre obran las firmas del representante legal del contratista, la interventoría externa y el secretario de infraestructura. En las dos últimas firmó además la supervisora del contrato.

332. El Invías no fue ajeno al proyecto; ejerció las funciones de seguimiento del convenio y participó mediante la interventoría y la supervisión técnica. Distinta es la competencia jurídica para modificar el Contrato 01442. Ninguna de las cuatro actas modificatorias aparece suscrita por el Invías y Enrique Martínez Arciniegas explicó que las modificaciones contractuales correspondían al departamento, como entidad contratante, y al contratista, con los conceptos o viabilidades técnicas pertinentes. Por tanto, la Sala no niega la intervención institucional del Invías; delimita que la decisión contractual documentada permaneció en el departamento y fue ejercida, entre otros, mediante las firmas y actuaciones propias del acusado.

333. Acierta la Sala de Instrucción al señalar que la omisión de delimitar el tramo de la calzada a pavimentar es violatoria del deber de planeación y del principio de economía, pues esto impidió conocer el objeto puntual del contrato, que no es lo mismo que la finalidad del proyecto.

334. La finalidad general consistió en mejorar y mantener la transitabilidad de la vía. La prestación sometida a selección la concretó mediante cantidades y actividades que incluían subbase, base, imprimación, carpeta asfáltica, cunetas y obras de drenaje para un sector de dos kilómetros identificado en la ficha y en el estudio previo. Esa prestación surge del conjunto de documentos que el propio contrato incorporó: estudios, pliego, propuesta, presupuesto, evaluaciones y adjudicación.

335. La ausencia de puntos inicial y final desconoció el deber de planeación y afectó la transparencia exigida por el artículo 24, numeral 5, literales b), c) y e), de la Ley 80 de 1993. Sin una localización suficiente no existía una base técnica común para definir con precisión costo y calidad, formular ofrecimientos homogéneos y evitar que la extensión material de la prestación quedara para una determinación posterior de la entidad. La infracción se establece por la función que cumplía el dato omitido y por su incidencia comprobada en la selección y ejecución.

336. Para la Sala, una visión correcta frente al objeto del contrato, a la finalidad del proyecto y a los principios de transparencia y economía en correlación con el deber de planeación hacían imperativo la fijación de puntos de referencia que demarcaran los puntos inicial y final de la obra con el fin de evitar la improvisación y el perfecto y adecuado manejo de los recursos públicos por parte de sus administradores y contratistas, además de propender por eficiencia y eficacia de la función pública.

337. La localización mediante puntos de referencia era un requisito esencial, por la función que cumplía: permitía definir el

tramo que debía intervenir dentro de un corredor de aproximadamente 24 kilómetros, asociar los estudios de suelo y drenaje con segmentos determinados, calcular cantidades verificables, distribuir riesgos y permitir que todos los proponentes cotizaran la misma intervención. Su ausencia en los estudios, en el pliego y en el contrato atravesó la planeación, la selección y el control de la ejecución, y adquiere trascendencia penal porque converge con la falta de diseños disponibles, con la necesidad temprana de determinar las actividades reales, con las cuatro modificaciones y con una liquidación que no concilió lo contratado con lo recibido.

338. No se trataba en consecuencia de contratar una obra por el simple querer o la aparente exigencia colectiva, sino que esta fuera el resultado de la necesidad y utilidad para la ciudadanía. Conclusión a la cual se llega solo como producto de un estudio y evaluación previa que concluyan tal beneficio y justifiquen la inversión de los recursos públicos.

5.3.1.2 Segunda irregularidad. Vulneración del principio de transparencia por transgresión del deber de selección objetiva del contratista

339. Para la Sala instructora en el caso concreto se advierte una infracción al principio de transparencia previsto en el literal *b)* del ordinal 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que previene que en el pliego de condiciones y términos de referencia se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva del contratista y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

340. Este cargo se funda tomando como parámetro el criterio del Consejo de Estado, según el cual la escogencia de un determinado contratista debe edificarse sobre las bases de principios tales como: la igualdad respecto de todos los interesados; la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la postulación de las ofertas; la garantía del derecho de contradicción; la publicidad de las actuaciones; la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta, y la escogencia objetiva del contratista que presente la oferta más favorable para los intereses de la administración⁷⁴.

341. En contravía de estos principios, para la Sala acusadora, el examen de la gestión de la Secretaría de Infraestructura frente a su cumplimiento, la prueba era indicativa de que el inculminado direccionó el proceso de licitación para conseguir que la unión temporal, que representaba legalmente Carlos Fernando Prada Rey, fuera la única proponente y adjudicarle el contrato.

342. Para la instructora, prueba reveladora de lo anterior es la inmotivada negativa de la Secretaría a ampliar el plazo del cierre de la licitación solicitada oportunamente por Marcos Mafioly Cantillo, representante legal del consorcio Mantenimiento Vial, con el fin de garantizar la igualdad y pluralidad de intervinientes. También el hecho de que Prada Rey fue habitual

⁷⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 15324 de 29 de agosto de 2007. Reiterada en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia 17767 de 31 de enero de 2011.

contratista durante la administración del procesado, en cuyo periodo suscribió al menos 24 contratos por más de catorce mil millones de pesos, como lo certificó la Secretaría General de la Gobernación mediante oficio núm. 524 de 14 de abril de 2015⁷⁵, y el hecho de que el inculcado hubiera certificado el cumplimiento de los requisitos habilitantes relacionados con el aspecto técnico (experiencia), cuando no los tenía y por eso tuvo que subcontratar.

343. De lo anterior coligió la Sala calificadora que en el caso bajo estudio se quebrantó el principio de transparencia, el cual, según lo dispuesto por el inciso primero del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, tiene como propósito fundamental asegurar la escogencia de la propuesta más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés, y en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

344. Por su parte el apoderado rechazó el cargo invocando que la negativa a extender el plazo de cierre de la licitación, garantizó la igualdad, la seguridad jurídica del proceso y la oportuna ejecución del proyecto, ya que su aplazamiento, hubiera tenido graves consecuencias.

345. Sobre la evaluación de la propuesta seleccionada, aseguró que fue efectuada por un comité evaluador especializado y autónomo sin la intervención del procesado, y que si bien la adjudicación correspondía al secretario, la decisión fue producto de la recomendación del comité que estimó cumplidos los requisitos, y su firma plasmada en el acta fue apenas un visto

⁷⁵ Cuaderno 1 Sala de Instrucción a folio 26.

bueno, como lo refirió el ingeniero Medina, pues no tenía razones para no hacerlo, por tanto, no es posible sostener el pretendido direccionamiento.

346. La infracción al deber de selección objetiva se examina a partir de decisiones precontractuales documentadas y atribuibles al acusado. Por sí solos, la existencia de un único proponente, la circunstancia de que el adjudicatario hubiera celebrado otros contratos con la entidad o la posterior modificación de la obra no demostrarían un direccionamiento; la conclusión se apoya en la convergencia de esas decisiones.

347. Están acreditados los siguientes hechos, que constan en los considerandos 6 a 14 del Contrato 001442, suscrito por el acusado: la apertura de la licitación se ordenó mediante la Resolución 428 de 3 de agosto de 2010 y ocurrió ese día a las 4:00 p. m.; el 4 de agosto se realizó la visita a la obra, con asistencia de cuatro interesados; el 5 se celebró la audiencia de aclaración del pliego, sin comparecientes; el 9 se expidió la adenda 01; y el cierre, fijado para el 10 de agosto a las 10:00 a. m.⁷⁶, se produjo con una sola oferta, la de la Unión Temporal Arboledas 2010, que fue habilitada el 17 de agosto y a la cual el acusado adjudicó el contrato el día 25. Entre la apertura y el cierre transcurrieron cuatro días hábiles⁷⁷.

Además, el 8 de agosto el Consorcio Mantenimiento Vial solicitó ampliar el plazo de cierre para garantizar la pluralidad e igualdad de condiciones en la elaboración de las propuestas, y

⁷⁶ Cuaderno anexo 4 a folio 222.

⁷⁷ No se contabilizan los días 3 y 10 de agosto. El primero porque la apertura del proceso inició a la 4:00 p. m. y el segundo porque se cerró a las 10:00 a. m.

mediante el oficio SI-4000 del día siguiente la Secretaría se limitó a responder que el departamento no lo consideraba conveniente.

348. El numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 ordena establecer el plazo de la licitación de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, sin fijar un mínimo aritmético. Para una obra vial de \$2.650.000.000, con exigencias técnicas, financieras y de equipo, la entidad debía dejar constancia de por qué cuatro días hábiles resultaban suficientes y de las razones para negar la ampliación solicitada. Al omitirlo, impidió verificar que la restricción temporal obedeciera al interés general.

349. El término fijado restringió materialmente la posibilidad de concurrencia. En cuatro días hábiles los interesados debían asistir a la visita de obra y a la audiencia de aclaración, conocer la adenda expedida el 9 de agosto -un día antes del cierre-, reunir los documentos que acreditaran su capacidad jurídica, financiera y de experiencia, demostrar la propiedad, y no solo la disponibilidad, de los equipos exigidos, y estructurar una oferta económica para dieciséis ítems de obra sin diseños ni localización definidos. La incidencia de esa brevedad se refleja en los hechos: de los cuatro interesados que visitaron la obra, solo uno presentó propuesta, y un interesado pidió expresamente la ampliación del plazo para garantizar la pluralidad de oferentes. Frente a esa petición concreta, la administración respondió sin exponer las razones de su negativa, de modo que no existe soporte alguno que justifique haber mantenido el cierre en esas condiciones.

350. La propiedad de equipos asfálticos podía guardar relación con la pavimentación anunciada y no demuestra que

desde la apertura ya se supiera que esa actividad sería eliminada. Su incidencia está en que la entidad no explicó la necesidad y proporcionalidad de exigir propiedad —y no disponibilidad— de todos los equipos⁷⁸, pese al efecto restrictivo⁷⁹. El acta posterior que menciona contratos paralelos⁸⁰ no permite retrotraer ese conocimiento a agosto de 2010.

351. La urgencia del cronograma que alega la defensa no aparece respaldada en una evaluación técnica incorporada al acto de respuesta. Y la recomendación del comité evaluador no excluye la intervención del acusado, quien suscribió el pliego, dirigió la apertura, negó la ampliación por conducto de su dependencia, adjudicó y celebró el contrato.

352. La prueba arroja como conclusión que el procesado no fue ajeno al trámite de la contratación, todo lo contrario, intervino activamente según su delegación.

353. En ese marco se acredita una infracción esencial a los principios de transparencia y selección objetiva. El artículo 410 protege la legalidad objetiva de la contratación, por lo que su configuración no exige demostrar un pacto clandestino ni un móvil patrimonial; el elemento subjetivo se examinará con los actos e informaciones que demuestran el conocimiento y la voluntad del acusado.

⁷⁸ Cuaderno anexo 4. Pliego de condiciones. folio 47.

⁷⁹ Los requisitos habilitantes constituyen los requerimientos mínimos con los que deben cumplir los proponentes para poder participar en el procedimiento de selección, razón por la que los mismos no se valoran con un puntaje tendiente a determinar el orden de escogencia, sino que se analizan como criterios previos a la calificación, de manera que quienes no los reúnan no pueden continuar en el Proceso de Contratación, por lo que sus ofertas deben ser rechazadas. Esto sin perjuicio del derecho que tienen los oferentes de subsanar los defectos que se presenten en la prueba de tales requisitos.

⁸⁰ Acta de comité técnico 20 de 15 de marzo de 2011.

354. Este fundamento concurre con las infracciones de planeación y de liquidación, que cuentan con soportes documentales propios, de modo que la responsabilidad no depende exclusivamente de la inferencia sobre el alcance restrictivo del procedimiento de selección.

355. Resta examinar el reparo relativo a la evaluación financiera de la propuesta, que la acusación incluyó como irregularidad independiente. Ese reparo no se adopta como fundamento de condena, porque la reseña disponible sobre el numeral 5.3 del pliego, el concepto de Sonia Arango Medina y el Acta 018 no individualiza con certeza cuál indicador habilitante fue incumplido ni demuestra la intervención dolosa del acusado en esa inconsistencia.

356. El Oficio 0098 de 17 de agosto de 2010 muestra que la evaluación financiera fue solicitada por el propio CARRILLO MENDOZA mediante el memorando 558 y que la Contaduría le comunicó directamente la habilitación de la Unión Temporal Arboledas 2010 con los indicadores de liquidez, endeudamiento e ingresos operacionales.

Ese documento se valora únicamente para individualizar el rol funcional del acusado en la secuencia decisoria, pues no acredita la falsedad de los indicadores ni el dolo respecto de una irregularidad financiera.

5.3.1.3 Tercera irregularidad. En la liquidación del contrato

357. Arguyó la acusación que el procesado junto con el representante legal de la unión temporal, Carlos Fernando Prada Rey y el representante de la firma interventora, Orlando Rivera Mora, suscribieron el acta de liquidación bilateral del contrato 01442 de 2010, el 15 de noviembre de 2011⁸¹.

358. Destacó, además, que en dicho documento se indicó que las obras fueron entregadas en su totalidad y recibidas a satisfacción de la interventoría externa y del supervisor del departamento, con el visto bueno del secretario de infraestructura, y que los trabajos entregados se ajustaron a las especificaciones técnicas del proyecto, a la propuesta presentada y al alcance del objeto del contrato. Y que las partes se encontraban a paz y salvo en el cumplimiento de sus correspondientes obligaciones.

359. Las constancias del acta no reflejan suficientemente las vicisitudes decisivas del contrato: la pavimentación prevista no se ejecutó y cuatro modificaciones recompusieron cantidades e introdujeron obras distintas. La Sala contrasta el objeto y los ítems de cada acta con el balance técnico y económico exigible al liquidar.

360. Tales circunstancias, también ponen de presente serias irregularidades en el acta de liquidación, y con ello el

⁸¹ Cuaderno 1 Sala de Instrucción. Folios 48-53. También cuaderno 3 Sala de Instrucción. CD a folio 103. Archivo: "cuaderno 5 de 5". Folios digitales 153-158.

incumplimiento de los requisitos esenciales del contrato a que se refiere el artículo 410 del Código Penal.

361. Frente a este cargo, la defensa, sin hacer referencia al asunto de la pavimentación de la vía, alegó que la prueba demuestra lo contrario, en cuanto a que las modificaciones se justificaron por la ola invernal y que se intervinieron 7.6 km de vía. Que los informes de interventoría y de supervisión certificaron el cumplimiento del objeto que nunca cambió y el acta de liquidación certificó que la obra se entregó completa y acorde a las especificaciones técnicas.

362. Como respaldo, suma los testimonios de quienes intervinieron en la contratación para reiterar que el objeto del contrato sí se cumplió como lo certificó el acta de liquidación, lo cual tiene correspondencia con los documentos del contrato y lo ejecutado.

363. Frente a lo dicho, la Sala luego de sopesar la prueba que obra en la actuación pertinente al asunto, ha llegado a la conclusión que contrario a lo manifestado por el defensor, el acta de liquidación adolece de serias irregularidades que permiten probar que se verificó sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, como se explicará.

364. En relación con el objeto de la liquidación, la Sala de Casación Penal⁸², ha señalado: *«en la liquidación bilateral son las partes quienes determinan el estado general de ejecución de las obligaciones a su cargo y su resultado definitivo, para así hacer*

⁸² Cf. CSJ AP2711-2018, rad. 45695, 28 de junio de 2018.

los reconocimientos a que haya lugar y, consecuentemente, declararse a paz y salvo, como lo expuso esta colegiatura (CSJ SP 18 dic. 2006, rad. 19.392)».

365. Esa misma decisión, sobre la finalidad de la liquidación, el criterio del Consejo de Estado, (C.E. S.C.A., Secc. 3.^a, sent. 11 feb. 2009, rad. 15.757), ha señalado: que la liquidación bilateral del contrato traduce en un verdadero negocio jurídico por medio del cual las partes definen las cuentas del contrato y se obligan a lo estipulado en el documento que la contiene.

Al efecto cabe tener en cuenta que la liquidación significa «hacer el ajuste formal de una cuenta; saldar, pagar enteramente una cuenta»⁸³ y se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes a favor o en contra de cada uno. Es un procedimiento mediante el cual la administración y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las prestaciones contractuales, como también respecto de las vicisitudes presentadas durante su desarrollo; es un acto que, por ende, aclara y define todo lo relativo a la relación contractual que existió entre las partes del negocio jurídico⁸⁴.

