

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

AP AP3505-2014

Radicación 42930

Aprobado acta número 195

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de junio de dos mil catorce (2014)

Decide la Sala acerca de la posibilidad de admitir las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados ANDRÉS CAMARGO ARDILA, MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA y ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA contra el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con el cual redujo a sesenta (60) meses de prisión y quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa las penas que a dichas personas les impuso el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito de Descongestión de esta ciudad como autores responsables de la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

#### I. HECHOS Y ANTECEDENTES

1. La situación fáctica a partir de la cual fue formulada la imputación fue descrita por el

Tribunal de esta manera:

El 4 de diciembre de 1998, el Fondo Rotatorio de Seguridad Vial del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Bogotá suscribió el contrato BIR-4021-CO-FONDATT-01 con la firma Steer Davies & Gleave, tendiente a la realización de los diseños para la adecuación de la avenida Caracas con calle 80 hasta la autopista Norte con calle 176.

Diseños que fueron entregados al Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), que los aceptó sin objeción alguna y procedió mediante resolución número 0109 de 1º de enero de 2000 a dar apertura al proceso licitatorio Instituto de Desarrollo Urbano-LPO-GPTN-002-2000 el 18 de febrero de 2000, a través de MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA, Asesora Técnica y Administrativa de la Dirección Técnica de Construcciones y posterior Gerente del Proyecto Transmilenio, y ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA, como Director Técnico de Construcciones del mismo, para la elaboración de los pliegos de condiciones y apertura del proceso licitatorio.

El 20 de marzo de 2000, se suscribió por el Director del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) [ANDRÉS CAMARGO ARDILA] el Adendo Número 1, que modificó el pliego de condiciones.

El contrato de interventoría número 0146 se realizó el 30 de marzo de 2000 con el Consorcio Integral S. A.-Silva Carreño & Asociados S. A., Silva y Fajardo y Cía. Ltda., contrato que por demás tuvo siete (7) adiciones con un valor total, incluidas éstas, de \$3.394'733.741.

El 1º de junio de 2000, el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) suscribió el contrato número 403 con la firma Conciviles, cuyo objeto consistió en efectuar la rehabilitación de las calzadas centrales de tráfico mixto y adecuación para la operación Transmilenio desde la calle 80 hasta la 176.

Contrato al que se le realizan las siguientes adiciones:

- 1-. El 30 de noviembre de 2000, cuyo objeto fue la evaluación, actualización y complemento de los estudios, diseños de la estación cabecera entre calles 170 y 184 de la autopista Norte y construcción de todas las obras viables necesarias para el funcionamiento de la estación con un costo de \$4.000'000.000, donde además se incluyó por concepto de estudios y diseños la suma de \$350'000.000.
- 2-. 21 de febrero de 2001, se acordó ampliar el tramo de obra hasta la calle 184, con ajuste a los diseños geométricos de las calzadas centrales de los carriles de aceleración, obras de drenaje de las calzadas centrales, cambio de resistencia del relleno fluido de  $f_c=30$  kg/cm<sup>2</sup> a  $f_c=60$  kg/cm<sup>2</sup> por valor de \$5.300'000.000.
- 3-. 21 de junio de 2001, adicionó el valor pactado en el contrato inicial por \$9.400'000.000.
- 4-. 21 de junio de 2001, se incrementó en \$1.600'000.000.
- 5-. 20 de noviembre de 2001, por medio del cual se adicionó el valor pactado por \$693'258.000.

La obra se concluyó el 20 de enero de 2002, según acta de recibo número 21 de 21 de enero de 2002, allí se consignó la terminación del contrato de obra número 403 de 2000 con seis (6) prórrogas y cinco (5) adiciones al valor del contrato.

La interventoría anotó la existencia de fisuras e irregularidades en las juntas de las losas de whitetopping y fenómeno de bombeo.

El contratista manifestó no ser responsable contractualmente por los diseños de la obra, los cuales fueron incompletos, afirmó que a su costo y excediendo su responsabilidad

contractual revisó y cuestionó los diseños, hizo recomendaciones para mejorarlos y a través de estudio realizado por la Universidad de Los Andes determinó que el relleno fluido utilizado no era el material recomendado internacionalmente para pavimentos rígidos de alto tráfico. Igualmente, realizó precisiones sobre las fisuras presentadas, asentamientos, fallas de esquina, etc.

El 18 de febrero de 2002, mediante acta número 22, se llevó a cabo el recibo final del contrato 403 de 2002, mientras que su liquidación fue el 23 de agosto de 2002, con un acuerdo entre las partes para la reparación de las fallas presentadas hasta por un monto de \$30.000'000.000 y vigencia de cuatro (4) meses.

Desde el 1º de marzo de 2002, se evidenciaron fallas en el pavimento que llevaron al Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) a suscribir el contrato número 131-02 con el ingeniero Jamshid Armaghani, con costo de US\$27.000, con el propósito de establecer el diagnóstico del pavimento de las calzadas de la autopista Norte y cuya conclusión era que las fallas existentes obedecieron al diseño que no previó un drenaje material, la selección de materiales de alta erodabilidad, baja resistencia y alta permeabilidad (IDU), así como deficiencias en el sellado de las justas (contratista).

Posteriormente, el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) suscribió contrato número 330-2002, por valor de \$150'423.046, con el objeto de realizar el estudio y diseño para el drenaje de la autopista Norte, calles 80 a 183. Así mismo, según informe de 30 de agosto de 2004 presentado por la Dirección General del Instituto de Desarrollo Urbano, dicha entidad había reparado 461 losas a un costo de \$2.509'260.286.

Mediante resolución número 1999 de 28 de abril de 2005, se declaró la ocurrencia de siniestro con saldo de 893 losas para reparar por \$5.822'200.000.

En respuesta del IDU al Actor Popular el 16 de diciembre de 2011, se señaló un costo total proyectado a 2012, equivalente a \$35.364'911.203, para el mantenimiento correctivo y

rutinario de 24.783 losas de la autopista Norte.

Finalmente, el IDU y la Contraloría General de la Nación estimaron los perjuicios en \$108.622'563.622, mientras que el Actor Popular tasó los daños materiales en \$2.000'000.00001.

2. Debido a lo anterior, la Unidad Nacional de Fiscalías Especializadas en Delitos contra la Administración Pública de la Fiscalía General de la Nación abrió la actuación procesal y vinculó mediante indagatoria a ANDRÉS CAMARGO ARDILA, MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA, ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA, Álvaro Silva Fajardo (Director de Interventoría del contrato 403), Alberto José Otoya Villegas (Representante Legal de Conciviles), José Miguel Paz Viveros (Director General y Representante Legal de Asocreto) y Diego Antonio Jaramillo Porto (Director de Ingeniería de Asocreto).

Así mismo, admitió a Hernán Ramírez Arciniegas como actor civil popular, así como al IDU y la Contraloría General de la República como partes civiles, y vinculó en calidad de terceros civilmente responsables a Cémex Colombia S. A., Asocreto S. A. y Cementos Argos S. A., al igual que a Ace Seguros S. A. como llamado en garantía de Cémex.

Una vez cerrada la investigación, calificó el mérito del sumario de la siguiente manera:

2.1. Llamó a juicio a ANDRÉS CAMARGO ARDILA, MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA y ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA como autores de las conductas punibles de peculado culposo y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, conforme a lo previsto en los artículos 137 y 146 del Decreto Ley 100 de 1980, anterior Código Penal, modificados por el artículo 1º del Decreto 141 de 1980, el artículo 57 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 32 de la Ley 190 de 1995.

2.2. Acusó a Álvaro Silva Fajardo y Alberto José Otoya Villegas, el primero a título de

autor y el segundo en calidad de interviniente, por el referido delito de peculado culposo.

2.3. Y decretó preclusión de la investigación a favor de José Miguel Paz Viveros y Diego Antonio Jaramillo Porto por la conducta de interés ilícito en la celebración de contratos de que trata el artículo 145 del anterior Código Penal.

3. Impugnada dicha providencia por los defensores de ANDRÉS CAMARGO ARDILA, MARÍA ELVIRA DE BOLAÑO VEGA, ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA, Álvaro Silva Fajardo y Alberto José Otoy Villegas, así como por el apoderado del IDU y el actor popular, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, mediante resolución de 11 de diciembre de 2006, decidió:

3.1. Revocar la preclusión de la instrucción emitida a favor de José Miguel Paz Viveros y Diego Antonio Jaramillo Porto para, en su lugar, acusarlos por la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales del artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980, a título de determinadores.

3.2. Y confirmar en todo lo demás la calificación.

Esta resolución quedó en firme el 5 de marzo de 2007.

4. Correspondió el conocimiento de la etapa siguiente al Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá, pero debido a unas medidas de depuración adoptadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la actuación procesal fue remitida al Juzgado Cuarenta y Cinco Penal de esta misma ciudad, y posteriormente al Juzgado de Descongestión (con el mismo número) creado para tal efecto, despacho que al emitir fallo el 10 de octubre de 2012 dispuso:

4.1. Declarar la nulidad parcial de lo actuado a partir de la resolución de acusación de

segunda instancia, así como la correspondiente ruptura de la unidad procesal, en relación con José Miguel Paz Viveros y Diego Antonio Jaramillo Porto, debido a la violación del principio de congruencia en lo que a la imputación fáctica atañe, porque fueron vinculados por hechos relativos al delito de interés ilícito en la celebración de contratos y los llamaron a juicio por una situación fáctica correspondiente a la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

4.2. Condenar a ANDRÉS CAMARGO ARDILA, MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA y ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA, como autores de los delitos a ellos atribuidos (peculado culposo y contrato sin cumplimiento de requisitos legales), a ochenta y cinco (85) meses de prisión y sesenta cinco coma cinco (65,5) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.

4.3. Condenar a Álvaro Silva Fajardo y Alberto José Otoy Villegas por la conducta punible de peculado culposo a diez (10) meses y quince (15) días de prisión, al igual que a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.

4.4. Condenar a los sentenciados a la inhabilitación intemporal para el ejercicio de derechos y funciones públicas y celebrar contratos con el Estado prevista en la Carta Política.

4.5. No concederles la suspensión condicional de la ejecución de la sanción privativa de la libertad ni la prisión domiciliaria.

4.6. Y, por último, no condenar en perjuicios, debido a que las partes reclamantes habían iniciado distintas acciones en otras jurisdicciones.