366. La liquidación de los contratos públicos es una figura reglada en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, que dispone que los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo

⁸³ *Diccionario de la lengua española. Real Academia Española, 1992, pág. 892.*

Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de febrero de 2009, rad. 15.757.

requieran, serán objeto de liquidación, donde las partes convendrán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar y constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren para poner fin a las divergencias presentadas y declararse a paz y salvo.

367. Para el Consejo de Estado⁸⁵ la liquidación es el acuerdo que celebran las partes de un contrato estatal para fijar los derechos y obligaciones que aún subsisten a favor y a cargo de cada una de las partes contratantes, con la finalidad de extinguir de manera definitiva todas las relaciones jurídicas que surgieron como consecuencia del contrato estatal celebrado. Es un negocio jurídico de la misma naturaleza del contrato.

368. En ese orden, la esencia de la liquidación es verificar el cumplimiento de las partes de las prestaciones mutuas estipuladas en el contrato y de todos los hechos o circunstancias que, aun cuando sean ajenos a las partes, puedan afectar la ejecución normal del mismo, y el estado en el que quedarían las partes al respecto, para determinar el resultado final de la ejecución del objeto pactado y sellar la relación contractual.

369. Por lo cual, los contratantes están en la obligación de verificar y consignar en el acta de liquidación las condiciones reales sobre el cumplimiento del objeto convenido, así como las incidencias que se presentaron en su ejecución, que hayan dificultado o imposibilitado su concreción, sean o no ajenas a las partes, y las prestaciones pendientes por satisfacer a cargo de uno de ellos o de ambos, al finalizar la ejecución del contrato y

⁸⁵ Cf. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 18 de julio de 2012.

siempre que hayan sido conocidas antes de la suscripción del acta en aras de establecer qué compromisos deben asumir los involucrados con posterioridad a la culminación del vínculo contractual⁸⁶.

370. Su importancia gravita en que el acta presta mérito ejecutivo y constituye título oponible a la contraparte que haya desatendido la obligación poscontractual plasmada en la liquidación del contrato estatal y exigible ante la jurisdicción contencioso administrativa, según lo ha precisado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

Una vez el contrato estatal finaliza por cualquier causa - vencimiento del plazo, ejecución del objeto contractual, terminación unilateral, caducidad, etc.-, el mismo debe ser liquidado de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993: En principio, debe llevarse a cabo de común acuerdo entre las partes, mediante la suscripción de la respectiva acta bilateral y de no ser posible tal acuerdo, le corresponderá a la entidad proceder a liquidar el contrato en forma unilateral, a través de un acto administrativo, tal y como lo disponía el artículo 61 de la mencionada ley. Esa actuación que se lleva a cabo una vez se termina el contrato, tiene como finalidad efectuar un corte de cuentas, para establecer el resultado final de la ejecución contractual, desde el punto de vista de las prestaciones y el cumplimiento del objeto, así como desde la perspectiva económica del negocio jurídico, para verificar cuáles son los valores pactados en el contrato, cuáles las cantidades efectivamente pagadas al contratista y cuáles aquellas sumas pendientes de pago. Se trata,

⁸⁶ Cf. CSJ AP2711-2018, rad. 45695, 28 de junio de 2018.

en últimas, de establecer quién le debe a quién y cuánto, siendo éste el momento en el que las partes pueden llegar a arreglos, acuerdos, transacciones y conciliaciones, sobre sus mutuas reclamaciones. [...]

La jurisprudencia, de forma pacífica, ha reconocido el efecto vinculante de la manifestación de voluntad que va ceñida en la suscripción del acta de liquidación, en forma tal que se rechaza en principio, la posibilidad de desconocer la palabra expresada, por cuanto a nadie le es dado ir en contra de sus propios actos, a menos que alegue la existencia de un vicio de la voluntad, que pueda invalidar el respectivo acto jurídico. El valor vinculante del acta de liquidación bilateral se manifiesta en el mérito ejecutivo que la misma ostenta, de tal manera que el cobro de las cantidades que ella arroja a favor del contratista, puede verificarse a través del respectivo proceso ejecutivo, en el cual se presentará como título, la referida acta de liquidación. (C.E. S.C.A. Secc. 3ª, 31 may. 2013, rad. 23.903).

371. Así, si una de las partes está inconforme con algún aspecto relacionado con la ejecución del contrato, deben manifestarlo de manera expresa y escrita en el acta de liquidación bilateral, prerrogativa que también debe ejercer la administración, esto es, debe plasmar las salvedades conocidas antes de la suscripción del acta respectiva, ya que tales constancias se constituyen en requisito de procedibilidad de las acciones contractuales, de manera que si deliberadamente omiten incluir las salvedades concernidas, con posterioridad no podrán demandar ninguna reparación o indemnización por ello ante la jurisdicción, como lo ha sostenido el Consejo de Estado

en Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 20 de octubre de 2014 ya citada.

372. Por lo anterior, es requisito esencial de la etapa de liquidación del contrato estatal que las partes declaren con suficiencia, de manera escrita, clara y expresa, el ajuste de las cuentas y el estado actual del cumplimiento del contrato, así como los reproches, inconformidades y todos los hechos o circunstancias que, aun cuando sean ajenos a las partes, puedan afectar el normal desarrollo del contrato, sea que se hayan presentado en el curso de su ejecución o con posterioridad a ella y los acuerdos a los que se arribe para superar los eventuales inconvenientes⁸⁷.

373. Descendiendo al caso, conviene precisar que, conforme a la ficha técnica del proyecto de mejoramiento y mantenimiento de la vía Salazar-Arboledas, a los estudios previos, al pliego de condiciones y al mismo contrato 01442 de 2010, se contrató la pavimentación de 2 de los 24 km de vía y el contratista se obligó a cumplir con el objeto del contrato, respondiendo por la dirección y ejecución de las obras en las condiciones previstas en el contrato, en los pliegos de condiciones, en el proyecto y en la propuesta aprobada por el departamento, como se previó en el literal a) de la cláusula quinta del contrato.

374. Durante la ejecución se modificaron cantidades y se recompuso el presupuesto sin alterar de manera apreciable el monto total. Las actas 01 a 04 documentan la eliminación de

⁸⁷ Cf. CSJ AP2711-2018, rad. 45695, 28 de junio de 2018.

imprimación, carpeta asfáltica y, posteriormente, cunetas; la reducción sustancial de subbase y base; y el aumento o incorporación de obras de drenaje y contención. La configuración material finalmente recibida se apartó de componentes estructurales de la solución seleccionada, y esa transformación debía quedar conciliada de forma transparente al liquidar.

375. El análisis se apoya únicamente en datos que pueden reconstruirse a partir del contrato, de las actas de modificación y del acta de recibo final, y distingue el valor eliminado, el valor incorporado, la variación de cantidades y el resultado financiero. Así, la certeza sobre el artículo 410 descansa en la comprobación documental de que componentes esenciales fueron suprimidos o redefinidos durante la ejecución.

376. Pese a todo ello, no observa la Sala dentro del contenido del acta de liquidación referencias a estas situaciones, ni a los cambios en las cantidades de obra, en sus valores unitarios, las razones de estos ni a los motivos de la eliminación de la obra de pavimentación, es decir, no se hizo un balance financiero, por el contrario, se efectuó una simple referencia a las actas modificatorias de las cantidades de obra sin contrastar los valores pagados frente a las obras recibidas.

377. El defecto radica en que el acta de liquidación declaró conformidad con la propuesta y el alcance contratado sin explicar cómo se conciliaban la eliminación total de la imprimación y la carpeta asfáltica, las reducciones de la estructura vial, el incremento de drenajes y contenciones y la conservación del precio. Al faltar ese enlace técnico-económico,

el cierre contractual no mostró de manera verificable la correspondencia entre lo adjudicado, lo modificado, lo recibido y lo pagado.

378. Allí solamente se advierte una escueta referencia a datos generales del contrato, a la simple enunciación de las actas de modificación de obras y de recibo y a unas declaraciones lacónicas de conformidad que nada dicen de las obras realmente ejecutadas, es decir, el acta de liquidación en lo esencial no se ciñe a la realidad.

379. En el numeral 2 de las constancias se afirmó que las obras ejecutadas se ajustaban totalmente a las especificaciones técnicas, a la propuesta y al alcance del contrato. Esa declaración es insuficiente porque el acta no expuso la conciliación material que permitiera comprender cómo la configuración redefinida conservaba correspondencia con la necesidad, las prestaciones y el precio inicialmente sometidos a selección; la referencia nominal a las actas modificatorias no suple ese contraste.

380. En el acto de liquidación debe constar el balance técnico y económico de las obligaciones a cargo de las partes, es decir, el análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios y el balance económico que dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros

detalles mínimos y necesarios para dar por concluido un contrato⁸⁸.

381. Así mismo, deben constar en el acto de liquidación los derechos a cargo o a favor de las partes resultantes de la ejecución del contrato. La liquidación puede indicar el estado de cumplimiento de las obligaciones y también incluir obligaciones que surgen para las partes con ocasión de su suscripción.

382. Siguiendo con los aspectos que debe contener el acta debe contar, además de los reconocimientos y ajustes derivados de la ejecución del contrato que correspondan, y de los acuerdos, conciliaciones y transacciones a las que lleguen las partes con el objeto de dar por terminadas sus diferencias para declararse a paz y salvo. Debe tenerse en cuenta que el acta de recibo final suscrita por el contratista, el interventor o supervisor y el ordenador del gasto no tiene los mismos efectos del acta de liquidación, por lo tanto, aunque en ella hubieran quedado consignadas sumas de dinero u obligaciones a favor de una de las partes o de las dos, las mismas no son exigibles hasta tanto se consignen en el respectivo acto de liquidación⁸⁹.

383. En este caso, la liquidación carece de un balance técnico-económico suficientemente explicativo frente a cuatro modificaciones sustanciales. El expediente contiene actas de modificación y recibo que permiten reconstruir cantidades; el reproche no consiste en negar su existencia, sino en que el acto bilateral de cierre —dotado de efectos vinculantes y destinado a

⁸⁸ Cf. Consejo de Estado, Sentencia 17322 de 14 de abril de 2010. CP: Enrique Gil Botero

⁸⁹ Cf. Consejo de Estado, Sentencia 25199 de 28 de febrero de 2013. CP: Danilo Rojas Betancourth.

fijar el estado final de las obligaciones— no integró esos datos, no concilió las prestaciones iniciales con las recibidas y no explicó la conservación prácticamente íntegra del precio. Esa omisión concreta, unida a las declaraciones generales de conformidad, impidió verificar dentro del propio acto de liquidación el ajuste real de cuentas exigido por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

384. La irregularidad no depende de que el acta carezca de un documento con determinada denominación o formato, como podría ser un anexo titulado «balance técnico-económico». Deriva de la función que el ordenamiento asigna a la liquidación como acto definitivo de la relación contractual.

El artículo 60 de la Ley 80 de 1993 dispone que en ella las partes acordarán «los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar» y que en el acta constarán «los acuerdos, conciliaciones y transacciones» a que lleguen para poner fin a las divergencias y declararse a paz y salvo; el convenio interadministrativo 2596 de 2009 impuso al departamento la obligación de «coordinar, revisar y elaborar la liquidación del contrato de obra» (cláusula octava, literal j); y las cláusulas séptima, octava, undécima, decimotercera y vigésima segunda del contrato vincularon al secretario de infraestructura con el control de cantidades, pagos, actas, recibo final y liquidación. La liquidación, como acto que cierra el vínculo, debía reflejar el estado final de las obligaciones.

En un contrato en el que se habían eliminado, incorporado y modificado actividades relevantes, ese reflejo exigía que el acta

permitiera comprender la correspondencia entre lo inicialmente contratado, las modificaciones, la obra recibida y los recursos reconocidos y pagados, correspondencia que el acta suscrita por el acusado no permite establecer.

385. La esencialidad del requisito omitido surge, entonces, de tres circunstancias concurrentes: el artículo 60 asignaba a la liquidación la función de corte definitivo de cuentas; las transformaciones conocidas afectaban la correspondencia entre la solución seleccionada y la recibida; y el acusado suscribió una declaración general de plena conformidad sin exteriorizar el contraste técnico-económico que la hacía verificable. Por los efectos vinculantes y de paz y salvo del acta, se trató de una falta de verificación sobre un elemento material del cierre contractual.

386. En suma, está plenamente demostrado que el contrato de obra cuestionado se liquidó sin cumplimiento de los presupuestos antes citados y que son esenciales y exigidos para la cabal configuración de ese acto jurídico, como lo imponen las reglas de la contratación pública que regulan su trámite.

387. El examen anterior permite individualizar las modalidades típicas. En el trámite se omitieron requisitos esenciales de planeación y selección objetiva; al celebrar, el acusado no verificó que existieran y se hubieran puesto a disposición los soportes técnicos definitivos; y al liquidar no verificó un balance fiel de la relación contractual. Con lo cual el desbalance entre lo contratado y lo recibido se muestran diferentes.

388. Las cláusulas séptima, octava, undécima, decimotercera y vigésima segunda vinculan personalmente al acusado con el control de cantidades, pagos, actas, recibo final y liquidación. A ello se suman su firma en las seis actas parciales reseñadas y en el acta bilateral de 15 de noviembre de 2011. Esa continuidad funcional demuestra que disponía de información acumulada sobre la transformación del objeto cuando declaró la conformidad y el paz y salvo.

389. El acta de liquidación contiene un resumen financiero, pero ese cuadro no contrasta el objeto inicial con la obra recibida, no explica los ítems suprimidos o incorporados, no reconstruye el efecto acumulado de las modificaciones ni deja constancia del examen de obligaciones pendientes. Liquidar exigía establecer qué obligación inicial subsistió, cuál fue modificada, qué obra fue efectivamente recibida y por qué el balance técnico correspondía al económico.

El acusado conocía las variaciones por haber intervenido en las actas y, pese a ello, suscribió la liquidación declarando cumplimiento y paz y salvo. Esa firma, precedida de modificaciones conocidas y acompañada de competencias de control expresas, constituyó un acto decisorio propio que impidió que la liquidación corrigiera o transparentara las divergencias acumuladas.

5.3.1.4 Delegación y principio de confianza en materia contractual

390. La defensa invocó la división del trabajo, la intervención de subalternos, la supervisión del Inviás y la interventoría, y sostuvo, con apoyo en CSJ SEP039-2022, que los directores de entes públicos pueden confiar en el trabajo de sus equipos sin que ello signifique abdicar de sus responsabilidades. Corresponde establecer cuál fue la actuación del acusado y si la división de funciones al interior de la Secretaría permite concluir que obró sin conocer las deficiencias advertidas, pues se trata de un delito doloso.

391. Previamente a entrar en 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 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 encargadas⁹⁰ por quien ostentaba el poder de

⁹⁰ 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 (...).

ordenación del gasto mediante Decreto 0115 de 24 de abril de 2009⁹¹, artículo primero.

392. En relación con el tema de la delegación, su definición y alcance y el reconocimiento del principio de confianza, la Sala⁹² 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 trámites a través de las figuras de la delegación y desconcentración, regladas en la Ley 489 de 1998»⁹³.

393. Como la contratación estatal demanda del ordenador del gasto y representante legal de la entidad oficial, control en las fases de trámite, celebración y liquidación de la contratación, ello implica la verificación del cumplimiento de las exigencias legales esenciales en cada una de esas etapas, razón por la cual el Código Penal le exige el deber de examinar minuciosamente lo tramitado por las otras dependencias antes de firmar⁹⁴.

394. El principio de confianza, como lo ha precisado 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

⁹¹ Cuaderno 1 Sala de Instrucción a folio 53.

⁹² Cf. CSJ. SEP00115-2021, rad. 00021 de 28 de septiembre de 2021.

⁹³ Cf. CSJ SP. Rad. 28508 de 7 julio 2010,

⁹⁴ Cf. CSJ. SP2146-2016. Rad. 40627.

adelantar la fase precontractual⁹⁵. Sobre el particular, ha precisado la Corte:

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 error⁹⁶.

395. La misma jurisprudencia ha advertido que el principio de confianza:

[...] 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 legales⁹⁷.

[...] 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

⁹⁵ Cf. CSJ. SP15528-2016. Rad. 40383. Lo mismo: CSJ. SP4514-2020 Rad. 55345.

⁹⁶ Cf. CSJ. SP. Rad. 14124 de 21 de marzo de 2002, reiterada en SP. Rad. 26061 de 26 junio de 2008.

⁹⁷ Cf. SJ SP. Rad. 30677 de 21 junio 2010.

*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 justicia*⁹⁸.

396. De acuerdo con esos criterios, el principio de confianza no exonera automáticamente a quien delega o desconcentra funciones, ni le atribuye responsabilidad por el solo hecho de ocupar la posición directiva. Opera mientras el funcionario no tenga razones concretas para dudar de la corrección del trabajo ajeno y cede cuando dispone de información que le impone verificar o corregir y conserva la competencia para hacerlo, como lo precisó la Sala en CSJ SP1690-2025, rad. 67642. Su examen tampoco invierte la carga de la prueba: corresponde a la acusación demostrar que existían esas razones, que el funcionario las conoció y que, pese a conservar la capacidad jurídica y material de corregir, decidió continuar. Si solo se acreditara una supervisión deficiente, sin conocimiento de la ausencia de requisitos, la conducta sería atípica, porque el artículo 410 no admite modalidad culposa⁹⁹.

5.3.1.4.1 Del principio de confianza en concreto

397. Para establecer si el acusado podía ampararse en el principio de confianza, la Sala precisará sus competencias, las

⁹⁸ Cf. CSJ. AP. 28 agosto de 2002, citada en CSJ. SP2146-2016, rad. 40627.

⁹⁹ Cf. CSJ. SP15528-2016. Rad. 40383. Lo mismo: CSJ. SP4514-2020 Rad. 55345.

funciones que correspondían a otros intervinientes, los actos que él adoptó, la información que llegó a su conocimiento y las circunstancias en que podía o no confiar razonablemente en el trabajo ajeno.

398. En cuanto a lo primero, el Decreto 0115 de 24 de abril de 2009 delegó en el secretario de infraestructura la competencia para expedir los actos administrativos, realizar los estudios y demás documentos de la actividad precontractual, contractual y poscontractual y celebrar contratos sin consideración a la cuantía, así como la de conformar el comité de evaluación y solicitar los certificados de disponibilidad presupuestal. El contrato, a su vez, sometió los desembolsos a su visto bueno (cláusula octava), y las cláusulas séptima, undécima, decimotercera y vigésima segunda lo vincularon con el control de cantidades, actas, recibo final y liquidación. Como delegatario, además, no podía transferir a otros esas funciones.

399. En segundo lugar, otros intervinientes tenían funciones relevantes: el comité evaluador verificaba los requisitos habilitantes de las propuestas; la supervisora designada por la Secretaría, Lucy Elena Urón Rincón, hacía el seguimiento de la obra; la interventoría externa ejercía el control técnico, administrativo y financiero de la ejecución; y el Invías, por medio de su supervisor y del Comité de Seguimiento Contractual, vigilaba la ejecución del convenio. Ninguna de esas funciones comprendía la estructuración del proceso de contratación ni las decisiones de abrir, adjudicar, celebrar, modificar y liquidar, que permanecían en cabeza del delegatario.

400. En tercer lugar, los actos que el acusado adoptó personalmente están documentados, como pasa a verse.

401. Así lo acreditan, en primer término, el oficio sin número, ni fecha, dirigido al secretario de planeación y suscrito por el procesado en el que remite para su inclusión en el Banco de Programas y Proyectos de Inversión Departamental el documento denominado «Mejoramiento de la vía Salazar-Arboledas, departamento Norte de Santander», en cuyo numeral 7 como solución para mejorar la transitabilidad expuso: «pavimentando una longitud de 2 kilómetros»¹⁰⁰.

402. También en el documento «Estudio previo y solicitud de contratación» de 19 de enero de 2010¹⁰¹, suscrito por el procesado CARRILLO MENDOZA en el que como «justificación y necesidad» del proyecto expresó: «para mejorar las condiciones de transitabilidad en la vía de Salazar-Arboledas, municipio de Arboledas se requiere la pavimentación de «un sector» de la misma. Además, dijo que las actividades a ejecutar se enmarcaban dentro del proyecto general de «Mejoramiento de la vía Salazar-Arboledas, municipio de Arboledas, Norte de Santander».

403. Asimismo, en el pliego de condiciones¹⁰², que obra con antefirma del procesado CARRILLO MENDOZA y da fe de su participación en la elaboración de los términos de referencia del proceso contractual.

¹⁰⁰ Cuaderno 7 Sala de Instrucción. Ficha EBI. Folio 166 en adelante. Este proyecto se registró con el núm. 2010-054000-0173 de 8 de mayo de 2009.

¹⁰¹ Cuaderno anexo 4 folios 1-7.

¹⁰² Cuaderno anexo 2 a folio 108.

404. Y, por último, el contrato de obra fue suscrito por CARRILLO MENDOZA en su condición de secretario de infraestructura en representación del departamento de Norte de Santander. Allí actuó por virtud de la delegación que le hiciera el gobernador titular para la celebración de contratos relacionados con obras de su Secretaría.

405. Las cuatro actas modificatorias llevan la firma de CARRILLO MENDOZA, lo que permite atribuirle las decisiones jurídicas que allí se exteriorizaron, con la participación técnica del contratista, la interventoría, la supervisión y los comités. El Acta 01 suprimió la imprimación y la carpeta asfáltica; las actas posteriores redistribuyeron cantidades; y el Comité Técnico 20 registró su propuesta de ampliar el alcance físico mediante obras de drenaje, arte y contención.

406. De esto último da cuenta, entre otros, el informe mensual de interventoría 06 de 27 de marzo de 2011¹⁰³, en cuyas conclusiones (núm. 6), se expresa que se debe dar trámite de aprobación por parte de la Subdirección de la Red Terciaria y Férrea al acta modificatoria núm. 3, la cual es elaborada «teniendo en cuenta la solicitud planteada por la gobernación de Norte de Santander, con respecto a la eliminación de actividades que hacen parte de la estructura de pavimento y la construcción de las cunetas, con el fin de ampliar la meta física a 7,6 km [...] En este tramo solamente se entregará la vía con todas las obras de arte, obras de sostenimiento y obras de drenaje, *lo anterior obedece a que la gobernación de Norte de Santander tiene*

¹⁰³ Cuaderno anexo 8, folio 88.

contratado la instalación de 5 kilómetros de carpeta asfáltica, incluyendo la imprimación» (Énfasis de la Sala)

407. El Acta del Comité Técnico 20 de 15 de marzo de 2011 registra la intervención de CARRILLO MENDOZA y su propuesta de ampliar la meta física hasta 7,6 kilómetros mediante obras de arte, drenaje y contención, utilizando recursos inicialmente asignados a componentes de la estructura de pavimento. El documento también consigna como razón la existencia, para ese momento, de otros contratos de carpeta asfáltica. La Sala valora el acta para acreditar el conocimiento y la intervención del acusado en esa decisión concreta¹⁰⁴.

408. Y, por esto último, dice el acta, el departamento a través de la Secretaría de Infraestructura considera viable dar aprobación al acta modificatoria 03.

409. De lo acabado de narrar dio constancia el representante legal de la firma de interventoría externa, Orlando Rivera Mora en oficio de 8 de agosto de 2011 M&R-229-044 OB-2011 dirigido al a Gerencia Departamental de Norte de Santander de la Contraloría General de la República¹⁰⁵ en respuesta a un requerimiento.

410. En cuarto lugar, la información que llegó al conocimiento del acusado antes de cada decisión está igualmente acreditada: el oficio de 6 de septiembre de 2010, dirigido a él, en el que el contratista reclamó los diseños de pavimento, muros y

¹⁰⁴ Cuaderno 3 Sala de Instrucción. CD a folio 71. Archivo PDF 2596-2009, pág. 339.

¹⁰⁵ Cuaderno anexo 3, folio 27.

box culvert; la visita de octubre de 2010, en la que participó y en la que se acordó esperar la complementación de los estudios y diseños; los comités técnicos y los informes de interventoría de noviembre de 2010, que registraron la falta de diseños geométricos y su entrega tardía; los informes que dieron cuenta de la solicitud de la Gobernación de eliminar actividades de la estructura de pavimento; y el contenido de las cuatro actas que él mismo suscribió.

411. Por último, a partir de lo anterior se establece en qué ámbito podía el acusado confiar razonablemente en el trabajo ajeno. Podía hacerlo respecto de los cálculos especializados, de la verificación técnica que correspondía a la interventoría durante la ejecución y de la evaluación que el comité hizo de los requisitos habilitantes, materias en las que no se le exigía rehacer el trabajo de los profesionales. No podía hacerlo, en cambio, respecto de las decisiones que él conservaba y adoptó después de conocer las carencias.

La ausencia de diseños no era un defecto oculto atribuible a un subalterno: los documentos que él aprobó no los individualizaban, el contratista se los reclamó directamente después de la firma y los informes reiteraron su falta; la sustitución de la pavimentación contó con su intervención expresa; y, al liquidar, las transformaciones del contrato provenían de sus propias decisiones, de modo que no podía confiar en un tercero acerca de hechos que él mismo había definido.

412. En consecuencia, el principio de confianza no ampara al acusado respecto de los actos que ejecutó personalmente ni de los defectos esenciales que conoció de manera documentada, y con ello se completa la comprobación de los elementos del tipo objetivo del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

5.3.2 Del tipo subjetivo

413. En cuanto al tipo subjetivo, este delito debe ser el resultado de una conducta eminentemente 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*.

414. 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.

415. El conocimiento del acusado se establece por fases. Para el trámite y la celebración, se infiere de su intervención personal en el estudio previo y en el pliego, que no individualizaron el tramo ni incorporaron diseños verificables; de

la cláusula contractual mediante la cual integró esos soportes al negocio; y de la decisión de obligar a la entidad sin dejar identificados los documentos técnicos definitivos. La solicitud presentada nueve días después y la revisión inicial de la interventoría corroboran que esa carencia era visible en los documentos que él aprobó. Para las modificaciones y la liquidación, el conocimiento es todavía más directo: la visita conjunta, los comités que registraron la falta de diseños, las cuatro actas que suscribió y el resultado recibido. De este modo, lo conocido después no se proyecta automáticamente hacia agosto de 2010 y se identifica la fuente probatoria del dolo en cada modalidad típica.

416. Aplicada al caso, la inferencia subjetiva sigue una secuencia verificable: (i) el acusado suscribió el estudio que definió cantidades y pavimentación; (ii) participó en octubre en la visita que constató la necesidad de determinar actividades reales y completar diseños; (iii) el 8 de noviembre quedó documentada la falta de diseño geométrico; (iv) el 9 de noviembre firmó el Acta 01 que suprimió imprimación y carpeta; (v) el 16 de noviembre persistía oficialmente la carencia; (vi) el 23 de noviembre se reportó una entrega tardía e informal; y (vii) posteriormente suscribió otras tres modificaciones y la liquidación. La reiteración, después de advertencias temporalmente individualizadas, permite descartar la inadvertencia aislada y atribuir conocimiento y voluntad respecto de los requisitos esenciales omitidos.

417. La prueba no demuestra que desde enero o agosto de 2010 el acusado hubiera decidido no pavimentar, pues los

documentos que mencionan contratos paralelos son posteriores; tampoco que conociera un propósito de apropiación, ni que el procedimiento hubiera sido una artimaña o el fruto de un acuerdo criminal, aspectos que el artículo 410 no exige. Lo que sí demuestra es que, cuando las carencias se hicieron explícitas y conservaba poder decisorio, optó por aprobar la transformación del contrato y continuar hasta liquidarlo sin restablecer una trazabilidad técnica suficiente.

418. La profesión, el posgrado y la experiencia del acusado no sustituyen esa prueba ni autorizan responsabilidad por estatus. Tienen un valor únicamente corroborativo: permiten descartar, frente a advertencias concretas y actos propios, que desconociera la función básica de los diseños, la necesidad de definir el alcance y el objeto de una liquidación.

419. El componente cognitivo no se deduce, entonces, de que fuera arquitecto, sino de la información que llegó a su esfera de decisión. La solicitud de 6 de septiembre de 2010, las actas de comité, los informes de interventoría y las modificaciones que suscribió le comunicaron directamente que los soportes iniciales no permitían ejecutar lo ofrecido en los términos celebrados.

420. El componente volitivo se revela en la reiteración de decisiones bajo ese conocimiento: mantuvo el vínculo, aprobó la recomposición de actividades y finalmente suscribió un acta de liquidación que declaró conformidad sin desarrollar el contraste técnico y financiero exigible.

421. El dolo no depende de demostrar un acuerdo ilícito anterior a la apertura. Se infiere de hechos indicadores plurales, acreditados y convergentes: la delegación integral; la suscripción de estudios y pliegos insuficientes; el término de selección materialmente restringido; la celebración sin soportes técnicos completos; la autorización de modificaciones que suprimieron componentes centrales; y la liquidación con conocimiento de la transformación.

La regla de experiencia que enlaza esos hechos con la conclusión indica que quien interviene repetidamente en un mismo contrato, recibe información que revela la falta de definición de su objeto y conserva potestades para exigir su corrección, conoce la carencia cuando decide continuar sin obtener el soporte requerido. Los hechos posteriores a la celebración se utilizan como corroboración del conocimiento y la voluntad, sin atribuir al acusado actos de terceros.

422. La hipótesis de que Invías hubiera estructurado y avalado integralmente el proceso fue confrontada con el convenio y los documentos: la obligación de obtener diseños y elaborar el pliego correspondía al departamento; el estudio y el pliego aparecen suscritos por el acusado; y la vigilancia de Invías se refería a la ejecución del convenio. Esa intervención dejaba intactos la competencia y el conocimiento del secretario.

423. La emergencia invernal explica dificultades de ejecución registradas en los informes, pero no justifica retroactivamente abrir y celebrar sin diseños disponibles ni sustituye la motivación que debía existir antes de contratar.

Tampoco explica que la liquidación omitiera el balance de las modificaciones ya realizadas. Por ello, esa hipótesis no genera duda razonable sobre los elementos aquí atribuidos¹⁰⁶.

424. El segundo informe mensual atribuyó parte del atraso al invierno y el Comité 06 recogió esa explicación del contratista. Pero los mismos documentos consignaron, como causa distinta y acumulativa, la falta o entrega tardía de los diseños geométricos, y vincularon esa carencia con la imposibilidad de avanzar en calzada, subbase y base (Cuaderno 45415, ff. 145 y 157-163). Así, aun aceptando el factor climático favorable a la defensa, el defecto técnico aparece documentado, por lo que esa circunstancia no genera duda razonable sobre la planeación.

425. Los ensayos de materiales y controles de calidad posteriores acreditan que determinadas actividades fueron verificadas durante la ejecución, pero no demuestran que los diseños definitivos, cantidades reales y localización precisa estuvieran disponibles antes de abrir y celebrar. La calidad de una obra ejecutada no subsana retroactivamente la falta de definición que debía permitir la selección objetiva y la formación válida del contrato.

426. La inferencia sobre el dolo es, así, convergente y cronológicamente consistente, y responde a las explicaciones alternativas de confianza, intervención del Invías y lluvia sin trasladar al acusado la obligación de demostrar su inocencia. La explicación defensiva basada en la confianza y en la normalidad administrativa podría ser atendible frente a un episodio aislado,

¹⁰⁶ M&R-229-044 ob-2011 de 8 de agosto de 2011, *ibidem*.

pero no explica por qué el acusado adoptó decisiones sucesivas después de solicitudes, informes y modificaciones que hacían visible la insuficiencia. Están probados, en consecuencia, el conocimiento de la ausencia de los requisitos esenciales y la voluntad de tramitar, celebrar y liquidar el contrato a pesar de ello.

5.3.3 La antijuridicidad

427. 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.

428. Desde la perspectiva del bien jurídico, el efecto trascendió lo documental. La selección se estructuró sobre una prestación que incluía pavimentación y cantidades concretas, mientras que la ejecución temprana debió redefinir las actividades reales y el informe de interventoría fijó como meta física tres kilómetros entregados a nivel de base granular, con obras de arte, sostenimiento y drenaje, dejando la carpeta asfáltica para otro contrato (Cuaderno 45415, f. 153). La lesión a la legalidad contractual radica en que la necesidad pública sometida a competencia dejó de guardar correspondencia suficientemente trazable con la prestación finalmente autorizada, sin que los interesados hubieran podido formular sus ofertas sobre esa configuración real.

429. No puede perderse de vista que en este delito 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»¹⁰⁷, 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, es incontrovertible que se despreciaron los principios de la contratación omitiendo acoger las previsiones de la Ley 80 de 1993.

430. Para la Sala es inconcuso que con su conducta el acusado CARRILLO MENDOZA violó los principios de la contratación tutelados por el bien jurídico de la administración, al implementar un irregular proceso de contratación con desapego de las normas aplicables y soslayar en su trámite una 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.