5. Apelada la sentencia tanto por la defensa de ANDRÉS CAMARGO ARDILA, MARÍA ELVIRA BOLAÑO VEGA, ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA, Álvaro Silva Fajardo y Alberto José Otoy Villegas como por el Fiscal, el Ministerio Público, el abogado del IDU y

el actor popular, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de 30 de agosto de 2013, adoptó las siguientes decisiones:

- 5.1. Declarar desierto el recurso de apelación del actor popular por ausencia de sustentación.
- 5.2. Revocar la nulidad parcial de lo actuado, mantener la ruptura de la unidad procesal y ordenar al despacho de primera instancia, o a quien corresponda, proferir el fallo que fuera pertinente, pues no podía predicarse una incongruencia fáctica en la variación jurídica de la acción imputada a José Miguel Paz Viveros y Diego Antonio Jaramillo Porto.
- 5.3. Decretar la extinción y la correlativa cesación del procedimiento por prescripción de la acción penal en relación con la conducta punible de peculado culposo por la cual fueron sentenciados ANDRÉS CAMARGO ARDILA, MARÍA ELVIRA BOLAÑO VEGA, ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA, Álvaro Silva Fajardo y Alberto José Otoy Villegas.
- 5.4. Reducirles a ANDRÉS CAMARGO ARDILA, MARÍA ELVIRA BOLAÑO VEGA y ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA la pena a sesenta (60) meses de prisión y quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.
- 5.5. Revocar parcialmente la sentencia en lo relativo a los perjuicios y, en su lugar, condenar a ANDRÉS CAMARGO ARDILA, MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA y ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA por daños materiales y morales ocasionados con la realización de la conducta punible al pago solidario de \$108.622'563.622 a favor del IDU, debido a que las otras acciones adelantadas por esta corporación tenían pretensiones y partes diferentes.
- 5.6. Confirmar el fallo impugnado en todo lo demás que no fue objeto de



modificación.

5.7. Y remitir copias para abrir investigación penal y disciplinaria contra la juez a quo, ya que decretó «una nulidad que no era jurídicamente viable tratar por ser ello un asunto ya resuelto a través de las instancias»<sup>3</sup>, así como para investigar penalmente a Jorge Alberto Ordóñez Caicedo, coordinador de la obra del Proyecto de Transmilenio, y Carlos Alberto Torres Escallón, subdirector del IDU, quienes no fueron vinculados a la actuación procesal.

6. Contra el fallo de segunda instancia, los apoderados de ANDRÉS CAMARGO ARDILA, MARÍA ELVIRA BOLAÑO VEGA y ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA presentaron y sustentaron sendos recursos extraordinarios de casación.

## II. LAS DEMANDAS

### 1. En nombre de ANDRÉS CAMARGO ARDILA

#### 1.1. Cargos

Precisó el recurrente que el problema jurídico de este asunto consistía en «dar respuesta al interrogante de por qué el director, presidente o jefe de una entidad pública tiene que responder por los delitos que se endilgan a sus inferiores jerárquicos, estando probado que sus funciones son diferentes, que no realizó ninguna de las conductas reprochadas, que nunca participó en la toma de ninguna de las decisiones cuestionadas, que los funcionarios reconocen que actuaron bajo su propia responsabilidad, que el Director no tuvo ninguna porque no tiene la preparación técnica y científica requerida para ello»<sup>4</sup>.

Propuso adicionalmente seis (6) cargos, uno principal y los demás subsidiarios. Los cuatro

(4) primeros, al amparo de la causal primera cuerpo segundo del artículo 207 de la Ley 906 de 2004, por violación indirecta de la ley sustancial derivada de errores de hecho en la valoración de la prueba, y los dos (2) últimos con fundamento en la causal tercera.

Los sustentó de la siguiente manera:

#### 1.1.1. Primer cargo. Falsos juicios de identidad y de existencia por omisión (principal)

El Tribunal sostuvo que los deberes funcionales de ANDRÉS CAMARGO ARDILA, en tanto Director del IDU, consistían en «dirigir, coordinar y supervisar a los funcionarios pertenecientes a su dependencia, así como coordinar el desarrollo de la preparación de la información técnica para la elaboración de los términos de referencia, pliegos de condiciones y guías y requisitos básicos para la contratación tanto de estudios y diseños como de construcción e interventorías respectivas, al igual que responder por el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Instituto a los contratistas e interventores»<sup>5</sup>. No obstante, esta persona «si bien era el Director del IDU, no tenía entre sus funciones dirigir obras, ni tomar decisiones de carácter técnico frente a diseños, materiales de construcción, calidad de los mismos, o necesidad de obras adicionales o complementarias»<sup>6</sup>. Al respecto, incurrieron los jueces de segunda instancia en estos errores:

##### (i) Falso juicio de identidad en la Resolución 2069 de 2000

El Tribunal se apoyó en el numeral 7 de dicho acto administrativo, según el cual el Director del IDU tenía que «[d]irigir, coordinar y controlar las funciones administrativas y técnicas de los proyectos del instituto»<sup>7</sup>, para luego concluir que «la discutible carencia de conocimientos frente al último de los aspectos que alega su defensor no exculpa ni lo releva de su obligación de dirigir y coordinar cada una de las gestiones que se llevaban a cabo en los proyectos a su cargo»<sup>8</sup>.

El ad quem tergiversó la citada Resolución, por cuanto en esta misma se advierte que uno de los requisitos para ocupar el cargo directivo radica en tener «[t]ítulo de formación profesional universitaria en ingeniería Civil, economía, derecho, administración de empresas o pública»<sup>9</sup>.

En otras palabras, el acto «pone énfasis en la formación en administración y deja de lado los conocimientos técnicos de la construcción de obras» y, por ende, el Tribunal interpretó «las funciones fuera del contexto en el que se consignan, esto es, mutilando los requisitos para el cargo»<sup>10</sup>.

El numeral 7 de la Resolución 2069 de 2000 alude a «una función macro, hace relación a que el director debe asegurarse de que la entidad funciona en sus tareas administrativas y técnicas, que los proyectos del Instituto cuenten con el personal especializado que pueda desempeñar dichas funciones, pero de ninguna manera pretende la norma, porque sería absurdo, que el Director cumple funciones de diseñador o constructor, ni siquiera supervisor»<sup>11</sup>.

## (ii) Falso juicio de existencia

El Tribunal omitió valorar los siguientes medios de prueba:

a. Testimonio del entonces Subdirector del IDU, ingeniero Carlos Torres Escallón. Esta persona indicó que el Director Técnico de Construcciones «no tenía la obligación de informar a nadie sobre las decisiones que se tomaban en los comités de obra»<sup>12</sup>.

b. Declaración de la Directora Técnica de Espacio Público, ingeniera Alicia Naranjo. Aseguró que cada una de las direcciones técnicas tenía los deberes funcionales de «sacar a licitación y elaborar todo el tema precontractual, contractual y de liquidación de todos los contratos»<sup>13</sup>.

Así mismo, que la responsabilidad para efectos de la elaboración de los pliegos era del «director técnico de cada una de las direcciones»<sup>14</sup>.

c. Testimonio del entonces Director de la Malla Vial, ingeniero Carlos Morales. Aseguró que los directores técnicos se encargaban de «toda la etapa de concepción, la búsqueda del respaldo presupuestal, [...] toda la etapa de elaboración de pliegos»<sup>15</sup>.

d. Versión de ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA. En audiencia pública, dijo que la Subdirección de Estudios y Diseños «era una dependencia adscrita a la Dirección Técnica de Construcciones»<sup>16</sup> y esta entidad junto con MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA «hicieron una minuciosa revisión de los mismos y llegaron a la conclusión de que eran idóneos para cometer las obras»<sup>17</sup>.

e. Versión de MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA. Indicó que le correspondía analizar si los diseños elaborados por Steer Davies & Gleave eran idóneos o aptos para abrir la licitación de la construcción de la obra y que ella tenía los conocimientos necesarios para adelantarlos.

Las anteriores manifestaciones son trascendentes, pues demuestran que ANDRÉS CAMARGO ARDILA «no era garante de que los aspectos técnicos y científicos del contrato fueran acertados, lo que le correspondía era asegurarse de que la interventoría, la Dirección Técnica y el contratista seleccionado fueran personas con la experiencia y los conocimientos necesarios para alcanzar ese fin»<sup>18</sup>. Es decir, la Resolución 2069 «no le está dando las mismas funciones del Director Técnico de Construcciones ni lo está convirtiendo en su supervisor»<sup>19</sup>.

1.1.2. Segundo cargo. Falsos juicios de identidad y de existencia por omisión (subsidiario)

Las instancias declararon la responsabilidad penal de ANDRÉS CAMARGO ARDILA, por cuanto (i) «la apertura de licitación del contrato 403 de 2000 se realizó sin contar con diseños completos»<sup>20</sup>, (ii) «en el adendo número 1 suprimió la obligación de complementar los diseños originales antes de iniciar la ejecución de la obra»<sup>21</sup> y (iii) «al momento de elaborar los pliegos de condiciones se introdujo el relleno fluido de resistencia 30 kg/cm<sup>2</sup> como material de renivelación»<sup>22</sup>.

(i) Errores relacionados con la falta de diseños

El juez plural «omitió valorar una serie de elementos probatorios que indican que el IDU contaba con diseños adecuados antes de abrir el proceso licitatorio que culminó con la firma del contrato 403 de 2000»<sup>23</sup>.

Por lo anterior, incurrió en los siguientes yerros:

a. Falsos juicios de identidad

En el testimonio de Guillermo Salcedo Hernández. Esta persona (que trabajó en la Secretaría de Tránsito y Transporte durante la época en la cual se contrató a Steer Davies & Gleave con el fin de diseñar las obras de adecuación para la calle 80, avenida Caracas y la autopista Norte) en ningún momento sostuvo que ANDRÉS CAMARGO ARDILA permitió la licitación con diseños insuficientes, al contrario de lo que señaló el Tribunal en el fallo impugnado, ni que ellos fuesen incompletos, ni que era deber del director del IDU revisarlos integralmente.

En la declaración de Ignacio de Guzmán Mora. El ad quem adujo que el procesado estaba al tanto de los aspectos técnicos de la obra de la autopista Norte con base en este testigo, que se desempeñaba como asesor de la Alcaldía, pero él «jamás señaló que en las reuniones que sostuvo con el doctor CAMARGO ARDILA se revisaran los diseños y

se manifestara que los mismos tenían falencias»<sup>24</sup>. Además, «sus funciones no tenían nada que ver con el estudio de los diseños, motivo por el cual no participó en la elaboración, valoración o calificación de los mismos»<sup>25</sup>.

En el contrato 4021 de 4 de diciembre de 1998. Al valorar este escrito, por medio del cual Steer Davies & Gleave se encargó de la elaboración de los diseños, el juez plural cercenó que dentro de las obligaciones de la firma estaban las de elaborar los diseños «al nivel del detalle para contratar su construcción en forma inmediata»<sup>26</sup> y «las demás necesarias para poner en marcha las obras»<sup>27</sup>. De ahí que los diseños entregados por Steer Davies & Gleave «debían ser completos y adecuados conforme los requisitos establecidos para la contratación estatal»<sup>28</sup>.

#### b. Falsos juicios de existencia por omisión

Del testimonio del ingeniero Álvaro Antonio Parra Vargas. Esta persona participó en el diseño para adecuar la autopista Norte y declaró al respecto que «los diseños de geometría y en pavimentos eran aptos para construcción»<sup>29</sup>.

De la declaración de Mauricio Camargo. Ingeniero que dirigió la elaboración de los diseños como miembro de la firma Bateman Ingeniería, subcontratada por Steer Davies & Gleave, manifestó en audiencia pública que con aquéllos podía iniciarse la obra.

De la versión del interventor Álvaro Silva Fajardo. Aseguró que los diseños estaban completos y que éstos «eran suficientes para iniciar el trámite de contratación de la obra en lo relacionado con pavimentos»<sup>30</sup>.

Del testimonio del ingeniero Carlos Iván Gutiérrez. De su dicho, se desprende que «la autopista Norte cuenta con el drenaje suficiente para asegurar su funcionamiento, pues requiere exclusivamente de drenajes superficiales que fueron hechos de manera correcta y ajustados a la nueva destinación de la vía»<sup>31</sup>.

De la declaración rendida por el ingeniero Lisandro Beltrán. Con lo manifestado por esta persona, se entiende que los drenajes superficiales de la autopista «eran adecuados y suficientes para la nueva destinación de la vía, con un pequeño ajuste en algunos conectores que fue contratado con posterioridad»<sup>32</sup>.

Del testimonio de José Gabriel Cano. Socio de Cano Jiménez Estudios & Construcciones, firma subcontratada por Steer Davies & Gleave, dijo que «el objeto del contrato era “hacer el diseño a tal nivel de detalle que se pueda contratar de manera inmediata su construcción”»<sup>33</sup>.

#### (ii) Error relativo al adendo número 1

Falso juicio de identidad. La adición número 1 de 2 de marzo de 2000 suprimió del numeral 1.22.2 del contrato la expresión «complementar la información disponible»<sup>34</sup>, aspecto que dejaba vigente el deber para el contratista elegido de «evaluar y verificar la información que tenga disponible y que pueda estar relacionada con el proyecto, para replantear los diseños»<sup>35</sup>.

De ahí que no es acertada la aserción de las instancias de acuerdo con la cual el adendo número 1 firmado por el director ANDRÉS CAMARGO ARDILA «suprimió la obligación de complementar los diseños originales antes de iniciar la ejecución de la obra»<sup>36</sup>.

Esto se trata de «una flagrante tergiversación por adición del contenido material de esa prueba documental»<sup>37</sup> que es trascendente, puesto que sin ella no habrían podido decir que «la expedición del adendo número 1 es uno de los factores que indican que el contrato no cumplió con los requisitos legales»<sup>38</sup>.

#### (iii) Errores relacionados con el uso del material relleno fluido

El Tribunal concluyó que «desde la elaboración de los pliegos de condiciones se determinó que el material de renivelación sería el relleno fluido y no la base asfáltica como lo indicaba el diseño, lo que llevó a que se introdujera ese material en resistencia de 30 kg/cm<sup>2</sup> dentro del anexo “Listado de cantidades de obra”»<sup>39</sup>. Igualmente, que lo que llevó a los integrantes del comité de obras a utilizar el relleno fue la conducta de ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA, circunstancia de la cual ANDRÉS CAMARGO ARDILA tenía conocimiento.

Al respecto, el ad quem incurrió, única y exclusivamente de los siguientes medios de prueba, en estos yerros, todos ellos constitutivos de falsos juicios de existencia por omisión:

De la declaración del ingeniero Jaime Dubley Pío Bateman. Esta persona, que participó en la elaboración de los diseños para la autopista Norte, manifestó que «el material relleno fluido estaba previsto por Steer Davies & Gleave para ser utilizado en algunos segmentos específicos de la vía»<sup>40</sup>.

Del testimonio del ingeniero Álvaro Antonio Parra. Empleado de Cano Jiménez Estudios & Construcciones, firma subcontratada por Steer Davies & Gleave para efectos de los diseños del pavimento en la adecuación de la autopista Norte, «señaló de manera clara que en el diseño contratado por el FONDATT (entidad completamente distinta al IDU [...]) el diseñador Steer Davies & Gleave previó la utilización del material relleno fluido en zonas de paraderos y ampliaciones en una cantidad de 17.900 cm<sup>3</sup> y resistencia de 60 kg/cm<sup>2</sup>»<sup>41</sup>.

Lo anterior implica «(i) que la introducción del material relleno fluido en la obra de la autopista Norte no fue decisión de los funcionarios del IDU, sino decisión del propio diseñador Steer Davies & Gleave, y [...] (ii) que la diferencia entre el diseño y lo consignado en los pliegos de condiciones es exclusivamente la resistencia del relleno



fluido previsto por el diseñador de 60 kg/cm<sup>2</sup> y consignado en el listado de cantidades de obra en resistencia de 30 kg/cm<sup>2</sup>, pues la cantidad de 17.900 cm<sup>3</sup> se mantiene en ambos casos»<sup>42</sup>.

Del contrato adicional número 2 de 21 de febrero de 2001. En este documento, se solucionó la inconsistencia atrás presentada con el empleo del material, en el sentido de disponer el «[c]ambio de resistencia en el relleno fluido  $F_c=30$  kg/cm<sup>2</sup> a 60 kg/cm<sup>2</sup> para carriles externos y zonas de paraderos, de acuerdo con los diseños presentados por Steer Davies & Gleave»<sup>43</sup>. La irregularidad, por lo tanto, «no produjo ningún efecto en la legalidad del contrato o en la construcción de las obras»<sup>44</sup>, ni tampoco daño económico alguno.

Del informe de las troncales de Transmilenio Fase I. Elaborado por el IDU, en él se corroboró que «la diferencia que existía entre los diseños y los pliegos de condiciones en relación con el material relleno fluido era exclusivamente sobre la resistencia del mismo»<sup>45</sup>.

De la declaración del ingeniero Rodrigo Muñoz Muñoz. Este testigo, funcionario de Conciviles (contratista constructor de la autopista Norte), señaló que «en la obra se utilizó relleno fluido de 60 kg/cm<sup>2</sup> en la forma en que había sido prevista por Steer Davies & Gleave»<sup>46</sup>.

Del testimonio de Wilson Uribe Jaimes. Ingeniero vinculado igualmente a la empresa Conciviles, precisó que el relleno fluido de 60 kg/cm<sup>2</sup> fue el utilizado en la obra de la vía.

De la declaración del ingeniero Carlos Iván Gutiérrez. Aseguró que «el listado de materiales de obra no puede ser el elemento a partir del cual se realiza una obra, pues en el mismo no se consignan los procesos constructivos y las especificaciones»<sup>47</sup>.

Del testimonio del ingeniero Lino Guillermo Baena. Empleado de Bateman Ingeniería, afirmó que «el material relleno fluido está previsto por el diseñador Steer Davies & Gleave desde un principio»<sup>48</sup>, de manera que «su utilización no fue un capricho de funcionarios del IDU, mucho menos una idea del doctor CAMARGO ARDILA»<sup>49</sup>, y que «el listado de materiales de obra no hace indicación alguna sobre los sitios en que se debe utilizar un material, pues ello obra en los planos de detalle»<sup>50</sup>.

De la declaración de la ingeniera MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA. De su dicho, se desprende que «el listado de cantidades de obra es solo un documento anexo al pliego de condiciones en donde se indican los materiales que pueden ser utilizados durante la ejecución de la obra, las cantidades de los mismos y el valor al que serán cancelados al contratista en caso de implementarse»<sup>51</sup>. Por lo tanto, «no indica el sitio en el que se debe utilizar un material, la finalidad dentro del diseño ni su método constructivo, pues ello es exclusivo de los diseños»<sup>52</sup>.

### 1.1.3. Tercer cargo. Falsos juicios de identidad y falsos juicios de existencia (subsidiario)

Conforme a las instancias, ANDRÉS CAMARGO ARDILA conocía que los diseños estaban incompletos, así como del uso del material relleno fluido de 30 kg/cm<sup>2</sup>. De ahí que no le reconocieron la eximente de responsabilidad contemplada en el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal (error de tipo). Sin embargo, tales aserciones son producto de los siguientes errores:

#### (i) Falsos juicios de identidad

En el testimonio de Gloria Molina Parra. En calidad de representante legal de Steer Davies & Gleave para la época de los hechos, la primera instancia, en decisión confirmada por la segunda, consideró que ella demostraba la aserción según la cual ANDRÉS CAMARGO ARDILA conocía acerca de la inclusión del relleno fluido en resistencia de 30

kg/cm<sup>2</sup>. Pero su declaración es de 19 de julio de 2004, así que cuando afirmó en su relato que lo anterior lo supo «por boca del doctor Andrés Camargo en la Sociedad Colombiana de Ingenieros hace dos (2) meses»<sup>53</sup>, se estaba refiriendo a una información obtenida en los meses de mayo o junio de ese año, no en el 2000. Además, la testigo hablaba de la obra de la avenida Caracas, no la de la autopista Norte, y en ningún momento adujo que el procesado tenía ese conocimiento cuando sucedieron los hechos.

En la declaración de Guillermo Salcedo Hernández. Con este medio de prueba, el Tribunal igualmente derivó el elemento cognoscitivo del dolo. Sin embargo, esta persona «se limitó a narrar que lo usual era que los diseños contratados por la Secretaría de Tránsito [...] remitidos al IDU se enviaban al Director, pero ello no supone que el doctor ANDRÉS CAMARGO los recibiera personalmente, ni que una vez recibidos los hubiera examinado desde un punto de vista técnico»<sup>54</sup>. Y no se puede inferir «con certeza que cuando los diseños fueron terminados el señor Salcedo Hernández se reunió con el doctor Camargo Ardila para hablar sobre ellos»<sup>55</sup>. Tampoco es cierto que «la reunión sostenida entre el testigo y el doctor ANDRÉS CAMARGO fuera para debatir aspectos del contrato 403 de 2000 (contrato de obra), sino para revisar de manera genérica los alcances del contrato de diseño»<sup>56</sup>.