431. La responsabilidad se concreta en conductas probadas y no en una hipótesis de manipulación o favorecimiento. CARRILLO MENDOZA tramitó y celebró sobre estudios, diseños y localización insuficientes; adoptó decisiones de selección sin una motivación proporcional del término frente a la complejidad de la obra y la solicitud de ampliación; continuó interviniendo después de conocer la falta de soportes; y liquidó sin exigir una conciliación técnica y económica que explicara las transformaciones acumuladas. Estos hechos satisfacen los verbos y requisitos esenciales acusados.

¹⁰⁷ CSJ. SP. Rad. 25495 de 6 mayo de 2009.

432. En conclusión, con las irregularidades cometidas a lo largo del trámite del contrato 01442 de 2010 celebrado por el departamento de Norte de Santander a través de la Secretaría de Infraestructura con la Unión Temporal Arboledas 2010, se vulneró efectivamente sin justa causa el bien jurídico de la administración pública amparado por el artículo 410 del Código Penal.

433. La lesión del bien jurídico fue concreta: abrir y decidir la selección sin definición técnica suficiente debilitó la posibilidad de comparar ofertas homogéneas; celebrar sobre cantidades que no representaban adecuadamente la necesidad pública hizo efectivo el riesgo de indeterminación cuando se modificaron componentes centrales; y liquidar sin una verificación trazable de las transformaciones acumuladas impidió transparentar la correspondencia final entre necesidad, obra y pago. Que se hayan ejecutado actividades útiles no elimina esa lesión, porque el bien jurídico protegido comprende que los recursos y las potestades contractuales se administren mediante decisiones legales, objetivas y controlables.

5.3.4 La culpabilidad

434. Acorde a los elementos de convicción obrantes en la actuación, es 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.

435. 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 persona¹⁰⁸.

436. Culpabilidad se identifica con reprochabilidad. Según lo ha señalado la Corte¹⁰⁹, se responsabiliza al sujeto porque, «teniendo a mano la alternativa de lo jurídico-socialmente adecuado, opta libremente por lo que no lo es»¹¹⁰, «estando en condiciones individuales y materiales de motivarse conforme a la norma, optó por realizar el comportamiento definido en la ley»¹¹¹. Se plantea, por lo tanto, que el agente estaba en capacidad de ajustar su obrar a derecho y la realización del delito fue producto de una decisión libre¹¹².

437. Este tercer elemento del hecho punible tiene consistencia 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.

¹⁰⁸ Cf. CSJ SP055-2023, rad. 62542 de 22 feb. 2023.

¹⁰⁹ Cf. CSJ. *Ibidem*.

¹¹⁰ Ver CSJ. SP, 9 sep. 2020, rad. 54497 y CSJ SP2649-2022, rad. 54044.

¹¹¹ CSJ. SP5356-2019, rad. 50525.

¹¹² CSJ. SP2649-2022, rad. 54044.

438. El reproche personal se funda en alternativas jurídicas concretas que el acusado tenía a su alcance en el momento de cada decisión: suspender el trámite hasta obtener diseños suficientes, ordenar la corrección de estudios y pliegos, motivar el término de selección, abstenerse de celebrar, exigir soporte para las modificaciones y condicionar la liquidación a un balance completo.

Contaba con experiencia funcional, acceso a los documentos, competencia jurídica para detener o condicionar el trámite y tiempo para requerir soportes, y no se acreditó coacción, error invencible, imposibilidad material ni una instrucción superior vinculante que anulara su autodeterminación. Podía, por tanto, actuar conforme a derecho en cada fase.

439. La acusación atribuyó al procesado la condición de autor, forma de intervención que la prueba confirma, pues los verbos rectores se realizaron mediante las competencias y los actos personales del acusado: tramitó y dirigió el proceso delegado, suscribió los documentos precontractuales, adjudicó, celebró y liquidó. La intervención de comités, subalternos, interventores y contratista no modifica esa conclusión, porque ninguno de ellos sustituyó las decisiones típicas que él conservó y ejerció.

440. La certeza exigida por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 se alcanza porque cada hecho por el que se condena corresponde a un hecho acusado, cada requisito esencial se

enlaza con una norma extrapenal, cada conclusión se apoya en los documentos del proceso contractual y en su corroboración técnica o testimonial, y cada acto se atribuye personalmente al acusado. Las explicaciones alternativas razonables —existencia de diseños no incorporados, confianza en los técnicos, legalidad formal del plazo, normalidad de las modificaciones y suficiencia del resumen de liquidación— fueron confrontadas con la prueba, y ninguna explica en conjunto la solicitud posterior de diseños, la transformación documentada de la prestación, las decisiones personales sucesivas y la falta de un cierre técnico integral.

441. La fuerza demostrativa surge de la convergencia de fuentes con distinto origen y función: el estudio previo fija la necesidad y cantidades; el contrato incorpora ese alcance; la solicitud posterior evidencia que faltaban soportes; la interventoría registra en tiempo real la revisión, la visita con el acusado y la falta de diseños; los comités datan la persistencia y entrega tardía; las actas firmadas exteriorizan las decisiones; y el recibo final muestra el resultado. Ningún eslabón aislado basta para condenar, pero su concordancia espacial, temporal y material excluye razonablemente que se tratara de un ajuste menor conocido solo por técnicos.

442. Esa conclusión se mantiene aun si se excluyen del análisis los elementos que podrían considerarse discutibles —el reparo financiero, una cifra global de variación, la sola permanencia del precio, una supuesta finalidad de favorecer al contratista o la negación de la emergencia invernal—, pues permanecen acreditados la insuficiencia de planeación, el

conocimiento personal de la falta de diseños, la aprobación reiterada de modificaciones sustanciales y la liquidación sin conciliación técnica integral.

443. Los fundamentos de la condena son, además, autónomos y acumulativos. La conclusión sobre el trámite y la celebración se apoya en los estudios, el pliego, la localización indeterminada, los soportes técnicos no disponibles y las decisiones personales de apertura, adjudicación y firma; la conclusión sobre la liquidación, en el conocimiento ya explícito de las modificaciones, en el contenido vinculante del acta y en la ausencia de conciliación entre la prestación inicial, la recibida y el precio. Por ello, aun si se prescindiera del indicio que la Sala derivó de la brevedad del término de selección y de la negativa a ampliarlo, permanecerían acreditadas por lo menos las modalidades de celebración y de liquidación, sin que ello multiplique delitos ni desconozca la unidad de conducta del artículo 410.

444. La responsabilidad se declara porque la prueba acredita una unidad de conducta desplegada mediante los verbos alternativos del artículo 410: se tramitó un proceso con planeación técnica insuficiente y condiciones que afectaron la selección objetiva; se celebró sin verificar soportes indispensables para definir la prestación; y se liquidó pese a conocer las transformaciones sustanciales sin un control técnico-económico completo. La competencia explica la intervención; los documentos y alertas, el conocimiento; las

decisiones sucesivas, la voluntad; y la alteración material del proyecto, la afectación del bien jurídico.

445. En consecuencia, se condenará a CARRILLO MENDOZA como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

5.4 Del delito de peculado por apropiación en favor de terceros

446. En la acusación, la Sala Especial de Instrucción atribuyó a WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, estimado en \$159.491.109 y calificado como agravado por la cuantía. La Sala examinará separadamente las dos bases fácticas del cargo y la corrección de sus presupuestos¹¹³.

447. La atribución del delito se sustentó en dos hechos, a saber: (i) CARRILLO MENDOZA habría permitido el menoscabo de los recursos públicos por valor de \$102.733.157¹¹⁴, en la medida en que autorizó a la unión temporal para subcontratar 4 ítems del contrato 01442 de 2010, pactando precios unitarios inferiores a los establecidos en el contrato principal. Esto le significó a la administración el pago de ese mayor valor frente a lo pagado por la firma contratista por la ejecución de los ítems subcontratados; (ii) el procesado en la liquidación no contabilizó, ni cobró la multa «impuesta» al contratista, por valor de

¹¹³ El Decreto 5053 de 30 de diciembre de 2009 fijó el SMLM para el año 2010 en \$515.000.

¹¹⁴ Esta cifra fue obtenida, explica el concepto rendido por el órgano de control, «producto de multiplicar la diferencia de precio de los cuatro ítems subcontratados por la cantidad de obra pactada en el contrato de obra pública N° 001442 de 2010» (F. 3, c. o. Anexo 1).

\$56.734.879, que mediante oficio M&R-229-039 OB 2010 de 27 de mayo de 2011¹¹⁵, con copia al secretario de infraestructura, el interventor residente Hurtado Tobón, solicitó a la unión temporal por valor de \$56.734.879, equivalente al 10 % de las obras programadas hasta esa fecha que no había ejecutado el contratista.

448. La cuantificación acusatoria presenta una inconsistencia aritmética que debe dejarse expresa: \$102.733.157 más \$56.734.879 arroja \$159.468.036, no \$159.491.109. La corrección de la suma no subsana, sin embargo, la falta de prueba sobre la apropiación en cada hipótesis ni autoriza a agregar magnitudes para suplir los elementos objetivos y subjetivos del tipo.

449. El tipo penal que se atribuye al acusado, vigente para la época de los hechos materia de investigación, con el incremento de la Ley 890 de 2004, está previsto en 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 noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el

¹¹⁵ Cf. CD incorporado en Informe núm. 6241735 de 26 de febrero de 2021. Cuaderno 3 Sala de Instrucción a folio 71. Archivo digital "2596-2009", pág. 288-289.

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.

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

451. 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 funcional¹¹⁶.

452. 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 ente público de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que le impida seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público¹¹⁷.

453. Sobre el particular, conviene recordar que la jurisprudencia tiene establecido¹¹⁸ 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 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.

454. 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

¹¹⁶ Cf. CSJ. SP. Rad. No. 35606 de 22 de febrero de 2012.

¹¹⁷ Cf. CSJ SP, rad. 38396 de 10 oct. 2012.

¹¹⁸ Cf. CSJ SEP00124-2019, rad. 47255 de 18 dic. 2019.

originada en una asignación de competencia, basta con que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional¹¹⁹, 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 naturaleza¹²⁰.

455. 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 expresión «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 jurídica¹²¹. 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 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

¹¹⁹ CSJ SP18532-2017, rad. 43263 de 8 nov. 2017.

¹²⁰ Cf. CSJ SP, Rad. 18021 de 6 de marzo de 2003.

¹²¹ Cf. CSJ AP1272-2018, rad. 51777.

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 ejerce¹²².

456. 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 públicos¹²³.

¹²² Cf. CSJ SP, rad. 8729 de 4 oct. 1994.

¹²³ Cf. CSJ, sentencia del 2 de octubre de 1997, rad. 11657.

457. 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 detentarla¹²⁴.

458. 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 jurídica¹²⁵.

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

¹²⁴ Cf. CSJ SP, rad. 13355 de 10 octubre 2001.

¹²⁵ Cf. CSJ SP, rad. 11657 de 2 oct. 1997.

*almacenista, pues a todos ellos competente, dentro de los límites propios de sus atribuciones la genérica función de administrar*¹²⁶.

459. 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 apropiación¹²⁷, 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 impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público»¹²⁸.

460. Respecto del peculado derivado de la multa de \$56.734.879 negó que existiera detrimento patrimonial por la omisión de su cobro, ya que la solicitud de su imposición por la interventoría no constituye una sanción pecuniaria a la luz del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, por tal razón no era viable reclamarla al momento de la liquidación, «pues fue un hecho superado, que no llegó a convertirse en constitutivo de sanción», es decir, no existió saldo por cobrar o descontar a favor de la entidad territorial, por lo tanto, no puede tenerse como detrimento patrimonial la omisión del cobro de esta cantidad.

461. Sobre este delito, debe la Sala empezar por indicar que, por tratarse de dos conductas distintas, deben examinarse por

¹²⁶ Cf. CSJ SP647-2017, rad. 43044.

¹²⁷ CSJ AP, rad. 38188 de 18 abril de 2012.

¹²⁸ CJ. SP18532-2017, rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.

separado. Una, el detrimento de \$102.733.157, derivado de la subcontratación por la unión temporal a menores costos de obra que los pagados por la administración a ésta; la otra, por la omisión del cobro de la multa de \$56.734.879 en la liquidación del contrato.

5.4.1 Del delito de peculado referido a la diferencia por el hecho de la subcontratación

5.4.1.1 Tipo objetivo

462. 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 0115 de 24 de abril de 2009, para adelantar las etapas precontractuales, contractual y poscontractual de los contratos y celebrarlos sin consideración a la cuantía, fue quien desplegó el comportamiento por el que se lo acusa.

463. De otro lado, en relación con el detrimento de \$102.733.157 por la subcontratación a precios inferiores, la defensa rechazó éste alegando que no hubo subcontratación «ya que ningún tercero ajeno al contratista UT ARBOLEDAS-SALAZAR 2010, ejecutó labor alguna dentro del citado contrato», por el contrario, aseguró, «fue una empresa integrante de la misma UT, esto es, Mavicol Ltda., la que ejecutó internamente las actividades». Reiteró, que la subcontratación «no concurrió» ya que ningún tercero distinto de la unión temporal realizó la obra. Fue, dijo, una firma integrante de la contratista, es decir, Mavicol Ltda., «la que

ejecutó internamente las actividades», por lo que no puede afirmarse la existencia de detrimento que configure el punible de peculado.

464. Para establecer si la diferencia de precios configura una apropiación, no basta comparar el precio unitario reconocido en el contrato estatal con el valor interno pactado para ejecutar algunos ítems. Es necesario verificar que las bases de comparación sean homogéneas y depurar los componentes de administración, imprevistos y utilidad (AIU), los impuestos, los riesgos, las cantidades efectivamente ejecutadas y los precios de mercado. Con ese propósito, la Sala examinará las cifras de la acusación, que presentó cálculos nominales distintos — \$102.756.230 y, después, \$102.733.157— a partir de la brecha entre ambos negocios.

465. Respecto de las diferencias de los precios unitarios del subcontrato de obra 002-12-2010 junto con su modificadorio 01, suscritos entre la unión temporal y Carlos Fernando Prada Rey en representación de Mavicol Ltda., al revisar lo señalado en la resolución de acusación frente a los cuatro ítems que coinciden con el contrato de obra 1442 de 2010, se advierte lo siguiente:

466. Para iniciar, el subcontrato de obra 002-12-2010 y su modificadorio 01, presentan una dinámica similar a la del contrato 1442 de 2010 y sus cuatro modificaciones, en la medida en que se varían las cantidades de obra, se incluyen nuevos ítems y a pesar de esto el valor total del contrato se mantiene.

467. A continuación, se presenta un comparativo de las modificaciones efectuadas al subcontrato 002-12-2010, frente a lo establecido en el modificadorio 01.

Tabla 3

Item	Descripción	Subcontrato de obra No. 002-12-2010				Modificadorio No. 1		
		und	Cant	Vr. Unitario	Vr. Total	Cant	Vr. Unitario	Vr. Total
1	Mejoramiento de subrasante con material de adición	M2	16500	7.500	123.750.000	16730	7.500	125.475.000
2	Instalación de base	M3	350	70.000	24.500.000	250	70.000	17.500.000
3	Instalación de Sub-base	M3	350	50.000	17.500.000	250	50.000	12.500.000
4	Excavación e instalación de filtro	ML	6483	125.000	810.375.000	5000	125.000	625.000.000
5	Suministro de volquetas en la obra a todo costo	DIA	-	-	-	559	350.000	195.650.000
COSTO DIRECTO					976.125.000			976.125.000

Fuente: Elaborado con los datos del proceso.

468. En la tabla se observa que el modificadorio 01 mantuvo el mismo valor del subcontrato, este es, \$976.125.000, pese a que se modificaron las cantidades de obra inicialmente pactadas.

469. En particular, se aumentó la cantidad del ítem 1, mientras que se redujeron las cantidades de los ítems 2, 3 y 4. Adicionalmente, se incluyó un nuevo ítem correspondiente al suministro de volquetas en la obra a todo costo, por valor de \$195.650.000. Los valores unitarios de los ítems comunes se mantuvieron iguales.

470. Véase también como, entre la contratación y liquidación del contrato de obra No. 002-12-2010 de Unión Temporal Arboledas 2010 con Mavicol Ltda., surgen las siguientes cifras:

Tabla No 4

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	UNID.	VR. UNIT.	Cantidad contratada	Valor contratado	Cantidad ejecutada	VR. PARCIAL
1	Mejoramiento de la subrasante con material de adición	M2	\$7.500	16.500	\$123.750.000	16.710	\$125.325.000

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	UNID.	VR. UNIT.	Cantidad contratada	Valor contratado	Cantidad ejecutada	VR. PARCIAL
2	Instalación de base	M3	\$70.000	350	\$24.500.000	250	\$17.500.000
3	Instalación de Sub-Base	M3	\$50.000	350	\$17.500.000	250	\$12.500.000
4	Excavación e Instalación de filtro	ML	\$125.000	6483	\$810.375.000	5.000	\$625.000.000
5	Suministro de volquetas en la obra a todo costo	DÍA	\$350.000	-		559	\$195.650.000
				Total	\$976.125.000		\$976.125.000

Fuente: elaboración con datos del proceso.