En el testimonio de Ignacio de Guzmán Mora. Este testigo «jamás señaló que [en] las reuniones que sostuvo con el doctor CAMARGO ARDILA se revisaran los diseños y se manifestara que los mismos tenían falencias, para predicar que estaba al tanto de la existencia de las mismas»<sup>57</sup>. Por el contrario, dejó en claro que «el objeto de las reuniones era básicamente coordinar tiempos entre la Gerencia de Transmilenio y el IDU para los procesos de importación de los buses y contratación de los operadores del sistema, pero en nada se mencionó aspectos técnicos de la construcción de la obra o sus diseños»<sup>58</sup>.

En la declaración del ingeniero Carlos Torres Escallón. Manifestó que los temas tratados en las reuniones con el Director del IDU «tenían que ver con los aspectos generales del sistema y en concreto sobre el avance de los procesos de contratación, de compra de predios, de situación presupuestal y de avance general de trabajos»<sup>59</sup>. El Tribunal, sin embargo, tergiversó este medio de prueba y afirmó con fundamento en lo anterior que ANDRÉS CAMARGO ARDILA «tenía pleno conocimiento de los temas y decisiones que se tomaron al interior de los comités de seguimiento de obra»<sup>60</sup>. El ingeniero Torres, no obstante, ni siquiera se refirió a los comités de obra del contrato de la autopista Norte, ni se encargaba de sus aspectos técnicos.

#### (ii) Falsos juicios de existencia por omisión

Del testimonio de Gloria Eugenia Molina Parra. Esta persona, representante de Steer Davies & Gleave, aseveró que «el objeto del contrato se cumplió a cabalidad»<sup>61</sup>, es decir, «al nivel de detalle para contratar su construcción en forma inmediata»<sup>62</sup>.

De la declaración de Álvaro Antonio Vargas. Señaló que «los diseños de geometría y en pavimentos eran aptos para su construcción»<sup>63</sup>.

Del testimonio de Mauricio Camargo. Manifestó que el informe final de geotecnia presentaba «todos los detalles [...] con los cuales se podía acometer la obra desde el punto de vista de pavimentos»<sup>64</sup>.

De la declaración de Carlos Iván Gutiérrez. De su dicho se desprende que «la autopista Norte cuenta con el drenaje suficiente para asegurar su funcionamiento, pues requiere exclusivamente drenajes superficiales que fueron hechos de manera correcta y ajustados a la nueva destinación de la vía»<sup>65</sup>.

Del testimonio rendido por Lisandro Beltrán. Lo sostenido por este ingeniero especializado es «trascendental para entender que la autopista Norte ha contado con

drenajes superficiales desde su construcción hace casi 60 años, sin tener ninguna falta al respecto, los cuales eran adecuados y suficientes para la nueva destinación de la vía»<sup>66</sup>.

De las declaraciones de MARÍA ELVIRA BOLAÑO VEGA, ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA y Carlos Torres en audiencia pública. Estas personas «son contestes en afirmar que los diseños de Steer Davies & Gleave se encontraban completos al momento de abrir la licitación pública»<sup>67</sup>.

### (iii) Falso raciocinio

Las instancias «dieron por probados una serie de hechos que de manera lógica habrían llevado a demostrar la inexistencia de dolo»<sup>68</sup>, pero en forma inexplicable llegaron a la conclusión contraria.

Las pruebas que en este sentido valoraron los jueces fueron: a. el contrato 40121 de 4 de diciembre de 1998, por medio del cual Steer Davies & Gleave se obligó a elaborar los diseños «al nivel de detalle para contratar su construcción inmediata»<sup>69</sup>; y b. el contrato 452 de 1999, suscrito entre el IDU y MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA, con el fin de revisar «que el producto final entregado sea el requerido por la entidad para adelantar el proceso licitatorio de construcción»<sup>70</sup>.

El error en relación con el primer contrato consistió en que «es ilógica la interpretación que hace el Tribunal al pretender que el doctor CAMARGO ARDILA, quien no tiene conocimiento en el tema de estudios y diseños, debía entrar a revisar lo hecho por los expertos Steer Davies & Gleave, aprobado por los funcionarios del FONDATT y del Banco Mundial, y del propio asesor que él contrató [MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA], [...] para rechazar los diseños por incompletos»<sup>71</sup>.

En lo atinente al segundo contrato, el yerro radicó en que «si una persona contrata a

un especialista –como lo es la ingeniera BOLAÑOS VEGA– para que lo asesore, su función de vigilancia se limita a revisar que el funcionario despliegue de forma sustentada las tareas encomendadas, pero obviamente no ha [sic] revisar desde el punto de vista de la especialidad si la función se está realizando conforme a la lex artis, pues si ello fuera así, la asesoría estaría sobrando»<sup>72</sup>.

#### 1.1.4. Cuarto cargo. Falso raciocinio (subsidiario)

Las instancias afirmaron que el propósito de ANDRÉS CAMARGO ARDILA «era favorecer los intereses de Asocreto y las empresas afiliadas con la venta del relleno fluido, producto novedoso cuyo posicionamiento en el mercado pretendía la Asociación»<sup>73</sup>. El hecho indicador escogido para tal conclusión fue la existencia de convenios 017 de 1999, 036 y 037 de 2000, y 017 de 2001, entre IDU y Asocreto.

Sin embargo, los convenios 017 de 1999, 036 y 037 de 2000 «no se refieren para nada a la utilización del relleno fluido, ni tienen por objeto obras de rehabilitación para el servicio de Transmilenio»<sup>74</sup>. Por consiguiente, «se rompe el principio lógico de la causalidad o, dicho a la inversa, se incurre en la falacia denominada “falsa causa”, que consiste en tomar un hecho como indicativo e inferir de él una consecuencia que no corresponde»<sup>75</sup>. En cuanto al convenio 017 de 2001, no fue firmado por el procesado, sino por María Isabel Patiño, la persona que lo remplazó en la dirección del IDU.

En consecuencia, no está demostrado el ingrediente subjetivo del tipo consistente en el «propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero».

#### 1.1.5. Quinto cargo. Violación del debido proceso (subsidiario)

La funcionaria a quo se abstuvo de condenar por daños y perjuicios, pues «la parte civil aquí constituida ha promovido independientemente otras acciones tendientes a obtener el

pago de los daños y perjuicios causados con estos mismos hechos»<sup>76</sup>.

Dicha decisión no tiene el carácter de sentencia, ya que «no es un proveído en donde se analicen las pruebas y los alegatos de las partes para luego condenar o absolver, sino que, por el contrario, es la aplicación del último inciso del artículo 56 de la Ley 600 de 2000»<sup>77</sup>.

Se trata, por ende, de un auto interlocutorio que, al ser revocado en segunda instancia, no podía ser objeto de un fallo de condena en tal sentido, sino de una orden al juez de primer grado para pronunciarse de fondo.

De esta forma, el Tribunal privó a la defensa de «la oportunidad de debatir la sentencia que en materia de perjuicios se debió dictar en primera instancia, y no en segunda, contra la cual ya no existe recurso de apelación»<sup>78</sup>.

#### 1.1.6. Último cargo. Violación del debido proceso y del derecho de defensa (subsidiario)

En el fallo impugnado, el Tribunal «sólo se ocupó de analizar el límite del monto que debía imponer»<sup>79</sup>. Es decir, optó «por condenar a pagar el monto reclamado por la parte civil, sin darle respuesta a su demanda, ni indicar las pruebas por las cuales acoge esa pretensión, única manera en que los condenados pudieran ejercer su derecho a la defensa»<sup>80</sup>.

Además, «el hecho de que se impute a una persona la celebración de un contrato sin requisitos legales no significa que por ese motivo se le pueda responsabilizar de presuntos daños causados, pues eso es una arbitrariedad»<sup>81</sup>, máxime cuando se decretó la prescripción por el delito de peculado culposo, «el que con claridad podía dar lugar al pago de perjuicios económicos»<sup>82</sup>.

Por consiguiente, como en la sentencia no obra ni la valoración jurídica de las pruebas en

que se funda la decisión ni los fundamentos relacionados con la indemnización de perjuicios, hay una falta de motivación evidente.

## 1.2. Pretensiones

En consecuencia, solicitó a la Corte, en relación con los cuatro (4) primeros cargos, casar el fallo de segunda instancia para, en su lugar, absolver a ANDRÉS CAMARGO ARDILA del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En lo atinente al quinto reproche, pidió casar de manera parcial la sentencia recurrida, anular la condena al pago de perjuicios y enviar el expediente al juez de primera instancia para que se pronuncie de fondo al respecto.

Y, en lo relativo al último cargo, casar parcialmente el fallo impugnado, anular la condena al pago de perjuicios impuesta por el Tribunal y, como es un error que sólo afecta la sentencia, no condenar por dicho concepto.

## 2. En nombre de MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA

### 2.1. Cargos

Formuló el demandante seis (6) cargos, todos ellos con base en la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000. El primero, por violación directa de la ley sustancial; y los demás, por la vía indirecta, provenientes de errores de hecho en la valoración probatoria. Los desarrolló de esta manera:

#### 2.1.1. Aplicación indebida del artículo 82 del Decreto Ley 100 de 1980

MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA, primero en calidad de Asesora



Técnica y Administrativa de la Dirección Técnica de Construcciones del IDU y luego como Gerente del Proyecto Transmilenio, prestó sus servicios a la entidad, consistentes en «coordinar todos los aspectos previos al inicio de las obras de Transmilenio, principalmente estudios y diseños e interacción con las demás empresas relacionadas con dicho proyecto»<sup>83</sup>.

Ahora bien, «aquellos particulares vinculados a una entidad estatal para desarrollar una labor concreta no pueden ni deben ser considerados servidores públicos y, por tanto, aun cuando se les encuentre responsables de algún delito, no pierden la calidad de particulares, por lo cual no les es aplicable el incremento del término prescriptivo de que trata el artículo 82 del Código Penal de 1980»<sup>84</sup>.

Lo anterior no sólo halla sustento en la sentencia de la Corte Constitucional CC C-563/98, sino además en fallos de esta Corporación como CSJ SP, 13 mar. 2006, rad. 24833.

La procesada «prestó sus servicios para desarrollar una actividad de utilidad pública, más [sic] no se le transfirió una función pública como tal»<sup>85</sup>. Como lo sostuvo la Corte en dicha decisión, su propósito era «conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, con el fin de realizar materialmente los cometidos propios del contrato»<sup>86</sup>. Es decir, ella «se obligó al cumplimiento de una función material»<sup>87</sup> y, por lo tanto, «nunca perdió su condición de particular»<sup>88</sup>. De ahí que la acción penal por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales prescribió para esta persona el 11 de diciembre de 2012, día en el cual se cumplieron seis (6) años después de proferida la resolución de acusación de segunda instancia.