471. En segundo lugar, en la resolución de acusación tomaron los precios unitarios del contrato de obra 002-12-2010, los cuales son inferiores a los establecidos en el contrato de obra 01442 de 27 de agosto de 2010, y al comparar la diferencia resultante con la cantidad de obra subcontratada se obtiene el monto de \$102.756.230. Sin embargo, al revisar las cantidades del modificadorio 01 del subcontrato, dos de ellas son superiores a las del contrato primigenio, siendo estas últimas las ejecutadas, según el acta de recibo parcial de obra 06 y el acta de liquidación del contrato.

472. Adicionalmente, en el acta de liquidación del subcontrato se indicó que respecto del ítem mejoramiento de la subrasante con material de adición, se ejecutaron 20 m² menos de los contratados y relacionados en la factura n.º 0075 presentada por el contratista, razón por la cual se generó un saldo a favor del contratante, el cual sería devuelto en efectivo. Esta situación no fue tomada en cuenta en la resolución de acusación.

473. En aras de la claridad, es necesario corroborar las cifras consignadas en la acusación, en contraste a lo que planteó la Contraloría General de la República en el traslado de hallazgos¹²⁹, de donde se toman como referencia las cantidades de obra ejecutadas respecto del contrato 01442 de 2010¹³⁰, evidenciando que, al comparar los valores unitarios establecidos en el contrato frente a los valores pactados en el aludido subcontrato¹³¹, se presentan diferencias en los cuatro ítems así:

Tabla No 5

Descripción	und	V.U. Original (Contrato)	V.U. Subcontrato	Diferencia	Cantidad Ejecutada Contrato	Total
Mejoramiento de subrasante con material de adición	M2	8.778	7.500	1.278	16.709,5	21.321.322
Instalación de base	M3	82.467	70.000	12.467	250	3.116.750
Instalación de Sub-base	M3	67.444	50.000	17.444	250	4.361.000
Excavación e instalación de filtro	ML	139.788	125.000	14.788	4.999,6	73.934.085
TOTAL DETRIMENTO						102.733.157

Fuente: elaboración con datos del proceso.

474. El recálculo arroja una diferencia nominal de \$102.733.157. La cifra se tiene únicamente como resultado descriptivo de comparar precios unitarios de dos relaciones de alcance distinto; no como prueba de mayor valor injustificado, detrimento o apropiación.

475. En el expediente obran la solicitud presentada el 31 de agosto de 2010 por Carlos Fernando Prada Rey, en su condición

¹²⁹ Anexo Sala de Instrucción No.1 Folio 4.

¹³⁰ Acta de recibo 06. Sala de Instrucción 3 Medio Magnético CD o DVD

¹³¹ Contrato de obra N.º 002-12-2010 de Unión Temporal Arboledas 210 con Mavicol Ltda.

de representante legal de la Unión Temporal Arboledas 2010, dirigida a WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, entonces secretario de infraestructura, en la cual, con fundamento en la cláusula vigésima primera del contrato «cesiones y subcontratos», pidió que se autorizara «la realización de los subcontratos que sean necesarios para la ejecución de las obras contempladas» en el contrato de obra n.º 01442 del 27 de agosto de 2010, y la respuesta emitida el 1 de septiembre de 2010 por la Secretaría de Infraestructura, suscrita por el procesado, mediante la cual se accedió a ello.

476. Ciertamente, ni la solicitud ni la autorización contienen ninguna exposición sobre las razones técnicas que hacían necesaria la contratación de terceros, ni identifican con precisión los trabajos que supuestamente requerían personal o equipos especializados, pese a que esa era la condición prevista en la cláusula vigésima primera del contrato. Sin embargo, esa ausencia de mayor argumentación carece de entidad, pues el análisis no puede agotarse en la denominación formal de «subcontrato», sino que debe atender a la estructura subjetiva del contratista.

477. Por ello, al margen de que se hubiera acudido a la expresión subcontrato, lo cierto es que quien ejecutó materialmente esos ítems era integrante de la unión temporal contratista y, ante la administración, quien seguía obligado y ejecutaba el contrato, era la Unión Temporal Arboledas 2010, integrada en el 99 % por Mavicol Ltda., por lo que su intervención correspondía a la de uno de los miembros del proponente plural adjudicatario; de ahí que el seguimiento contractual debía recaer

sobre el cumplimiento del objeto por parte del contratista adjudicatario, no sobre una supuesta relación autónoma con un tercero subcontratista inexistente en sentido estricto.

478. En ese contexto, la presencia de Mavicol Ltda. en la ejecución material de la obra no podía generar extrañeza ni ser indicativa de irregularidad frente a la administración, pues dicha sociedad era el principal componente de la Unión Temporal Arboledas 2010, por lo que su intervención en determinados rubros del contrato se explicaba, en principio, por su propia condición de integrante del proponente que había concurrido a la licitación, aportado sus condiciones habilitantes y asumido, junto con Retromáquinas S. A. -cuya participación equivalía al 1 %-, la ejecución del objeto contractual frente al departamento, por lo que no resultaría exigible inferir en ese momento el propósito de apropiación de recursos públicos.

479. La circunstancia de que el procesado hubiera autorizado la subcontratación no constituye fundamento suficiente para atribuirle la autoría del delito de peculado por apropiación, en tanto dicha autorización era un presupuesto para que el contratista pudiera celebrar el respectivo subcontrato, pero ello únicamente acredita su intervención dentro del procedimiento administrativo previsto para la ejecución del contrato, mas no que hubiera realizado actos de disposición sobre los recursos públicos, ni que hubiera concurrido con dominio funcional del hecho a su apropiación. Entre la autorización y la eventual apropiación de los recursos media una serie de actuaciones posteriores, autónomas y dependientes de la voluntad de otros intervinientes, razón por la

cual aquella no puede erigirse, sin mayor fundamentación, en el elemento determinante de la responsabilidad penal.

480. En la versión original del artículo 7, numeral 2 de la Ley 80 de 1993, vigente para la fecha de los hechos –actualmente numeral 7 de la misma norma– establece que la unión temporal se configura cuando dos o más personas presentan conjuntamente una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, «respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado», sin perjuicio de que las sanciones por incumplimiento se impongan de acuerdo con la participación de cada uno de sus miembros en la ejecución contractual.

481. De esa definición se desprende que el objeto contratado se ejecuta a través de quienes integran el proponente plural. Así, sus miembros son quienes concurren a la propuesta, acreditan las condiciones exigidas por el pliego, asumen la ejecución del contrato y responden frente a la entidad estatal, razón por la cual, la capacidad económica, experiencia, capacidad técnica y los demás requisitos habilitantes no se predicán de la unión temporal, sino de sus integrantes, quienes conforman el sujeto contractual plural que comparece ante la administración.

482. Tratándose de subcontrato, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 12 de agosto de 2013, radicación 52001-23-31-000-1999-00985-01 (23.088), explicó que la subcontratación hace surgir una relación jurídica autónoma entre el contratista estatal y el subcontratista, independiente de la relación principal entre la entidad pública y

el contratista, quien es un tercero que sustituye material y parcialmente al contratista en la ejecución de determinadas prestaciones, sin que ello desplace la responsabilidad que este conserva frente a la entidad contratante.

483. Así, si la subcontratación presupone la intervención de un tercero frente al contratista estatal, tal como lo propone la defensa, no resulta técnicamente acertado denominar subcontrato al acuerdo celebrado entre una unión temporal y uno de sus integrantes, en tanto, quien forma parte del proponente plural no es alguien ajeno al contratista, sino parte del mismo sujeto contractual que presentó la oferta, obtuvo la adjudicación, celebró el contrato y asumió la obligación de ejecutarlo, con lo cual, desde el punto de vista subjetivo, un integrante de la unión temporal no puede tener simultáneamente la calidad de contratista –como miembro del proponente plural– y de tercero subcontratista frente a esa misma estructura contractual.

484. La circunstancia de que Mavicol Ltda. integrara la unión temporal no excluye, por sí misma, que pudiera ser tercero beneficiario para efectos penales. Lo determinante es si en la actuación se reconstruyeron los flujos de dinero, los registros contables, el destinatario final de la diferencia, la existencia de un sobreprecio sobre bases homogéneas y el conocimiento del acusado sobre la estructura económica interna del negocio, aspectos que se examinan a continuación.

485. Un eventual peculado por sobreprecio exigiría acreditar, con bases homogéneas, que el valor reconocido por la administración fue injustificadamente superior al de mercado o a la contraprestación recibida, que ese mayor valor fue efectivamente pagado y quedó en provecho de un tercero, y que el acusado lo conoció y contribuyó a su disposición. La denominación de subcontrato y la simple diferencia interna no satisfacen esas premisas.

486. Al no estar establecido un mayor valor injustificado pagado por los cuatro ítems, tampoco puede afirmarse que el pago ordinario al contratista haya materializado la sustracción de una suma equivalente a la diferencia contable, pues el pago consume el peculado cuando recae sobre un monto cuya apropiación está probada¹³².

487. La acusación constituye el marco fáctico y jurídico que delimita la actividad decisoria de la Sala al momento de emitir sentencia. En consecuencia, el juicio de responsabilidad no puede extenderse a hipótesis de apropiación distintas, más amplias o indeterminadas, sino que debe recaer sobre los hechos jurídicamente relevantes por los cuales el procesado fue llamado a juicio y respecto de los cuales ejerció su derecho de defensa.

488. En este caso, en lo que concierne al delito de peculado por apropiación, la acusación se circunscribió al presunto detrimento patrimonial derivado de la diferencia entre los valores reconocidos por la administración en el contrato principal y

¹³² CSJ. SP. Rad. 38396 de 10 de octubre de 2012.

aquellos pactados en el negocio celebrado para la ejecución de cuatro ítems específicos entre la unión temporal y su integrante, menoscabo que, se habría producido porque la unión temporal recibió de la administración el pago conforme a los precios unitarios establecidos en el contrato de obra 01442 de 2010, mientras que la ejecución material de esos rubros se habría causado en valores inferiores, generándose una diferencia de \$102.733.157.

5.4.1.2 Tipo subjetivo

489. La insuficiencia objetiva es bastante para absolver. Aun si, solo en gracia de discusión, se asumiera que la diferencia reflejó un mayor valor injustificado, tampoco se acreditó el tipo subjetivo. Las irregularidades relevantes para el artículo 410 no sustituyen la prueba de que el acusado conocía y quería la apropiación patrimonial específica atribuida por los cuatro ítems.

490. Así, no bastaba demostrar que el contrato presentó inconsistencias en sus estudios previos, que se modificó sustancialmente, que se eliminó la pavimentación inicialmente prevista, que existieron variaciones en las cantidades de obra o que el procesado tuvo intervención funcional en las distintas etapas del trámite contractual. Para estructurar el dolo de este peculado era necesario acreditar, con grado de certeza, que CARRILLO MENDOZA conocía la estructura económica concreta del negocio celebrado para la ejecución de esos rubros, sabía que los precios allí pactados eran inferiores a los reconocidos por la administración en el contrato principal y, pese a ello, quiso,

aceptó o permitió que esa diferencia patrimonial quedara en provecho de terceros.

491. La Sala advierte que esa demostración no se satisface con la sola autorización general para celebrar subcontratos, ni con la constatación de las anomalías contractuales verificadas en el proceso. Aquella autorización, aunque sí se estima genérica o insuficientemente motivada frente a las exigencias de la cláusula vigésima primera del contrato, no permite concluir que el procesado conociera los precios unitarios que serían pactados para la ejecución de los ítems, ni que supiera que estos serían inferiores a los del contrato principal, ni que hubiera querido la apropiación de la diferencia resultante.

492. Tampoco puede fundarse el dolo del peculado en una tesis general según la cual, todo el contrato habría sido concebido como un medio para apropiarse de recursos públicos. Esa conclusión desplaza el análisis desde el hecho patrimonial concreto delimitado en la acusación hacia una hipótesis amplia de manipulación integral del contrato, que no corresponde al núcleo específico del cargo por el cual se examina la responsabilidad penal.

493. En consecuencia, no obra prueba suficiente para afirmar, con la certeza exigida por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, que la diferencia nominal correspondiera a recursos apropiados ni que CARRILLO MENDOZA conociera la estructura económica interna y quisiera que un mayor valor injustificado quedara en provecho de terceros.

494. Por consiguiente, frente al específico cargo de peculado por apropiación derivado de la diferencia de precios en los cuatro ítems ejecutados, no se acredita el tipo subjetivo exigido por la conducta punible.

495. Tampoco puede sostenerse, siquiera de manera subsidiaria, la configuración de una conducta culposa fundada en la infracción al deber objetivo de cuidado. La culpa exige la previsibilidad del resultado, la posibilidad real de evitarlo y la relación normativa entre la infracción y el resultado típico, aspectos que no se encuentran acreditados en el asunto bajo estudio.

496. La conducta atribuida en la acusación fue la de peculado por apropiación en favor de terceros, edificada sobre la tesis de que el procesado habría permitido la desviación patrimonial derivada de la diferencia entre los precios reconocidos por la administración y los valores pactados para la ejecución de los tantas veces citados cuatro ítems.

497. Frente a esa acusación, era necesario establecer cuál era el deber específico omitido por el acusado frente a la estructura económica del negocio celebrado para la ejecución de los cuatro ítems, por qué le era exigible conocer los precios pactados internamente, de qué manera podía advertir la diferencia patrimonial antes de que se consolidara y cómo su actuación habría evitado el resultado.

498. No se demostró que el procesado hubiera intervenido en la fijación de los precios del negocio celebrado para la

ejecución material de los ítems, que hubiera conocido su estructura económica, que hubiera recibido información concreta sobre la diferencia entre esos valores y los pactados en el contrato principal, ni que, al autorizar de manera general la celebración de contratos necesarios para el desarrollo de la obra, hubiera tenido la posibilidad real y específica de prever el detrimento finalmente calculado.

499. Debe insistirse en que la calidad de secretario de infraestructura y la disponibilidad jurídica sobre los recursos explican la relación funcional con el contrato estatal, pero no sustituyen la demostración de los elementos propios del tipo subjetivo.

500. La Sala no desconoce que CARRILLO, por su condición de secretario de infraestructura y delegatario de la actividad contractual, no podía ser considerado ajeno al trámite del contrato 01442 de 2010. Por el contrario, conforme se analizó al estudiar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, su intervención funcional en la etapa precontractual, contractual y poscontractual impedía reconocer, frente a ese punible, su amparo en el principio de confianza, ámbito en el cual, tenía deberes de dirección, orientación, vigilancia y control respecto de la actividad contractual desarrollada por la dependencia a su cargo.

501. Esa conclusión no puede trasladarse al delito de peculado, ni permite afirmar que infringió el deber objetivo de cuidado relacionado con la apropiación patrimonial atribuida. Una cosa es que el procesado tuviera deberes de control sobre la

legalidad, trámite, modificación y ejecución general del contrato estatal; y otra, sustancialmente distinta, que tuviera el deber concreto de verificar la estructura económica interna de un negocio celebrado por el contratista plural con uno de sus propios integrantes, especialmente cuando, frente a la administración, quien continuaba obligado por la ejecución del objeto contractual era la unión temporal adjudicataria.

502. En su indagatoria, el procesado explicó que la autorización para subcontratar fue otorgada porque la cláusula contractual permitía al contratista solicitarla, pero insistió en que, según los informes de interventoría, de supervisión y el acta de liquidación, no aparecía reportada ni ejecutada una subcontratación como tal. Indicó, además, que el asunto obedecía, según lo manifestado por el representante legal del contratista plural, a una operación contable interna de uno de sus integrantes, y que las actividades de obra fueron recibidas y controladas dentro de la ejecución ordinaria del contrato por la unión temporal, explicación que resulta atendible para precisar el alcance del deber funcional que podía predicarse del acusado frente al específico detrimento patrimonial examinado.

503. En efecto, si la administración seguía teniendo como contratista a la unión temporal y si uno de sus integrantes ejecutaba materialmente determinados rubros del contrato, no era evidente, desde la perspectiva funcional del secretario de infraestructura, que se estuviera ante la intervención de un tercero extraño cuya actividad exigiera un seguimiento autónomo como subcontratista.