#### 2.1.2. Falso juicio de existencia por omisión

Las instancias condenaron a MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA

porque elaboró la licitación con base en unos diseños incompletos y errados. Sin embargo, no tuvieron en cuenta los siguientes medios de prueba:

(i) Testimonio del ingeniero Carlos Iván Gutiérrez Guevara

Este testigo, que había ostentado el cargo de Director General del IDU, aseguró que era posible celebrar el contrato imponiéndole al constructor la obligación de complementar diseños.

Si se hubiera valorado el contenido de este medio de prueba, jamás se hubiera podido afirmar que los diseños para la adecuación de la autopista Norte al sistema Transmilenio se hallaban incompletos, pues en el pliego de condiciones se estableció que el diseñador realizaría los de tipo hidráulico y de drenaje, proceder totalmente válido, sin que ello indique que se trataba de una licitación mal planeada. De esta manera, si en el adendo de 2 de marzo de 2000, en el cual no participó la procesada, al contratista se le quitó la obligación de realizar los diseños complementarios, no podían los jueces concluir que era responsable del delito imputado.

(ii) Licitación pública número DG-164-2004

En este proyecto del Instituto Nacional de Vías (INVIAS), un proceso licitatorio de similar naturaleza al de Transmilenio, al contratista se le impuso la obligación de complementar diseños, circunstancia que le otorga validez a lo señalado por el ingeniero Gutiérrez Guevara.

2.1.3. Falso juicio de existencia por omisión

Las instancias concluyeron que el pliego de condiciones era confuso y que sus anexos indicaban que el relleno fluido de 30 kg/cm<sup>2</sup> era el material con el cual se debía volver a nivelar la vía. Pero, en la valoración probatoria, las instancias dejaron de

apreciar:

(i) Declaración de Diego Antonio Jaramillo Porto

Este deponente dijo «que los diseños de Steer Davies and Gleave no sólo hacían parte integral del pliego de condiciones, sino que, además, indicaban de manera clara que el relleno fluido debía emplearse únicamente en las bermas y ampliaciones»<sup>89</sup>.

Por lo tanto, los jueces no podían concluir que el pliego de condiciones era confuso.

(ii) Testimonio de Carlos Iván Gutiérrez Guevara

Para este ingeniero, fue muy claro que el relleno fluido no era el material para volver a nivelar las calzadas de la autopista Norte, sino debía utilizarse para remplazar las losas que fueran retiradas o como base en las zonas de berma y de ampliación.

(iii) Declaraciones de los ingenieros Gloria Eugenia Molina Parra y Jaime Bateman Durán

En su calidad de representantes de la firma diseñadora, estas personas corroboraron que «los diseños presentados nunca indicaron que el relleno fluido debía implementarse para renivelar la vía»<sup>90</sup>. Por consiguiente, el pliego de condiciones no generaba confusión.

2.1.4. Falso juicio de identidad

El Tribunal tergiversó la prueba referente al listado de materiales y cantidades de obra al valerse del testimonio de Alberto José Otoyá Villegas para sostener que «dadas las cantidades del material relleno fluido indicadas en el listado de materiales y

cantidades de obra, se concluía que ése era el material a emplear para renivelar la vía»<sup>91</sup>.

Sin embargo, si el ad quem hubiese sido objetivo al valorar la prueba, no hubiere podido concluir que «al haberse señalado en el listado de cantidades de obra 17.000 cm<sup>3</sup> de relleno fluido (cantidad que además fue la establecida por Steer Davies and Gleave en sus diseños) se indicaba que dicho material era el renivelante, cuando en ese mismo listado se señaló el uso de la fresadora en una cantidad de 157.809 m<sup>2</sup> y, sin embargo, en el acta de recibo se aprecia que el contratista tan solo utilizó 2.076 m<sup>2</sup>»<sup>92</sup>.

#### 2.1.5. Falso raciocinio

Los jueces sostuvieron que MARÍA ELVIRA BOLAÑO VEGA incluyó en el listado de materiales el relleno fluido en resistencia de 30 kg/cm<sup>2</sup> y no la de 60 kg/cm<sup>2</sup> establecida por el diseñador, con el propósito de favorecer a Asocreto. Con tal posición, incurrieron en un error de razonamiento, la falacia de la atinencia, que consiste inferir algo que no se desprende de las premisas o, en otras palabras, cuando el argumento no demuestra lo concluido.

En este caso, «no se entiende cómo de la premisa de que en el listado de materiales y cantidades de obra se incluyó el relleno fluido en resistencia de 30kg/cm<sup>2</sup>, se concluyó que dicha inclusión se hizo de manera intencional y direccionada a favorecer a Asocreto y, por la vía de esta incorrecta inferencia se comprometió la responsabilidad de MARÍA ELVIRA BOLAÑO VEGA»<sup>93</sup>.

Por el contrario, «más absurdo resulta concluir que el cambio de resistencia se hizo intencionalmente y no debido a un error de digitación»<sup>94</sup>, toda vez que «al percatarse del error cometido en el referido listado y corregirlo mediante la celebración del contrato adicional número 2 del 21 de febrero de 2001, no se puede construir un indicio de responsabilidad»<sup>95</sup>. Además, no hay otros datos ni

medios de conocimiento que demuestren la intención de la procesada para favorecer los intereses de Asocreto.

#### 2.1.6. Falso juicio de existencia por omisión

El Tribunal, con base en el testimonio de Jorge Ordóñez Caicedo, concluyó que «la decisión de renivelar la autopista Norte con relleno fluido de 30 kg/cm<sup>2</sup> se tomó con anterioridad al acta de seguimiento de obra número 4 del 28 de junio de 2000 y que en dicha acta lo que se hizo fue ratificar esa decisión»<sup>96</sup>.

No obstante, dejó de apreciar las siguientes «pruebas procesalmente válidas»:

##### (i) La resolución de definición de situación jurídica de la Fiscalía

Para la Fiscalía, en dicha providencia, «la decisión de utilizar el relleno fluido para renivelar la vía se tomó fue [sic] en el acta de seguimiento de obra No 4, en la cual MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA VEGA [sic] no tuvo ninguna participación»<sup>97</sup>.

Por consiguiente, «esta prueba es muy importante y no se entiende por qué no es tomada en cuenta en ninguna de las sentencias»<sup>98</sup>.

##### (ii) Testimonio de María Teresa del Socorro Palacio Jaramillo

Dicha testigo concluyó que «fue en el acta número 4 donde varios intervinientes (entre los cuales no estaba [MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA]) se alejaron de las recomendaciones del diseñador y decidieron renivelar con

relleno fluido»<sup>99</sup>.

### (iii) Testimonio de Carlos Iván Gutiérrez Guevara

Esta persona, «quien además ostentó el cargo de Director General del IDU, al estudiar los documentos, llegó a la misma conclusión que la señora María del Teresa del Socorro Jaramillo, en el sentido de indicar que la trascendental decisión de renivelar con relleno fluido se tomó en el acta de seguimiento de obra número 4»<sup>100</sup>. Si el Tribunal hubiera tenido en cuenta esos medios de conocimiento, «no habría podido afirmar que la decisión de renivelar la autopista Norte con relleno fluido se tomó con anterioridad al acta número 4 del 28 de junio de 2000»<sup>101</sup>.

## 2.2. Pretensiones

En este orden de ideas, solicitó a la Corte, en relación con el primer cargo, casar el fallo de segunda instancia para, en su lugar, declarar la prescripción de la acción penal a favor de MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA.

Y, en lo que respecta a los demás reproches, pidió casar la decisión condenatoria impugnada para, en lugar de ello, absolver a la procesada.

## 3. En nombre de ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA

### 3.1. Cargos

Propuso el recurrente tres (3) reproches: uno principal y los demás subsidiarios. El primero, al amparo de la causal tercera de casación, por haberse dictado el fallo de segunda instancia en un juicio viciado de nulidad. El segundo, con base en la causal segunda, por violación del principio de congruencia entre acusación y fallo. Y el tercero,

fundado en la causal primera cuerpo primero, por violación directa de la ley sustancial. Los sustentó así:

### 3.1.1. Ausencia de especificación de la imputación jurídica en la resolución acusatoria

La Corte ha señalado que los aspectos jurídicos de la atribución deben ser señalados de manera clara y concreta en el pliego de cargos. En este asunto, no hay reclamo en cuanto a la imputación fáctica presentada en la acusación contra ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA. Pero, en lo relativo a la imputación jurídica, ésta fue «abstracta y general, y no concreta, específica o indubitable»<sup>102</sup>.

Ello, por cuanto los calificadores de primera y segunda instancia no se percataron de que el tipo del artículo 146 del anterior Código Penal es compuesto y alternativo, pues prevé tres (3) verbos rectores: tramitar, celebrar y liquidar. De ahí que «no se expresó cuál de esos tres (3) delitos o modalidades se le endilgó al ingeniero SOLÓRZANO: si la de tramitar contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, o la de celebrarlo sin verificar su cumplimiento, o la de liquidarlo con igual deficiencia»<sup>103</sup>.

Esta irregularidad vulneró el derecho de defensa del procesado, porque «sólo a partir del conocimiento de los ámbitos y alcances exactos de la acusación»<sup>104</sup> podía ejercerlo.

### 3.1.2. Falta de consonancia entre la resolución de acusación y la sentencia (subsidiario)

Hay una incongruencia normativa entre el llamado a juicio y el fallo, «ya que ni en

la resolución de acusación ni en las sentencias se dice cuál de las modalidades delictivas previstas en el artículo 146 del Decreto 100 de 1980 fue atribuida al acusado, sino que, simplemente, se le acusa y condena por la denominación genérica de “contrato sin cumplimiento de requisitos legales”»<sup>105</sup>.

La violación del principio en cita es evidente. Pensar «lo contrario llevaría al absurdo de aseverar que si, en el evento que nos ocupa, el procesado hubiera sido condenado por cualquiera de las modalidades delictuales contempladas en el mentado artículo 146 del Código Penal, o por todas, o dos de ellas, habría congruencia, pues la que fuera o fueran estarían contempladas en la denominación genérica de la disposición por la que fue acusado»<sup>106</sup>.

3.1.3. Aplicación indebida del artículo 122 de la Constitución Política y falta de aplicación de la segunda parte del artículo 146 del Código Penal anterior

Las instancias le impusieron al procesado la sanción de inhabilidad intemporal de que trata el artículo 122 de la Constitución Política y no la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años prevista en el artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980.