504. La delegación de la supervisión en una profesional de la Secretaría, la existencia de una interventoría y la intervención técnica de Invías no excluían los deberes generales del procesado respecto del contrato, pero sí muestran que el seguimiento cotidiano de la obra, la constatación de cantidades ejecutadas, la revisión técnica de las modificaciones y el control material de la ejecución no reposaban exclusivamente en él.

505. Según su versión, el control lo ejercía a través de los informes de supervisión, interventoría, actas de modificación, actas de recibo y acta de liquidación; documentos en los que no aparecía consignada la ejecución de un subcontrato en los términos que luego se le reprocharon.

506. A ello se suma que el contrato contó con una interventoría encargada de verificar la ejecución técnica, administrativa y financiera de la obra, que estaba al frente del seguimiento contractual, participaba en la revisión de la obra ejecutada, conceptuaba sobre su recibo y autorizaba o avalaba los pagos. En tales condiciones, resulta loable comprender que el procesado se apoyara en esa gestión técnica y financiera para considerar que los recursos se estaban ejecutando correctamente, especialmente si los informes, actas de recibo y documentos de liquidación daban cuenta de la ejecución del contrato por parte de la unión temporal y no advertían la existencia de una apropiación derivada de la diferencia interna de precios.

507. Esto adquiere especial importancia frente al peculado examinado, pues el detrimento atribuido no surgía de una

apropiación visible, directa o manifiesta de recursos públicos, sino de una comparación posterior entre los precios unitarios del contrato principal y los valores pactados internamente para la ejecución de determinados ítems. Por tanto, no se trataba de una anomalía que pudiera percibirse de manera evidente con la sola revisión general de la ejecución contractual, máxime cuando quien aparecía frente a la administración como responsable de la obra era el contratista adjudicatario y los pagos se encontraban precedidos por la intervención de quienes tenían a su cargo el control técnico y financiero del contrato.

508. Así, aun aceptando que el procesado no podía desentenderse de los presupuestos contractuales ni del seguimiento de la ejecución del contrato estatal frente a la administración, esos deberes no se extendían, en los términos requeridos para fundar responsabilidad penal, a la verificación de la distribución interna de costos o utilidades entre el contratista plural y uno de sus integrantes.

509. En síntesis, la acusación no demostró que el margen comparado equivaliera a un sobreprecio injustificado ni que WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA conociera esa estructura de costos y quisiera, aceptara o permitiera una apropiación. La calidad de secretario y la disponibilidad jurídica no suplen ninguno de esos dos vacíos.

510. La autorización general de subcontratación, expedida antes del negocio interno, no prueba que el acusado conociera sus precios, su ejecución material o el destino de la diferencia. Tampoco se demostró que el Estado hubiera pagado un valor

superior al mercado o que existiera una transferencia patrimonial a favor de un tercero. Por ello, subsiste duda razonable sobre la apropiación y sobre el dolo exigido por el artículo 397.

511. Por tanto, respecto del peculado fundado en la diferencia de precios del denominado subcontrato, se emitirá sentencia absolutoria por insuficiencia probatoria tanto del acto objetivo de apropiación como del dolo.

5.4.2 Del delito de peculado referido al no cobro de la multa.

5.4.2.1 Tipo objetivo

512. El segundo fundamento del peculado consiste en la supuesta omisión de cobrar una multa por \$56.734.879. Como se explicará, no existió un crédito público líquido y exigible porque la sanción nunca fue impuesta mediante el procedimiento administrativo correspondiente; por ello se absolverá también por esta hipótesis.

513. En efecto, respecto a la imposición de multas, en el pliego de condiciones de la Licitación Pública LP-SI-003-2010 y el contrato de obra 01442 del 27 de agosto de 2010, suscrito por WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, secretario de infraestructura, núm. 6.26 - MULTAS -, señaló:

En caso de incumplimiento parcial, retardo o mora en el cumplimiento de las obligaciones del contratista que no den lugar

a la declaratoria de caducidad del contrato, el Departamento podrá imponer a el contratista multas del 0.1 % por cada día de retraso o incumplimiento de cualquiera de las obligaciones estipuladas en el contrato, sin causa justificada, y se aplicarán sobre el valor del plan incumplido. El monto total de las multas que el Departamento imponga a el contratista durante la ejecución del contrato no podrá exceder el diez por ciento (10%) del valor total del mismo. La acusación o exigibilidad de las multas no exonerara a el contratista del cumplimiento de sus obligaciones contractuales hasta la terminación del contrato. El contratista autoriza desde ya al Departamento para que el valor de las mismas sea descontado de los saldos existentes a su favor, en el acta de liquidación del contrato o mediante la acción judicial contenciosa pertinente¹³³.

514. En comunicación M&R-229-039-OB-2010 de 27 de mayo de 2011, suscrita por Luis Fernando Hurtado Tobón, residente de interventoría de Medina & Rivera Ingenieros Asociados S.A.S, dirigido a la Unión Temporal Arboledas 2010, con copia a Inviás Regional Norte de Santander, ing. Elías Jaimes, Gestor Técnico Invias Red Terciaria y Férrea, ing. Mónica María Gómez; Gobernación de Norte de Santander, Arq. WILMER RAMIRO CARRILLO; Supervisor Convenio 3203 Invias - Unicauca, ing. Carlos Arturo Reina; y supervisor Gobernación Norte de Santander, ing. Lucy Elena Urón Rincón, solicita la imposición de multa al contrato 1442 de 2010, argumentando lo siguiente:

¹³³ Cuaderno anexo 4 a folio 102-170 o cuaderno anexo 5 a folio 201-214.

De acuerdo a lo establecido en la Resolución 03662 de agosto 13 de 2007, por la cual se establece el procedimiento de imposición de sanciones y se señalan las causales y cuantías, para hacer efectiva la cláusula de multas en los contratos celebrados por el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. Según reza en el ARTICULO SEGUNDO, CLÁUSULA SÉPTIMA, se aplicará multa al Contratista por el incumplimiento del programa de inversiones, correspondiente al 10 % respecto del valor total de las obras dejadas de ejecutar de acuerdo con las obras programadas en el mes correspondiente.

Según lo fijado en la última reprogramación aprobada, al día de hoy 27 de mayo del presente año, se registra un atraso correspondiente al 21.41 %, teniendo en cuenta que a la fecha se tiene un valor acumulado de \$2.421.297.009, equivalente al 91.37 % y se ha ejecutado un acumulado de \$1.853.948.223, equivalente al 69.96 %.

El valor de las obras dejadas de ejecutar corresponde a: \$567.348.786.00. El valor multa equivalente al 10 % del valor de las obras dejadas de ejecutar corresponde a: \$56.734.879. Los atrasos son reflejados en actividades programadas y a las cuales no se les dio cumplimiento en aspectos como la construcción de filtros en geodrén y la construcción de muros en gavión¹³⁴.

515. Por su parte, en el informe mensual de interventoría 8, correspondiente al periodo del 27 de abril al 27 de mayo de 2011 – Interventoría integral técnica, administrativa y financiera para

¹³⁴Informe parcial 6241735 de 26 de febrero de 2021. Cuaderno 3 Sala de Instrucción. CD a folio 71, rotulado "Rad. 45415. Diligencia Inspección Invias. Convenio I. No. 2596-2009, realizada el 24 Feb-2021", archivo PDF denominado "2596-2009", pág. 288-289.

el mejoramiento y mantenimiento de la vía Salazar-Arboledas, municipio de Arboledas, departamento de Norte de Santander, presentado por Medina & Rivera Ingenieros Asociados S.A.S., en los aspectos administrativos numeral 3.5, refirió que con el contratista había tenido comunicaciones escritas, entre otros con los siguientes oficios: comunicación M&R-229-039-OB-2010 de 27 de mayo de 2011, por lo que requirió multar a la contratista por incumplimiento en el programa de inversiones¹³⁵.

516. Así mismo, en el informe final de interventoría, numeral 3.3 «Principales incumplimientos presentados por el contratista», se referencia la comunicación M&R-229-039-OB-2010 del 27 de mayo de 2011, solicitud de multa al contratista, y en el numeral 7 «Proceso de Contratación – 7.1 Rendimiento del personal» se consignó lo siguiente frente al mes octavo:

Mes 8 del 27 de abril al 27 de mayo de 2011, se presentaron en obra 1 ingeniero residente, 1 maestro generador, 1 almacenista, 2 oficiales, 20 ayudantes, 1 operador de retroexcavadora, 3 conductores. El rendimiento fue bajo, a pesar de haberse incrementado el personal de campo. Se presentan atrasos en la ejecución de la obra correspondiente al 21,41 %.

En este periodo continúan las lluvias, las cuales no permitieron ejecutar actividades programadas tales como la construcción de filtros en geodrén, no permitiendo la realización de excavaciones, la construcción de muros en gavión al no permitir la explotación de piedra por el aumento de caudal en las fuentes y el mejoramiento de la sub rasante con adición de material, actividad

¹³⁵ Cuaderno 6 Sala de Instrucción a folios 84-115.

que en caso de realizarse era perdida. Cabe anotar que el contratista cuenta con materiales y equipo necesario para estas actividades.

La interventoría solicita multar al contratista, por incumplimiento en su programa de trabajo, se prevé realizar comité técnico contando con la participación de las diferentes entidades que hacen parte de este contrato, con el fin de tomar la determinación más acertada¹³⁶.

517. En el acta de Liquidación bilateral contrato de obra 01442 de 27 de agosto de 2010, no se ve reflejado algún descuento por concepto de multas a la Unión Temporal Arboledas 2010¹³⁷, plasmándose la siguiente información del desarrollo financiero del contrato: el acta contiene cifras de pagos, amortizaciones y saldo, pero carece de un balance técnico-económico suficiente sobre ítems suprimidos, incorporados y cantidades modificadas.

518. Esa omisión sustenta el reproche del artículo 410 porque afecta la verificación material de la liquidación, sin demostrar por sí misma una apropiación. Respecto de la multa, no existía un crédito líquido y exigible porque no culminó un procedimiento sancionatorio.

Tabla No 6

CONCEPTO	FECHA	VALOR ACTA	AMORT. ANTICIPO	VALOR PAGADO	COMPROB. PAGO
ANTICIPO	31-08-10			1.325.000.000	17670 de agosto 31/10
ACTA DE RECIBO No. 1	29-12-10	334.113.176.00	167.056.588.00	167.056.588.00	76237 de Dic. 29/10

¹³⁶ Cuaderno 6 Sala de Instrucción, folios 122-188.

¹³⁷ Cuaderno 8 Sala de Instrucción a folios 97-102.

ACTA DE RECIBO No. 2	27-02-11	380.805.973.00	190.402.986.50	190.402.986.50	78153 de marzo 22/11
ACTA DE RECIBO No. 3	27-03-11	516.800.363.00	258.400.181.50	258.400.181.50	78911 de abril 8/11
ACTA DE RECIBO No. 4	19-05-11	464.504.408.00	232.252.204.00	232.252.204.00	80546 de marzo 23/11
ACTA DE RECIBO No. 5	13-06-11	504.020.970.00	252.010.485.00	252.010.485.00	81447 de junio 16/11
ACTA DE RECIBO No. 6 Y FINAL	30-06-11	449.701.391.00	224.850.755.10	224.850.635.90	82292 de julio 15/11
TOTAL		2.649.946.281.00	1.324.973.200.10	2.649.973.080.90	

Fuente: Elaboración con los datos del proceso.

Tabla No 7

VALOR INICIAL	\$ 2.650.000.000.00
VALOR ADICION	\$ 0.00
VALOR TOTAL DE PAGOS	\$ 2.649.973.080.90
VALOR A RETENER DESTINO AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y PENSIONES POR IBC INFERIOR AL DE LEY (U OTRO CONCEPTO-SI HAY LUGAR A ELLO)	\$ 0.00
SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA	\$ 0.00
SALDO A FAVOR DE LA ENTIDAD	\$ 26.919.10
SUMAS IGUALES	\$ 2.650.000.000.00

Fuente:

519. Respecto a la imposición de multas en la contratación estatal, el Consejo de Estado¹³⁸, ha definido que estas tienen por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo

¹³⁸ Concepto 1237 de 1999, M.P. César Hoyos Salazar. Sobre la multa como sanción pecuniaria, puede verse BERCAITZ, Miguel Ángel, Teoría General de los Contratos Administrativos, Depalma, Segunda Edición, 1980, p. 418. Igualmente, Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, Buenos Aires, Cuarta Edición, 1998, p.412. Capitant señala que la multa "tiene por objeto inducir al deudor de una obligación de hacer o no hacer a que la cumpla, por la amenaza de tener que pagar una indemnización que puede acrecentarse de manera considerable si el incumplimiento se prolonga o se repite" (CAPITAN Henri. Vocabulario Jurídico, Depalma, Buenos Aires, 1986 (8ª reimpresión de la primera edición de 1930. P. 382).

pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la administración¹³⁹.

520. La obligación que nace de la multa es el pago de una obligación dineraria liquidada en el respectivo acto. Este compromiso de pagar una suma de dinero es distinto (adicional) de las obligaciones contractuales propiamente dichas, pues representa una carga adicional originada en una situación de incumplimiento, por la que el contratista debe responder. Así, el contratista sigue obligado a cumplir el contrato, pero, además si es multado, debe pagar al Estado la suma de dinero correspondiente a la multa¹⁴⁰.

521. Al respecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, disponía:

Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido

¹³⁹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Principios de derecho administrativo general. Tomo II. Segunda Edición, Madrid, 2009, p. 229 y ss. Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, Buenos Aires, Cuarta Edición, 1998, p.393 y 410.

¹⁴⁰ Sala de Consulta y Servicio Civil Consejo de Estado, rad. 11001-03-06-000-2010-00109-00(2040) de 29 agosto 2010. CP. William Zambrano Cetina.

pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

522. En relación con la potestad otorgada por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 para la imposición unilateral de multas en la contratación estatal, el Consejo de Estado expresó:

De la simple lectura de la norma, se advierte que esta tiene fundamento en los principios constitucionales de legalidad y

debido proceso que rigen la contratación estatal, y con ella se resuelve la controversia doctrinal y jurisprudencial en la materia que se ha venido analizando, al indicar expresamente que las entidades estatales tendrán la facultad unilateral de imponer las multas que hayan sido pactadas, con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, decisión administrativa que deberá estar precedida de audiencia del afectado y del agotamiento de un procedimiento mínimo, y que sólo procede mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.

En vigencia de esta reforma, el Consejo de Estado ya resaltó la importancia de la potestad de la Administración en la que se sustenta la imposición de las multas en la actividad contractual, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad y recordó que su correcto ejercicio exige observar los principios de legalidad, debido proceso y proporcionalidad; así discurrió la Sección Tercera de la Corporación:

Para valorar la legalidad de la imposición de las multas y de la cláusula penal pecuniaria en los contratos, como ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, se debe verificar, siempre, si dicha potestad se encuentra autorizada por la ley y en el contrato mismo, toda vez que la administración debe tener en cuenta que siempre que se acuda a una de estas figuras, en materia contractual, deberá cumplirse, previamente, con los postulados propios del principio de legalidad. (...) En materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se

contemplan previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes -no la ley, pero autorizadas por ella quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de ius puniendi sui generis al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad. (...) Como respuesta a las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la competencia de la administración para la imponer las sanciones pecuniarias, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007(...) esta norma, en el artículo 17, contempla la facultad de las entidades estatales de imponer multas y la cláusula penal pecuniaria que hubieren sido pactadas. (...) Esta nueva disposición realiza el principio de legalidad, pues queda claro que las entidades pueden ejercitar -de conformidad con la ley y el contrato-, la potestad sancionadora en el desarrollo contractual, esto es, sin tener que acudir al juez para declarar el incumplimiento... (Subraya la Sala).

El artículo 17 de la ley 1150 de 2007 habilita en forma expresa a la entidad contratante para imponer las multas o declarar el incumplimiento total o parcial del contrato con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal, siempre que se hubiesen pactado, y autoriza a obtener su pago por cualquier mecanismo¹⁴¹.

523. En consecuencia, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 faculta a la administración para imponer multas de forma unilateral, siempre que se garantice el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, lo cual exige el agotamiento de un procedimiento

¹⁴¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157), 10 octubre de 2013. CP. Álvaro Namén Vargas.

administrativo previo. Dicho trámite, aunque no estaba detallado en la ley, debía asegurar al contratista garantías esenciales como el derecho a ser oído, la facultad de solicitar y controvertir pruebas, el acceso a una defensa técnica y la obtención de una decisión debidamente motivada y susceptible de recursos.