El mismo comportamiento fáctico fue imputado como un delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y otro de peculado culposo. Pero, en la sentencia de segunda instancia, la acción penal de este último se declaró prescrita. Ello impedía reconocer la sanción intemporal prevista en la Carta, «ya que el daño patrimonial causado por la indebida contratación se imputó como peculado culposo, por el que no hubo condena, como lo exige el artículo 122 de la Constitución Política»<sup>107</sup>.

En otras palabras, «si en la contratación se hubieran observado los requisitos legales esenciales, no habría habido daño patrimonial para la administración y, por ende, no se



hubieran configurado ninguno de los dos punibles»<sup>108</sup>.

### 3.2. Pretensiones

En consecuencia, solicitó a la Corte, en relación con los cargos primero y segundo, anular lo actuado a partir de la resolución de acusación de primera instancia «para que se califique de manera concreta y específica la conducta imputada al ingeniero ÓSCAR SOLÓRZANO PIEDRAHITA»<sup>109</sup>. Y, en lo atinente al tercero, pidió «casar la sentencia para imponer como pena accesoria no la inhabilitación intemporal para el ejercicio de funciones públicas, sino la prevista en el artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980, esto es, la de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas de 1 a 5 años»<sup>110</sup>.

## III. INTERVENCIÓN DEL NO RECORRENTE

El apoderado de la parte civil en cabeza del IDU solicitó a la Corte, como pretensión principal, no admitir los escritos de demanda interpuestos por los recurrentes, dado que no se ajustan a los requisitos de lógica y debida argumentación requeridos por la jurisprudencia; y, subsidiariamente, no casar el fallo impugnado, por cuanto en ningún momento se demostró error trascendente alguno.

## IV. CONSIDERACIONES

### 1. Precisiones iniciales

1.1. La casación es un recurso extraordinario y reglado que permite debatir ante la máxima autoridad de la justicia ordinaria la correspondencia de un fallo de segundo grado con el orden jurídico.

Dicha confrontación repercutirá si se descubre en la sentencia un error de juicio o uno de trámite jurídicamente trascendente, ya sea propuesto por el recurrente o advertido de

oficio por la Corte.

Una decisión ajustada a derecho, por el contrario, es aquella que logra sobrevivir a la crítica de manera racional.

Y la crítica será irrelevante si no refuta la providencia, es decir, si no demuestra, bajo los parámetros jurisprudenciales dirigidos a la adecuada demostración de un yerro, que riñe en aspectos sustantivos con la [Constitución Política](#), la ley o los principios que las rigen.

1.2. En el presente asunto, ninguna de las demandas interpuestas por la defensa de ANDRÉS CAMARGO ARDILA, MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA y ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA podrá ser admitida, en tanto propusieron problemas jurídicos intrascendentes, o los reproches carecen de fundamentos, o son incoherentes, o están apoyados en presupuestos contrarios a la realidad de lo decidido.

La Sala, a este respecto, se ocupará de cada uno de los escritos en el orden en el cual fueron reseñados.

## 2. Demanda en nombre de ANDRÉS CAMARGO ARDILA

### 2.1. Cargos uno, dos, tres y cuatro. Errores de hecho en la apreciación de la prueba

2.1.1. Cuando en sede de casación se propone la violación indirecta de la ley sustancial derivada de un errores de hecho en la valoración probatoria, el demandante tiene la obligación de formularlos bajo cualquiera de las siguientes tres (3) modalidades:

Falso juicio de existencia. Se presenta cuando el juez o el cuerpo colegiado, al momento de proferir el fallo objeto del recurso, omite valorar por completo el contenido material de

un medio de conocimiento que hace parte de la actuación y que, por lo tanto, fue debidamente incorporado al proceso (falso juicio de existencia por omisión). O también cuando le concede valor probatorio a uno que jamás fue recaudado y, por lo tanto, supone su existencia (falso juicio de existencia por suposición).

Falso juicio de identidad. Ocurre cuando el juzgador, al emitir el fallo impugnado, distorsiona el contenido fáctico de determinado medio de prueba, haciéndole decir lo que en realidad no dice, bien sea porque lee de manera equivocada su texto (falso juicio de identidad por tergiversación), o le agrega aspectos que no contiene (falso juicio de identidad por adición), o le mutila partes relevantes del mismo (falso juicio de identidad por cercenamiento).

Falso raciocinio. Se constituye cuando el funcionario valora la prueba de manera íntegra en la sentencia, sin darle una lectura equivocada, pero construye con ella inferencias que riñen con los postulados de la sana crítica, es decir, con una concreta ley científica, principio de la lógica o máxima de la experiencia.

Cualquiera de tales yerros tiene que ser relevante. Esto significa que frente a la valoración en conjunto de la prueba efectuada por el Tribunal, o por ambas instancias (según sea el caso), su exclusión tendría que conducir a adoptar una decisión distinta a la impugnada.

2.1.2. En este caso, el demandante propuso, a modo de «problema jurídico» principal que desarrolló en los cuatro (4) primeros reproches bajo la modalidad del error de hecho, cuatro (4) teorías o hipótesis acerca del comportamiento por parte del director del IDU ANDRÉS CAMARGO ARDILA que, según él, conducirían a absolverlo por atipicidad (objetiva o subjetiva) del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Estas teorías son: (i) el Director del IDU no tenía dentro de sus funciones supervisar,

revisar ni controlar los aspectos técnicos de los contratos de obra firmados por la entidad (primer cargo); (ii) no verificó los diseños elaborados por los expertos de Steer Davies & Gleave porque éstos ya venían completos, ni era garante de los temas técnicos del contrato, máxime cuando su deber se limitó a seleccionar una asesora (MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA) que lo supliera frente a su falta de conocimientos en tales sentidos (segundo cargo); (iii) como nunca se enteró de que estaban incompletos los diseños, ni que al final se utilizó el material relleno fluido de 30 kg/cm<sup>2</sup>, tampoco obró con dolo (tercer cargo); y (iv) no hay prueba dentro del expediente a partir de la cual pudiera predicarse el ingrediente subjetivo del tipo, esto es, que ANDRÉS CAMARGO ARDILA tuvo la intención de favorecer los intereses de Asocreto (cuarto cargo).

De estos planteamientos, el primero carece de sustento lógico y los demás son por completo inanes en relación con la declaración de responsabilidad penal proveniente de las instancias. En efecto:

(i) Primer cargo (principal)

El Tribunal adujo que la conducta imputada a ANDRÉS CAMARGO ARDILA se ajustó a la descripción típica del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980 con base, entre otras razones, en que sus deberes funcionales como Director del IDU comprendían los de «[d]irigir, coordinar y controlar las funciones administrativas y técnicas de los proyectos del Instituto»<sup>111</sup>.

En palabras del juez plural:

De acuerdo con lo establecido, mediante Resolución 2069 de 2000, son requisitos mínimos para ostentar el cargo de Director General del IDU contar con “título de formación profesional universitaria en ingeniería civil, economía, derecho,

administración de empresas o pública”, y tener seis (6) años de experiencia profesional.

Prevé dicho acto administrativo como funciones del Director General, entre otras, las siguientes:

“(…) 6-. Expedir los actos, realizar las operaciones y celebrar todos los contratos necesarios para el cumplimiento de las funciones del Instituto, conforme a los acuerdos del Concejo y demás disposiciones legales estatutarias y a las resoluciones de la Junta Directiva.

”7-. Dirigir, coordinar y controlar las funciones administrativas y técnicas de los proyectos del Instituto.

Precisado lo anterior, se tiene que funcionalmente era responsabilidad de ANDRÉS CAMARGO ARDILA estar atento a los trámites que se adelantaban en los contratos a cargo del IDU, sin que haya lugar a esgrimir como argumento defensivo que la multiplicidad de contratos en los que el Instituto era parte le hacía imposible direccionarlos y supervisarlos en debida forma, cuando el manual de funciones referenciado así se lo imponía, sin que constituya tampoco un argumento exculpatorio aludir a la desconcentración de funciones, como quiera que si bien el desarrollo de algunas funciones le estaban atribuidas a otras dependencias de menor jerarquía, ello no incidía en su obligación de coordinación y control de los proyectos de la entidad.

Para ello, debe tenerse en cuenta que los deberes impuestos estaban relacionados con actividades administrativas y técnicas, de modo que la discutible carencia de conocimientos frente al último de los aspectos que alega su defensor no exculpa ni lo revela de su obligación de dirigir y coordinar cada una de las gestiones que se llevaban a cabo en los proyectos a su cargo, especialmente el de Transmilenio, dada su magnitud, trascendencia e impacto para el bienestar vial de la ciudad y los coasociados<sup>112</sup>.

A este respecto, el demandante formuló, por una parte, un falso juicio de identidad porque el ad quem incurrió «en una tergiversación [...] de las funciones del Instituto»<sup>113</sup>, en particular la exigencia de la Resolución 2069 de 2000, citada por la segunda instancia, según la cual el Director del IDU debía tener «título de formación profesional universitaria en ingeniería civil, economía, derecho, administración de empresas o pública»<sup>114</sup>.

A continuación, sin embargo, el recurrente sostuvo que, debido a ello, el cuerpo colegiado interpretó «las funciones fuera del contexto en el que se consignan, esto es, mutilando los requisitos para el cargo»<sup>115</sup>.

De esta manera, el censor desconoció el principio lógico de no contradicción, también exigible en sede del recurso extraordinario, en la medida en que predicó de una idéntica cosa que era y no era al mismo tiempo, es decir, que el ad quem mutiló de la valoración acerca de las funciones del Director el requisito acerca de la formación universitaria y, a la vez, distorsionó el alcance de este último.

En cualquier caso, el problema con este planteamiento radica en que carece de lógica, pues lo que el abogado en últimas sostuvo es que, bien se tratase de una tergiversación o de un cercenamiento, la correcta interpretación de dicho precepto llevaría al cuerpo colegiado a estimar que ANDRÉS CAMARGO ARDILA no cumplía «funciones de diseñador o constructor, ni siquiera supervisor, mucho menos que tome decisiones sobre resistencia de materiales, tipo de drenajes, calidad de los diseños, etc.»<sup>116</sup>

La anterior conclusión no era posible de extraer a partir de las premisas expuestas. El razonamiento del recurrente puede ser presentado, a modo lógico formal, de la siguiente manera:

a. Premisa I: El procesado tenía los deberes funcionales de dirigir, coordinar y controlar

las funciones técnicas de los proyectos del IDU.

b. Premisa II: Para dirigir el IDU, ANDRÉS CAMARGO ARDILA debía tener formación profesional universitaria en derecho, ingeniería civil, economía, administración pública o administración de empresas.

c. Conclusión: El procesado no tenía la obligación de supervisar, diseñar o construir aspectos técnicos atinentes a los proyectos de la Institución.

Esta postura, por lo tanto, carece de sentido. Además, como el mismo demandante lo admitió, ANDRÉS CAMARGO ARDILA es un ingeniero civil, es decir, un profesional de la carrera universitaria más apta para comprender problemas vinculados con los diseños, su complementación y el cambio de material relleno fluido de 60 kg/cm<sup>2</sup> a 30 kg/cm<sup>2</sup>.

Por otra parte, propuso el recurrente cinco (5) falsos juicios de existencia por omisión respecto de igual número de medios probatorios tendientes a establecer que la referida persona «no era garante de que los aspectos técnicos y científicos del contrato fueron acertados»<sup>117</sup>, sino solo debía «asegurarse de que la interventoría, la dirección técnica y el contratista seleccionado fueran personas con la experiencia y conocimientos necesarios para alcanzar ese fin»<sup>118</sup>.

En principio, la formulación de los presuntos yerros es equivocada, por cuanto las pruebas en apariencia ignoradas en el fallo de segundo grado sí fueron tenidas en cuenta por las instancias.

Así lo advierte la Sala en los testimonios de Carlos Alberto Torres Escallón (folios 75-76 del fallo del a quo<sup>119</sup> y 132, 170-171 del ad quem<sup>120</sup>), Alicia María de Jesús Naranjo de Uribe (folios 136-137 de la sentencia de primer grado<sup>121</sup>) y Carlos Alfonso Morales Rigueros (folios 76-77 del fallo de primera instancia<sup>122</sup>), y en

las versiones de MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA (folios 100-105 de la decisión del a quo<sup>123</sup>) y ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA (folios 130-132 de la sentencia de primer grado<sup>124</sup>), entre otros apartes de relevancia.

Ahora bien, si lo que quería plantear el profesional del derecho con estas aparentes pretermisiones probatorias era que ANDRÉS CAMARGO ARDILA no ostentaba el deber de «[d]irigir, coordinar y controlar las funciones administrativas y técnicas de los proyectos del Instituto», tal como lo prescribía el numeral 7 de la Resolución 2069 de 2000, no sobra destacar que ello obedece a un esfuerzo argumentativo inútil, pues entre la claridad conceptual del precepto aludido y la opinión de ciertos profesionales acerca de lo que serían los deberes funcionales involucrados, es obvio que la posición de garantía en este asunto debía deducirse del contenido de la norma, como lo hizo el Tribunal en el fallo impugnado.

Y si lo que propuso el recurrente era que, a pesar de las obligaciones propias de su cargo, el procesado carecía de los conocimientos y capacidades necesarias para comprender o enterarse de los asuntos relacionados con los diseños o el empleo del relleno fluido en las obras de Transmilenio, tal criterio es absolutamente irrelevante, porque cuando se trata de delitos de infracción al deber cometidos por servidores públicos, como el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, los involucrados nunca podrán alegar para excluir la imputación al tipo objetivo o subjetivo la vulneración de las obligaciones funcionales en la que ellos mismos incurrieron, debido precisamente a su posición de garantes.

Adicionalmente, es imposible anteponer a la vigencia de un mandato normativo lo que efectivamente sucede en la realidad. De ahí que no era válido argüir que el procesado no tenía los deberes de supervisar, coordinar y controlar porque en la práctica jamás los ejerció. En otras palabras, el deber ser jamás podrá ser refutado por medio del ser.



Y, como si lo anterior fuese poco, el demandante no confrontó su criterio con el de la Sala en fallos como CSJ SP, 5 nov. 2008, rad. 18029, citado en la decisión recurrida<sup>125</sup>, según el cual los deberes funcionales de los representantes de las entidades o corporaciones de ninguna manera serían reducibles al absurdo de tan solo suscribir la actuación que suscita la realización típica. De acuerdo con la Corte:

Acerca de esta manera, y en punto de las responsabilidades que corresponden a los representantes legales de las entidades estatales en materia contractual, ha precisado la Sala que la desconcentración de funciones en orden a facilitar al ordenador del gasto la toma de las decisiones finales en materia contractual por manera alguna los convierte en simples “tramitadores” o “avaladores” de las labores desarrolladas por sus subalternos, no significa, tampoco, que al representante legal de la entidad le compete solamente “firmar” los contratos en un acto mecánico, pues, en cualquier caso, es su responsabilidad que todo el trámite se haya adelantado conforme a la ley y de allí que se le exija ejercer los controles debidos<sup>126</sup>.

El cargo, por consiguiente, no sólo carece de sustento, sino además de consistencia lógica.

#### (ii) Segundo y tercer cargos (subsidiarios)

En estas dos censuras, el demandante propuso varios falsos juicios de existencia por omisión y falsos juicios de identidad por tergiversación o cercenamiento, así como dos (2) falsos raciocinios por violación de los principios de la lógica.

Sin embargo, incurrió en yerros a la hora de formular los falsos juicios de existencia por omisión tanto en uno como en otro reproche, pues no sólo volvió a traer como tales los relatos de Carlos Alberto Torres Escallón, MARÍA ELVIRA DE LA MILAGORSA BOLAÑO VEGA y ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA (que, como se adujo, habían sido abordados por las instancias), sino además hizo lo propio con otros medios de prueba apreciados por los jueces, como lo narrado por Álvaro Antonio Parra Vanegas (folio 149 del fallo

de primera instancia<sup>127</sup>), Álvaro Silva Fajardo (folios 113-121 de la sentencia del a quo<sup>128</sup>), Carlos Iván Gutiérrez Guevara (folios 137-143 de la decisión del a quo<sup>129</sup>), Mauricio Camargo (folios 158-159 del fallo de primera instancia<sup>130</sup> y folio 150 de la de segunda<sup>131</sup>), José Gabriel Cano Hernández (folios 133-135 del fallo de primer grado<sup>132</sup>), Rodrigo Muñoz Muñoz (folios 143-145 de la sentencia del a quo<sup>133</sup>), Wilson Uribe Jaimes (folios 147-147 de la decisión de primer grado<sup>134</sup>), Lino Guillermo Baena Calle (folios 147-148 del fallo del a quo<sup>135</sup> y 158 del ad quem<sup>136</sup>), Jaime Dudley Pío Bateman Durán (folios 149-153 de la sentencia de primer grado<sup>137</sup>), Gloria Eugenia Molina Parra (folios 72-75 del fallo de primera instancia y 143, 172-173 del de segunda<sup>138</sup>), al igual que el contrato adicional número 2 al contrato de obra 403 de 2000 (folio 193 del fallo del a quo<sup>139</sup> y 3 de la decisión del ad quem<sup>140</sup>).

Situación digna de destacarse es la concerniente al contenido de los testimonios de Gloria Eugenia Molina Parra y Carlos Eduardo Torres Escallón, pues el recurrente, en el cargo tercero, propuso en un principio sendos falsos juicios de identidad por tergiversación<sup>141</sup>, pero en el mismo reproche planteó que aquéllos constituían falsos juicios de existencia por omisión<sup>142</sup>. De ahí que la postura del demandante es, de nuevo, contradictoria.

Adicionalmente, el falso juicio de identidad propuesto en el segundo cargo, relativo a la adición número 1 del contrato 403 de 2002, carece de coherencia. La postura del censor en este sentido obedece al siguiente razonamiento:

a. El contrato 403 de 2000 le imponía inicialmente al contratista seleccionado la obligación de «evaluar, verificar y complementar la información que tenga disponible y que pueda estar relacionada con el proyecto, para replantear los diseños de su intervención»<sup>143</sup>.

b. La adición número 1, suscrita por el procesado, la modificó en el sentido de dejar únicamente la responsabilidad de «evaluar y verificar la información que tenga disponible y que pueda estar relacionada con el proyecto, para replantear los diseños de su intervención»<sup>144</sup>.

c. En consecuencia, es falso lo señalado por el Tribunal en el fallo impugnado, en el sentido de que, por medio de la adición, ANDRÉS CAMARGO ARDILA «suprimió la obligación de complementar los diseños originales antes de iniciar la ejecución de la obra»<sup>145</sup>.

La anterior postura es contraria a la razón, pues lo que específicamente se sustrajo fue la expresión «complementar» como responsabilidad del contratista escogido para efectos de replantear los diseños. El recurrente, sin embargo, sostuvo que lo anterior constituía un falso juicio de identidad bajo la modalidad de «tergiversación por adición»<sup>146</sup>.

Lo importante, en cualquier caso, es que los problemas jurídicos contemplados en ambos reproches (el primero, relativo a la no posición de garante de ANDRÉS CAMARGO ARDILA; y el segundo, relacionado con el error de tipo) son inanes por completo.

En efecto, si lo que en últimas arguyó el profesional del derecho era que el procesado no era garante de los diseños elaborados por Steer Davies & Gleave, ni suprimió el deber de completarlos, ni estaba obligado a vigilar la sustitución del material de relleno de 60 kg/cm<sup>2</sup> a 30 kg/cm<sup>2</sup>, o bien que siendo garante no tuvo conocimiento de tales situaciones, el profesional del derecho jamás desvirtuó el criterio del ad quem conforme al cual ANDRÉS CAMARGO ARDILA tenía la obligación de «[d]irigir, coordinar y controlar las funciones administrativas y técnicas de los proyectos del Instituto»<sup>147</sup>, tal como se sostuvo en el cargo principal ya desestimado.

Por lo tanto, él no sólo se hallaba en una posición de garantía ante esos aspectos (por lo

que era su deber verificar los diseños, asegurar su complementación y supervisar lo relativo al material empleado por el contratista), sino además el hecho de infringir tales deberes funcionales (ya sea porque no tenía la preparación ni las capacidades necesarias, o por cualquier otra razón) implicaba al menos que dejó el resultado típico (la vulneración de los principios de la contratación administrativa) librado al azar, de suerte que a su conducta le era atribuible tanto el tipo objetivo como el subjetivo.

Precisamente, las instancias dedujeron el actuar doloso de ANDRÉS CAMARGO ARDILA a partir del incumplimiento a sus deberes funcionales. Según la juez de primer grado:

De esa manera, por su cargo, [el procesado] asumió funciones y roles que aparejan serias responsabilidades que no pueden ser excusables en este caso, menos en la falta de conocimientos especiales, de tiempo por el exceso de trabajo, de experiencia o de preparación, pues se le enrostró el hecho de permitir la celebración y ejecución de un contrato de obra contrariando el diseño de SD&G [Steer Davies & Gleave], con deficiencias en los diseños, pliegos y documentos anexos que podían generar problemas en la ejecución de la obra, tal como ocurrió, diseños de drenaje y otros que sin los elementales conocimientos de los que afirma adolece era fácil comprender que debían revisarse y complementarse, pero no lo permitió al suscribir el adendo número 1 [....].