524. En suma, la validez de cualquier sanción contractual depende de la observancia de estas prerrogativas mínimas, orientadas a proteger al administrado frente a posibles actuaciones arbitrarias y a asegurar que la decisión final sea justa y adecuada al derecho material. En el mismo concepto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado explicó:

El artículo 17 de la ley 1150 establece que la administración para adoptar la decisión unilateral de imponer las multas deberá garantizar al afectado los derechos al debido proceso y de defensa, mediante un procedimiento mínimo, que consiste en un requerimiento previo al contratista para que se pueda pronunciar sobre el incumplimiento que le endilga la entidad pública contratante, y defenderse del mismo, incluso con petición de práctica de pruebas y posibilidad de contradicción de las que se aduzcan en su contra, en caso de que resulte necesario.

La norma no fue más específica en el señalamiento de dicho procedimiento, pero como se afirmó anteriormente, el fundamento constitucional de esta disposición se encuentra en el artículo 29 superior, que consagra el derecho al debido proceso, lo que significa que las entidades públicas contratantes deben observar los principios mínimos allí establecidos, dirigidos a tutelar la intervención plena y eficaz del sujeto afectado con una eventual

*medida y a protegerlo de la eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad que conoce del asunto*¹⁴².

*En efecto, la observancia del debido proceso en las actuaciones administrativas, incluyendo la contractual, es de vital trascendencia para la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material, y tiene los siguientes alcances: (i) ser oído antes de que se tome la decisión; (ii) participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; (iii) ofrecer y producir pruebas; (iv) obtener decisiones fundadas o motivadas; (v) recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; (vi) tener acceso a la información y documentación sobre la actuación; (vii) controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; (viii) obtener asesoría legal; (vii) tener la posibilidad de intentar mecanismos contra las decisiones administrativas*¹⁴³.

Quiere decir lo anterior que, en las voces del artículo 29 de la Constitución Política, con antelación a la adopción de una decisión

¹⁴² Sobre el entendimiento de esta norma la Corte Constitucional ha señalado: "(...) El Debido Proceso como garantía de los derechos fundamentales en las actuaciones judiciales y administrativas. Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica, cuando quiera que la autoridad judicial o administrativa deba aplicar la ley en el juzgamiento de un hecho o una conducta concreta, la cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o sanción. /En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional. /Del contenido del artículo 29 de la Carta y de otras disposiciones conexas, se infiere que el derecho al debido proceso se desagrega en una serie de principios particularmente dirigidos a tutelar la intervención plena y eficaz del sujeto procesal y a protegerlo de la eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad que conoce y resuelve sobre la situación jurídica sometida a su decisión. /En tal virtud, y como garantía de respeto a dichos principios, el proceso se institucionaliza y normatiza, mediante estatutos escritos que contienen mandatos reguladores de la conducta de las autoridades administrativas o judiciales encaminados a asegurar el ejercicio regular de sus competencias (...)." Cf. Sentencia C-214 de 28 de abril de 1994.

¹⁴³ SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando, Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual, Ley 1150 de 2007, editorial Universidad Externado de Colombia 2009, págs. 80 a 82.

administrativa en la actividad contractual que pueda resultar perjudicial o contraria a los intereses del contratista, es indispensable observar el debido proceso, como sucede con la imposición de multas. Además, si la ley 1150 de 2007 obliga a la Administración a aplicar el debido proceso administrativo, la simple lógica jurídica indica que para la expedición de un acto administrativo que impusiera, por sí y ante sí, la multa por incumplimiento pactada, es menester seguir un procedimiento que garantice ese derecho¹⁴⁴.

525. Sumado a lo anterior, entrada en vigencia la Ley 1474 de 2011¹⁴⁵, en su artículo 86, reguló el trámite para declarar el incumplimiento contractual, cuantificación de perjuicios, imponer las multas o sanciones pactadas y hacer efectiva la cláusula penal, bajo las siguientes etapas:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el

¹⁴⁴ Consejo de Estado, Ob. cit.

¹⁴⁵ Vigente desde el 12 de julio de 2011, Diario Oficial No. 48.128.

evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al

adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

526. Por su parte, la Corte Constitucional, en relación con el procedimiento previsto en los literales a), b), c) y d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se ha pronunciado en los siguientes términos:

5.5.4 El procedimiento previsto en los literales aludidos inicia cuando la entidad estatal advierta, a partir de unos hechos y de un informe de interventoría o de supervisión, la existencia de un posible incumplimiento del contrato. Prosigue con la citación al contratista, al que se dará noticia expresa y detallada de tales hechos e informes, de las normas o cláusulas que habrían sido violadas y de las consecuencias que podrían derivarse de ello, para debatir lo ocurrido, en una audiencia, a la que también se convocará al garante. En la audiencia se volverá a dar cuenta de lo manifestado en la citación y se dará la oportunidad al contratista y al garante de presentar sus descargos, de aportar pruebas y de controvertir las pruebas presentadas por la entidad. La audiencia se puede suspender para practicar otras pruebas, sea de oficio o a petición de parte, cuando se estime que ellas son conducentes y pertinentes o necesarias. El procedimiento concluye con una resolución motivada en la cual se decide la declaración o no del incumplimiento. Por último, si la entidad estatal tiene noticia de la «cesación de la situación de incumplimiento», puede «dar por terminado el procedimiento».

5.5.5 El antedicho procedimiento, que debe seguirse de manera necesaria para que la entidad estatal pueda ejercer las facultades previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011¹⁴⁶, garantiza que el contratista y su garante (i) serán informados en detalle y con los soportes correspondientes de los hechos en los que se funda la consideración de que el contrato se ha incumplido; (ii) tendrán la oportunidad de presentar sus descargos, dar explicaciones, aportar y controvertir pruebas; (iii) conocerán en la misma audiencia la resolución motivada de la entidad estatal y podrán presentar contra ella el recurso de reposición, que se tramitará y resolverá en la audiencia. Incluso, es posible suspender la audiencia, por razones de práctica de pruebas o por "cualquier otra razón debidamente sustentada". En estas circunstancias, la valoración probatoria, que es el fundamento de la resolución motivada por medio de la cual se cuantifica los perjuicios, no obedece a una presunción de mala fe del contratista, ni contraría la prevalencia del derecho sustancial, ni resulta de vulnerar el debido proceso en materia probatoria.

5.5.6 Como se advirtió atrás, la presunción de buena fe en las gestiones del contratista ante la entidad estatal, es una presunción de hecho y, por lo tanto, admite prueba en contrario¹⁴⁷. En el ejercicio probatorio que se hace en la audiencia, que incluye las pruebas recaudadas y practicadas por la entidad estatal y las solicitadas por el contratista y practicadas en ella, y que permite la contradicción de la prueba, no se parte de una presunción de mala fe del contratista, sino que, con fundamento en medios de prueba aportados de manera regular, conforme a lo previsto en el

¹⁴⁶ Supra II, 5.5.2.

¹⁴⁷ Supra II, 5.3.1.

procedimiento administrativo, se desvirtúa la presunción de buena fe que ampara a su gestión.

5.5.7 Al fundarse en lo que revelan los medios de prueba, en modo alguno la resolución motivada de la entidad estatal resulta de dar prevalencia a las formas sobre el derecho sustancial. Lo que ocurre es lo contrario, pues las formas que rigen el procedimiento brindan amplias oportunidades a las partes, para presentar y para controvertir pruebas y, sobre esta base, que no es formal, sino que es empírica, la entidad estatal da aplicación al derecho sustancial.

5.5.8 Por último, dado que la resolución motivada en comento debe fundarse en hechos verificados por medio de pruebas, no en suposiciones y prejuicios de la entidad estatal, lo que significa que tanto la existencia de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato como la responsabilidad del contratista en ellos debe estar probada, en el escenario de la audiencia, la actuación administrativa en la que se soporta la cuantificación de perjuicios respeta el debido proceso¹⁴⁸.

527. De la revisión del expediente se colige que no existe evidencia de un procedimiento administrativo sancionador adelantado por la Gobernación de Norte de Santander contra la unión temporal, si bien obra en el plenario una solicitud de la interventoría y el informe final de supervisión, estas piezas procesales son de carácter meramente informativo y propositivo. La anterior explicación al debido proceso para la imposición de una multa y que termina con una decisión de la administración

¹⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-499 de 2015.

imponiendo la misma cuando a ello conduce el procedimiento, pero que en esta oportunidad no se agotó o por lo menos no se llegó al proceso.

528. En esas condiciones la multa pretendida resultaba inexigible, toda vez que la Gobernación no la impuso, previo adelanto del procedimiento administrativo sancionatorio obligatorio previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 o en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual se erige en una garantía infranqueable del debido proceso, pues, al no existir un auto de apertura ni haberse surtido la citación, audiencia de descargos y contradicción probatoria, se redujo la actuación a simples informes de la interventoría que no suplen el debido proceso. Lo anterior, impidiendo desvirtuar legalmente la presunción de buena fe de la unión temporal y dejando cualquier pretensión sancionatoria sin sustento fáctico ni jurídico, constituyéndose la multa en una mera expectativa que nunca se perfeccionó en un acto administrativo vinculante.

529. En ese orden de ideas, como bien lo señaló el Ministerio Público, no era exigible la multa, por tanto, la omisión de su cobro no puede establecer en una conducta constitutiva de peculado por apropiación, por lo que por este cargo igualmente se absolverá al inculcado WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, por atipicidad de la conducta.

530. Lo anterior releva a la Sala del análisis de los demás presupuestos del delito. La comunicación de la interventoría por \$56.734.879 constituyó una solicitud y no una sanción ejecutoriada; al no haberse adelantado el procedimiento

administrativo ni expedido un acto motivado que impusiera una obligación líquida y exigible, la falta de descuento en la liquidación no configura apropiación, y una eventual omisión de iniciar ese trámite no puede transformarse en peculado ni en un delito distinto que no fue objeto de acusación.

VI. DOSIFICACIÓN PUNITIVA

531. Acreditada una conducta típica, antijurídica y culpable —el contrato sin cumplimiento de requisitos legales—, corresponde individualizar sus consecuencias punitivas con sujeción estricta a los artículos 55, 58 y 61 del Código Penal, a la proporcionalidad y a la prohibición de doble valoración.

6.1 Pena de prisión

532. En cuanto al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (artículo 410 del Código Penal) la pena aplicable, con el aumento de la Ley 890 de 2004, oscila entre 64 y 216 meses de prisión. El ámbito de movilidad es de 38 meses¹⁴⁹. Los cuartos son: el primero va de 64 a 102 meses; los dos cuartos medios van de 102 meses más 1 día a 140 meses y de 140 meses más 1 día a 178 meses; y el cuarto máximo de 178 meses más 1 día a 216 meses.

533. La resolución de acusación atribuyó, para este delito, la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 9 del artículo 58 del Código Penal por la posición distinguida que el acusado

¹⁴⁹ $216 - 64 = 152$. $152 \div 4 = 38$ meses.

ocupaba en la administración departamental. Su aplicación exige comprobar una preeminencia que exceda la mera calidad de servidor público y una incidencia concreta de esa posición en la realización del hecho.

534. Ambos presupuestos están acreditados. El secretario de infraestructura integraba el nivel superior de dirección de la rama ejecutiva departamental y era la máxima autoridad sectorial en una materia de alta relevancia comunitaria. Se trataba de un miembro del gabinete departamental, con poder decisorio y reconocimiento institucional en el ámbito territorial, condición que excede la de cualquier servidor público exigido por el tipo.

535. La incidencia fue directa: por la amplitud de la delegación podía expedir actos, elaborar y suscribir documentos precontractuales, adjudicar, celebrar sin consideración a la cuantía y liquidar. Esa posición le permitió adoptar personalmente las decisiones típicas y otorgarles eficacia frente a la administración y a los particulares¹⁵⁰.

536. La agravante no se funda en la simple condición funcional que integra el artículo 410, sino en la preeminencia adicional del cargo y en su relación condicionante con la conducta. Satisface así el estándar de motivación exigido por la Sala de Casación Penal para el artículo 58.9.

¹⁵⁰ Corte Constitucional C.038 de 19 de febrero de 1998.

537. La circunstancia del artículo 58.9 se diferencia de la calidad funcional exigida por el tipo. El mayor reproche deriva del aprovechamiento concreto de la posición directiva para mantener decisiones bajo su competencia pese a alertas técnicas y documentales sucesivas. Ese uso adicional del poder —y no la sola condición de secretario— sustenta la agravante, siempre dentro del marco comunicado en la acusación.

538. Este mismo dato no podrá emplearse de nuevo para escoger el tercero de los cuatro cuartos ni para incrementar la pena dentro del ámbito seleccionado, pues ello produciría dos consecuencias desfavorables a partir de una sola circunstancia¹⁵¹.

539. En consecuencia, se reconoce la circunstancia de mayor punibilidad expresamente deducida en la acusación.

540. La Sala reconocerá en favor de CARRILLO MENDOZA la circunstancia de menor punibilidad del núm. 1 del artículo 55 del Código Penal, esta es, la carencia de antecedentes penales, toda vez que hay constancia en el expediente a folios 123 y 125 del cuaderno 1 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 88.211.843 a nombre de WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA no aparece registrada en el sistema de información criminal.

¹⁵¹ CSJ SP2896-2024, rad. 62883 6 nov. 2024.

541. Concorre una circunstancia de mayor punibilidad — artículo 58.9— y una de menor —carencia de antecedentes, artículo 55.1—. Conforme al inciso segundo del artículo 61, la pena debe fijarse en uno de los dos cuartos medios.

542. Concurriendo la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58.9 y la ausencia de antecedentes, la pena se ubica en los cuartos medios. Dentro de ese ámbito se selecciona el límite inferior del segundo cuarto, atendiendo a la gravedad de la afectación, la extensión del dolo y la intensidad de la intervención, sin reutilizar la misma condición funcional como fundamento múltiple de tipicidad y dosificación.

543. La selección entre el segundo y el tercer cuarto de punibilidad no es automática. Debe atender al número, naturaleza y gravedad de las circunstancias concurrentes (CSJ SP338-2019, rad. 47675), con motivación suficiente y sin reutilizar como criterio de desplazamiento lo que ya sustentó una agravante¹⁵².

544. Aquí concorre una circunstancia de cada clase. La posición distinguida tiene relevancia para impedir el cuarto mínimo, pero no existe un fundamento autónomo que autorice asignarle un peso adicional y desplazar la pena al tercero de los cuatro cuartos.

545. Se selecciona, por ello, el segundo cuarto de punibilidad —primero de los dos cuartos medios—, que para la prisión va de 102 meses y un día a 140 meses.

¹⁵² CSJ SP338-2019, rad. 47675 de 13 de febrero de 2019.

546. Dentro del cuarto, el artículo 61 permite ponderar gravedad, daño, intensidad del dolo y necesidad de la pena, pero solo con hechos probados, propios de la conducta y no valorados ya en el tipo, en una agravante o en la selección del ámbito.

547. La posición distinguida ya sustentó la agravante del artículo 58.9 y la ubicación en los cuartos medios, de modo que no puede valorarse nuevamente. Y ninguno de los criterios del inciso tercero del artículo 61 del Código Penal -la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la intensidad del dolo, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto- ofrece un fundamento autónomo y probado para apartarse del límite inferior. Por tanto, se fija la prisión en el mínimo del segundo cuarto: ciento dos (102) meses y un (1) día, en observancia de la prohibición de doble valoración y de la exigencia de motivación creciente al alejarse del mínimo, reiteradas en CSJ SP4516-2021, rad. 50415, y CSJ SP851-2025, rad. 61601¹⁵³.

6.2 Pena de multa

548. La multa oscila entre 66,66 y 300 SMLMV, con ámbito de movilidad de 58,335 SMLMV. Los cuartos son: 66,66 a 124,995; 124,995 más la fracción mínima legal hasta 183,33; 183,33 más la fracción mínima legal hasta 241,665; y de allí hasta 300 SMLMV. Por razones de operatividad, el límite inferior del segundo cuarto se expresa como 125 SMLMV¹⁵⁴.

¹⁵³ Cf. CSJ SP4516-2021, rad. 50415, 6 de octubre de 2021; y CSJ SP851-2025, rad. 61601, 2 de abril de 2025.

¹⁵⁴ $300 - 66,66 = 233,34$; $233,34 \div 4 = 58,335$ SMLMV.

549. Por las mismas razones de ubicación, la multa se fija en el mínimo del segundo cuarto: ciento veinticinco (125) SMLMV para la época de los hechos¹⁵⁵.

Conforme al artículo 42 del Código Penal, modificado por el artículo 6 de la Ley 2197 de 2022, los recursos que se obtengan por su recaudo voluntario o coactivo ingresarán al Tesoro Nacional, con imputación a rubros destinados a la prevención del delito y al fortalecimiento de la estructura carcelaria, y se consignarán a nombre del Ministerio de Justicia y del Derecho en el fondo cuenta especial previsto en esa disposición. Esta regla, que se limita a fijar la destinación de los recursos, no altera el contenido ni la cuantía de la sanción.