[...] ¿Puede afirmarse válidamente que el Director General del IDU queda exonerado de responsabilidad penal porque tenía fe ciega y devota en sus empleados? No, era él quien debía dirigir las decisiones técnicas del Instituto y procurar cumplir los fines de la administración, pero no lo hizo. ¿Podía superar el estado de error que invoca? Claro que sí, bastaba un mínimo de diligencia en un proyecto de tanta importancia para la administración, le era exigible actuar con un sentido ético y profesional en la administración de los recursos que le fueron encargados, pero el uso de un producto nuevo que no había sido sometido a ensayos y que el IDU ratificó en las distintas fases de este contrato de obra refleja todo lo contrario. No es admisible para un profesional de

la ingeniería, o cualquier persona profesional común, que se represente una idea falsa de un producto nuevo, que no conoce, y lo use en una obra pública sin considerar estudios previos de un diseño de la vía, sin ensayos, sin consultar especificaciones, pero cándidamente en este supuesto descansa el error de tipo invocado que categóricamente tiene que rechazarse<sup>148</sup>.

Y, además de los apartes ya transcritos en precedencia (2.1.2, (i)), conforme al cuerpo colegiado de segunda instancia:

[N]o se evidencia la existencia de un error de esta naturaleza en relación con la conducta que se atribuye al ingeniero ANDRÉS CAMARGO ARDILA, pues si bien fueron sus subalternos implicados en este proceso quienes dieron curso al trámite precontractual del pluricitado contrato de obra, es claro que sus funciones le imponían velar porque [sic] se cumplieran cabalmente los presupuestos que rigen la contratación estatal; no obstante, suscribió un acto contractual basado en un pliego de condiciones irregular, que dio lugar a las imprecisiones e improvisaciones en que se incurrió posteriormente y que derivaron en los datos que prematuramente evidenciaron las losas de la autopista Norte.

Sobre el particular, se tiene que entre las funciones del señor ANDRÉS CAMARGO ARDILA, de acuerdo con los numerales 3, 8 y 14 del manual de funciones del IDU, según resoluciones 2069 y 8556, se encontraba dirigir, coordinar y supervisar a los funcionarios pertenecientes a su dependencia, entre ellos, ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA, encargado de la Dirección Técnica de Construcciones, a la cual también pertenecía MARÍA ELVIRA BOLAÑO VEGA como asesora y luego Directora del Proyecto Transmilenio; no obstante, frente a la importante obra permitió dolosamente y prevalido del contrato de asesoría efectuado con BOLAÑO VEGA –que pretendía lo eximiera de responsabilidad– poner en marcha el proceso licitatorio del contrato 403 de 2000 con la modificación de los diseños elaborados por SD&G en el pliego de condiciones y en los

demás documentos contractuales, como se ha señalado anteriormente.

Como ha quedado claro, aunque para los efectos de la realización de las obras de Transmilenio se manejó la fase precontractual bajo la figura de la desconcentración de funciones con el argumento de que la entidad no estaba en capacidad de asumir directamente todos los asuntos que tenía a su cargo, ello en materia alguna lo releva de la responsabilidad, con mayor razón, si era quien debía suscribir el contrato de obra número 403 de 2000.

Se suma a lo anterior el hecho de que ANDRÉS CAMARGO ARDILA era ingeniero civil, conforme a la Resolución 2069 de 2000, que prevé, entre otras profesiones, conocimientos técnicos que evidencian que conocía cabalmente la forma en que se tramitaban las licitaciones, sus pasos, requisitos y los principios, luego sabía que no se podía iniciar una licitación con diseños incompletos o modificarlos en el pliego de condiciones o los documentos que hacen parte del mismo, en este caso, el listado de cantidades de obra y el plan de manejo de tráfico, y este conocimiento es aún más exigible de un ingeniero civil, resultando por ende inaudito que permitiera el uso de un material cuyo comportamiento no se conocía con certeza en una obra pública de gran envergadura como lo era la autopista Norte, lo que por el contrario denota es su intención dolosa de favorecer con ello a quienes estaban agenciando el material relleno fluido<sup>149</sup>.

Los reproches, por lo tanto, son incoherentes y carecen de relevancia.

#### (iii) Cuarto cargo (subsidiario)

El demandante adujo un falso raciocinio por violación de los principios de la lógica a fin de establecer que a partir de la existencia de unos convenios entre el IDU y Asocreto S. A. no podía deducirse, como lo hizo el Tribunal, el ingrediente subjetivo del tipo previsto en el artículo 146 del Código Penal de 1980, de acuerdo con el cual el sujeto agente debía actuar

«con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero».

El planteamiento, sin embargo, es equivocado, pues a pesar de proponer un yerro de inferencia lógica, el apoderado, al desarrollar el cargo, manifestó que los jueces incurrieron «en la tergiversación del contenido material de los convenios, pues al apreciarlos dejan de lado aspectos de su contenido que indican lo contrario de que el sentenciador infiere»<sup>150</sup>, es decir, en un falso juicio de identidad por cercenamiento.

Como si lo anterior fuese poco, el problema jurídico que subyace en el reproche partió de aserciones contrarias a la realidad de lo decidido, por cuanto el Tribunal, en la decisión recurrida, no dedujo el ingrediente subjetivo de la suscripción de convenios entre el IDU y cualquiera de las empresas involucradas, sino a partir del comportamiento del procesado que configuraba la realización del tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

La anterior postura la fundó el juez plural en fallos de la Corte como CSJ SP, 5 may. 2003, rad. 18754, y CSJ SP, 17 jun. 2004, rad. 18608. En palabras del ad quem:

De otro lado, se adujo por la defensa para sustentar el error de tipo que no se demostró la ventaja económica que el cambio de resistencia del Rf [relleno fluido] puso haber reportado a los servidores del IDU y a los proveedores; al respecto la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene decantado:

“...el propósito de obtener provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero que consagraba el artículo 146 del Código Penal en vigencia del cual sucedieron los hechos, y que suprimió por innecesario el 410 del vigente, es derivado del simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal aplicables a la contratación administrativa, en consideración –se reitera– a que el objeto de

protección del tipo penal es el principio de legalidad en la contratación estatal, cuyo quebrantamiento por el servidor público estructura objetivamente ese tipo penal aunque el resultado práctico del convenio será beneficioso para la administración y desventajoso desde el punto de vista económico para el contratista” [...].

En el caso bajo examen, emerge demostrado el conocimiento y voluntad de ANDRÉS CAMARGO ARDILA de perpetrar el delito que se le atribuye, pues con su connivencia se introdujo el Rf como material de renivelación, modificando sustancialmente los diseños de SD&G, situación que conllevó el beneficio de terceros agremiados de Asocreto, y específicamente a Cémex, Metroconcreto y proveedores del Rf, producto novedoso cuyo posicionamiento pretendía la Asociación a través de su implementación en obras de la magnitud de Transmilenio.

Indefectiblemente, la conducta es adversa a los postulados que rigen la contratación pública, es decir, a los principios de planeación y responsabilidad en que incurrió el Director General del IDU al permitir la ejecución del contrato 403 de 2000 en franca oposición a lo recomendado por el diseñador; ello fue revelador de su intención de facilitar a Asocreto la introducción del Rf al elaborar documentos contractuales erróneos, confusos, permitiendo diseños insuficientes y que en la obra se adoptaran injustificadas determinaciones técnicas, se itera, [que] en contravía del diseño, radicaron básicamente en la utilización de un material nuevo en el mercado<sup>151</sup>.

En fecha más reciente, este criterio fue ratificado por la Corte en la sentencia CSJ SP, 28 nov. 2012, rad. 37523, de la siguiente manera:

Le asiste la razón al Procurador Delegado cuando en su concepto sostuvo que, conforme a una postura de la Sala aún vigente, la estructura típica del actual artículo 410 del Código Penal no conlleva cambios sustanciales frente a la del artículo 146 del anterior



estatuto. [...]

En otras palabras, exigir el elemento relativo al propósito de provecho ilícito es inocuo para efectos del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en la medida en que sería derivable de la misma realización objetiva del tipo. Lo importante, para la anterior legislación y la presente, son los datos provenientes de la realidad física, o acontecimientos en el mundo exterior, que impliquen la celebración del contrato estatal “sin acatar los principios y las normas tanto de orden constitucional como de carácter legal aplicables” [CSJ SP, 17 jun. 2004, rad. 18608].

De ahí que las únicas diferencias sustanciales entre el tipo del artículo 410 del Código Penal y el del 146 anterior estarían circunscritos a la multa, así como a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, en las cuales los límites previstos por el Decreto Ley 100 de 1980 son más favorables.

En este orden de ideas, aun en el evento de considerar que el ad quem extrajo el elemento subjetivo del tipo distinto al dolo de los convenios debatidos por el demandante, y que lo hizo mediante razonamientos contrarios a las reglas de la sana crítica, el reproche permanecería inane para los efectos de la prosperidad del recurso extraordinario, pues la solución consistiría en retirar de la motivación de la providencia esos supuestos argumentos contrarios a la razón, pero sin que de ello se pueda predicar que la decisión debería ser diferente a la adoptada, en la medida en que las intenciones típicas del sujeto activo fueron deducidas de los actos que violaron los principios de la contratación administrativa.

El cargo, por consiguiente, carece tanto de fundamentos como de trascendencia.

2.2. Cargos cinco y seis (subsidiarios). Violaciones del debido proceso y del derecho de defensa

2.2.1. Cuando con fundamento en la causal tercera de casación el demandante solicita a la Corte anular lo actuado por violación de las garantías judiciales, le asiste la carga de individualizar la irregularidad aludida, así como especificar su clase (es decir, si se trata de la afectación de uno de los derechos de los sujetos procesales o el menoscabo a una de las bases esenciales de la instrucción o del juicio), y exponer los argumentos de hecho y de derecho que la apoyan, el daño ocasionado y el momento a partir del cual debería decretarse la invalidación.

2.2.2. En el presente caso, el profesional del derecho planteó dos (2) reproches subsidiarios al amparo de la causal tercera, ambos relacionados con la condena en perjuicios emitida por el Tribunal.

Por un lado, sostuvo que la decisión de la funcionaria de primera instancia de «no emitir condena en perjuicios»<sup>152</sup> (debido a que «el daño acaecido y sus consecuencias [...] están siendo reclamados paralelamente por medio de otras acciones»<sup>153</