550. La actuación no ofrece información individualizada y actual sobre los ingresos, el patrimonio, las obligaciones y las cargas familiares del acusado que permita afirmar una capacidad económica específica, y la Sala no suple ese vacío con presunciones asociadas al cargo público. Como no existe un factor autónomo, probado y no valorado previamente que autorice incrementarla, la multa se mantiene en el límite inferior del segundo cuarto, en aplicación del artículo 39.3 del Código Penal.

¹⁵⁵ La multa se fija en el límite inferior operativo del segundo cuarto: 125 SMLMV.

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

551. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas va de 80 a 216 meses; su ámbito de movilidad es de 34 meses. Los cuartos son: 80 a 114 meses; 114 meses y un día a 148 meses; 148 meses y un día a 182 meses; y 182 meses y un día a 216 meses¹⁵⁶.

552. Aplicando el mismo criterio y sin doble valoración, la inhabilitación se fija en el mínimo del segundo cuarto: ciento catorce (114) meses y un (1) día¹⁵⁷.

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

553. Aunque se trata de una conducta contra la administración pública, la prohibición del artículo 68A no puede aplicarse retroactivamente si las reformas que la incorporaron son posteriores a los hechos. Por ello se examinarán los subrogados conforme al régimen vigente en 2010.

554. 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

¹⁵⁶ $216 - 80 = 136$. $136 \div 4 = 34$ meses.

¹⁵⁷ El límite inferior del segundo cuarto de inhabilitación es 114 meses y un día.

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 normas¹⁵⁸.

7.1 Suspensión condicional de la ejecución de la pena

555. 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.

556. La pena de ciento dos (102) meses y un (1) día supera el máximo de tres años previsto en la norma aplicable, por lo que se negará a CARRILLO MENDOZA la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

7.2 Prisión domiciliaria

557. 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 1142 de 2007 por estar vigente para la época de los hechos, y no resultar aplicables por *favorabilidad* la adición del artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, que amplió la cantidad de pena mínima prevista, pero restringió el derecho para los delitos contra la administración pública.

¹⁵⁸ Cf. CSJ SP1785-2019, radicado 55124.

558. 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.

559. En esta oportunidad el procesado CARRILLO MENDOZA no cumple este requisito objetivo porque el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales tiene una pena mínima prevista en la ley superior a los cinco (5) años que lo hace improcedente y por esa razón le será negado este subrogado.

VIII. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

560. 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 2000¹⁵⁹:

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.

¹⁵⁹ Cf. Criterio adoptado en CSJ SP6809-2016, rad. 40605.

561. Criterio decantado por esta Corporación en CSJ SP rad. 28918 de 20 enero de 2008:

10. La ejecución de la sentencia¹⁶⁰:

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 captura¹⁶¹.

562. 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 sentencia¹⁶².

563. En el presente evento, al procesado CARRILLO MENDOZA la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia en AEI00218-2022 le definió situación jurídica sin medida de aseguramiento de detención preventiva.

¹⁶⁰ 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"*.

¹⁶¹ Por ejemplo, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 20 de mayo de 2003, radicación 18684.

¹⁶² 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.

IX. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

564. 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 lugar¹⁶³.

565. 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 posible¹⁶⁴.

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

¹⁶³ Cf. CSJ SP18532-2017, rad. 43263.

¹⁶⁴ Cf. *Ibidem*

567. 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 obligación¹⁶⁵.

568. 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 tiempo¹⁶⁶.

569. Como se absolverá al procesado por el delito de peculado y respecto del contrato sin cumplimiento de requisitos legales no se acreditó un daño material cuantificable, la Sala se abstendrá de condenar en perjuicios a WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA.

570. No se acreditaron daños materiales o inmateriales susceptibles de reparación dentro de esta actuación y no hubo constitución de parte civil. La ausencia de condena en perjuicios

¹⁶⁵ Código Civil, artículo 1614.

¹⁶⁶ Cf. CE Sala de Consulta y Servicio Civil, rad. 1564.

deriva de esa insuficiencia probatoria y procesal, no únicamente de que no se hubiera cuantificado un detrimento fiscal.

X. DE LAS COSTAS PROCESALES

571. 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 lugar¹⁶⁷.

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

573. 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*. Existe coherencia entre motivación y parte resolutive: no se impone condena por costas procesales porque no se acreditaron *expensas* susceptibles de

¹⁶⁷ La Sala en SP00057-2021, rad. 00026 de 10 de junio de 2021, hizo lo propio.

reconocimiento ni se constituyó parte civil que generara agencias en derecho. La decisión comprende ambas categorías.

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

575. El artículo 469 de la Ley 600 de 2000 sustenta la remisión de la actuación al juez competente para la ejecución de las penas, y el artículo 472 regula las comunicaciones a las autoridades correspondientes; por ello, la parte resolutive dispone por separado una y otra actuación.

576. 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 de Colombia y por autoridad de la ley,

XI. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR a WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, de condiciones civiles y personales conocidas, autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; en consecuencia, condenarlo a ciento dos (102) meses y un (1) día de prisión, multa de ciento veinticinco (125) SMLMV para

la época de los hechos, que se consignará en los términos del artículo 42 del Código Penal, modificado por el artículo 6 de la Ley 2197 de 2022, tal como se expuso en la parte motiva e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ciento catorce (114) meses y un (1) día, con fundamento en las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: ABSOLVER a WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA por los cargos de peculado por apropiación en favor de terceros, de acuerdo con lo expuesto.

TERCERO: ABSTENERSE de condenar a WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA al pago de perjuicios, según lo expuesto.

CUARTO: ABSTENERSE de condenar a WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA por concepto de costas procesales, comprendidas expensas y agencias en derecho, por no haberse acreditado erogación susceptible de reconocimiento y no haberse constituido parte civil.

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 esta providencia, librese 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 comunicaciones de esta sentencia a las autoridades previstas en el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal. La remisión del expediente al juez de ejecución se dispone separadamente, conforme al artículo 469 del mismo estatuto.

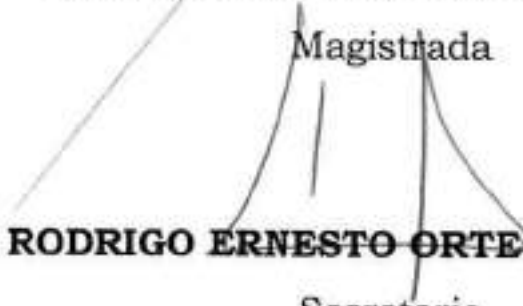
NOVENO: Contra esta sentencia procede el recurso de apelación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


BLANCA NELIDA BARRETO ARDILA
Magistrada


JORGE EMILIO CALDAS VERA
(SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)
Magistrado


PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
Magistrada


RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario



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

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Radicado 45415

Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil veintiséis (2026)

Con el acostumbrado respeto por la decisión de la mayoría de la Sala, expongo las razones por las cuales me aparto de la postura adoptada en la sentencia proferida en este asunto, en cuanto condenó a **WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA** como coautor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales pues estimo que la decisión correcta era la absolución.

A efecto de dar a conocer mi postura, resulta necesario precisar *-antes de entrar en materia-* que la sentencia estructura la condena sobre tres pilares que declara expresamente autónomos y acumulativos: *i)* violación del deber de planeación por deficiente estructuración de los estudios previos y pliego de condiciones, modificaciones a las cantidades de obra pactadas y eliminación de ítems, e indeterminación de puntos de referencia del proyecto de obra; *ii)* vulneración del principio de transparencia por transgresión del deber de selección objetiva del contratista; y *iii)* ausencia de un balance técnico-económico en el acta de liquidación.

Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

En lo que respecta al primer pilar, considero que, si bien se indica en el proyecto que se violó el principio de planeación, se reconoce que el *«Estudio previo y solicitud de contratación»* del 19 de enero de 2010 sí identificó una necesidad, enumeró actividades y fijó cantidades, y que la deficiencia reprochada no consiste en una ausencia absoluta de planeación, sino en que el documento describió genéricamente el sector a intervenir y no incorporó diseños y planos definitivos.

Así las cosas, se advierte que los estudios existieron, fueron suscritos por el procesado, cuantificaron los ítems *-incluidos los 17.500 m² de imprimación y los 1.120 m³ de carpeta asfáltica que después se suprimieron-* y sirvieron de base real para la apertura de la licitación. Lo que se echa de menos es un mayor grado de precisión geométrica, exigible con propiedad en la etapa de diseño de detalle de una obra vial de mejoramiento y mantenimiento, no la existencia misma del estudio. Esa es, precisamente, la frontera que separa la insuficiencia cualitativa de un acto que se cumplió, de la pretermisión de un requisito legal esencial que exige el tipo del artículo 410, según la propia doctrina que la sentencia invoca de la providencia CSJ SP3478-2021, radicado 53219.

A esa dificultad se suma una segunda, de orden normativo, que el fallo no concilia. El parágrafo 2° del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008 dispone que el contenido de los estudios y documentos previos podrá ser ajustado por la entidad con posterioridad a la apertura del proceso de selección, salvo que la modificación implique cambios fundamentales que ameriten revocar el acto de apertura, hipótesis que aquí no se declaró. Por lo tanto, si el propio estatuto contractual autoriza el ajuste de los estudios después de abierto el proceso, la circunstancia de que

los diseños geométricos definitivos se completaran y entregaran hacia el 23 de noviembre de 2010 -según registra el Comité Técnico 06 de esa fecha- no configura, sin más, la pretermisión de un requisito esencial anterior a la celebración; configura, en el peor de los casos, el ejercicio tardío, pero permitido, de esa misma facultad de ajuste.

Y hay todavía una tercera dificultad, de conexión temporal con la conducta típica. El artículo 410 sanciona tramitar sin observar los requisitos esenciales o celebrar sin verificarlos; ambas modalidades se agotan, por definición, en la fecha de la firma del contrato, esto es, el 27 de agosto de 2010. Los hechos que ahora sostienen la deficiencia -*la solicitud de diseños del 6 de septiembre, los comités técnicos de los días 8, 16 y 23 de noviembre*- son todos posteriores a esa fecha y pertenecen, en la propia clasificación de la sentencia, a la fase de ejecución, que el fallo declara atípica salvo como prueba retrospectiva de una deficiencia de planeación existente antes de celebrar, si el enlace inferencial se demuestra. Pero el enlace que se ofrece no es un hecho que revele lo que ya faltaba al firmar, sino la simple continuación en el tiempo de un proceso de definición técnica que, por disposición del propio Decreto 2474 de 2008, podía completarse después de abierta la licitación.

Por otra parte, debe cuestionarse la premisa según la cual la eliminación de los ítems de imprimación y carpeta asfáltica habría carecido de una explicación administrativa razonable. Sobre este punto el proyecto incorpora, sin refutarla, la explicación que el propio procesado ofreció en el Comité Técnico 20 del 15 de marzo de 2011, esto es, que para ese momento existían contratos para ejecutar en el mismo sector,

correspondientes al suministro e instalación de materiales pétreos y a la instalación de la carpeta asfáltica, de manera que mantener los ítems 13 y 14 en el contrato 01442 habría significado pagar dos veces por la misma prestación.

Agregado a lo anterior, se advierte que el numeral 6.2 del pliego de condiciones preveía expresamente que las cantidades eran aproximadas y podían aumentarse, disminuirse o suprimirse sin invalidar el contrato.

Una redistribución de cantidades que conserva el precio, ejecutada dentro de una potestad expresamente pactada y justificada por la existencia de otros contratos que habrían de ejecutar la misma prestación, no es indiciaria de una planeación deficiente, sino de una administración de recursos que evitó la duplicidad del gasto público. Pese a tenerse registrado ese hecho en el fallo, se omite el paso siguiente *-indispensable en la prueba indiciaria según el artículo 238 de la Ley 600 de 2000-* de descartarlo razonadamente como hipótesis alternativa antes de asignarle el sentido incriminatorio que finalmente se le atribuye.

Por otra parte, en lo que atañe a la trasgresión del principio de transparencia por incumplimiento del deber de selección objetiva del contratista, se soporta en el lapso concreto entre apertura y cierre de la licitación, el cual comprendió apenas 4 días hábiles, y el hecho que, pese a haberse formulado solicitud de ampliación, no se accedió a la misma por parte de la administración departamental.

Al respecto, se advierte que si bien en la documentación aportada al plenario no se observa que se haya hecho mención a

la explicación de las razones por las cuales se fijó el término de presentación de propuestas en 4 días, lo cierto es que tampoco se observa que la decisión adoptada por la administración departamental, de no ampliar el plazo correspondiente, constituyó una afrenta al principio de transparencia, máxime cuando se tiene que la solicitud elevada por el representante legal del Consorcio Mantenimiento Vial no ofreció mayores explicaciones o argumentos que soportaran su pedimento, lo cual impedía *-a mi juicio-* acceder a ella, lo cual no resulta reprochable de cara a soportar el fallo condenatorio.

Agregado a lo anterior, comporta señalar que la postura mayoritaria indica que el acta bilateral de liquidación del 15 de noviembre de 2011 omitió un balance técnico-económico que conciliara las prestaciones iniciales, las realmente recibidas y la permanencia del precio, y que esa omisión constituye la pretermisión de un requisito legal esencial distinto e independiente del examinado para el trámite y la celebración.

El reproche exige, sin embargo, identificar la norma extrapenal que erige ese balance en requisito esencial de la liquidación, exigencia que el fallo reconoce indispensable en el método que traza para el análisis del tipo. Sin embargo, solo alude, de manera genérica, a que el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 asignaba a la liquidación la función de corte definitivo de cuentas, pero no cita disposición alguna de ese estatuto, del pliego de condiciones o del contrato 001442 que exija incorporar al acta un documento con ese contenido y esa denominación.

La liquidación bilateral que obra en el proceso registra las cantidades finalmente ejecutadas, el valor pagado y la

declaración de paz y salvo entre las partes; que ese registro no adopte la forma analítica que el proyecto habría preferido es, cuando más, una deficiencia de técnica documental, no la ausencia de un acto exigido por la ley bajo pena de nulidad o de sanción penal. Erigir en requisito legal esencial una exigencia de forma que ningún precepto identifica expresamente compromete la reserva de tipicidad estricta que el mismo fallo invoca para descartar que el artículo 410 sancione cualquier inobservancia de las formalidades de la contratación estatal.

A ello se agrega que ni la interventoría externa ni la supervisora de la secretaría -*cuyo deber específico era certificar la correspondencia técnica y económica de lo ejecutado*- objetaron esa ausencia al conceptuar sobre el acta. Si los profesionales encargados de verificar precisamente ese balance no advirtieron su omisión como una irregularidad, resulta desproporcionado extraer de allí, años después, un elemento normativo del tipo que ni la interventoría, ni la supervisión, ni el pliego, identificaron en su momento como exigible.

En lo que concierne al dolo, que se predica de la liquidación, acertadamente distingue el fallo condenatorio el dolo de cada fase típica y, para la liquidación, lo hace descansar en que el procesado conocía las cuatro modificaciones y la eliminación de componentes de pavimentación porque las había suscrito o impulsado.

Ese conocimiento fáctico se encuentra acreditado, pero el dolo requerido no se satisface con el conocimiento de los hechos materiales subyacentes a la modificación contractual; exige, además, el conocimiento de que la ausencia del elemento omitido

-aquí, el balance técnico-económico- pretermittía un requisito legal esencial de la liquidación. Si esa esencialidad es, como se explicó, una construcción interpretativa que ningún texto identifica de manera cierta y previa, no puede exigirse al procesado el conocimiento de una exigencia que el propio proyecto debe reconstruir para fundar la condena. Conocer que se modificaron las cantidades no equivale a conocer que omitir un documento de conciliación técnico-económica *-no exigido en el pliego ni en el contrato que él mismo suscribió-* configuraba un delito. Esta distancia entre el conocimiento fáctico, acreditado, y el conocimiento normativo del carácter esencial del requisito, no acreditado, impide tener por demostrado el dolo típico respecto de la modalidad de liquidación.

Así las cosas, el análisis de los tres pilares, autónomos o en conjunto con los otros, revela a mi juicio duda razonable que, por aplicación del principio universal de in dubio pro reo consagrado en el artículo 7 de la Ley 600 de 2000, impone la absolución de **WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA** por el delito previsto en el artículo 410 del Código Penal.

En los anteriores términos dejo sustentado, con el debido respeto por la mayoría, mi salvamento parcial de voto.

Fecha ut supra.

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado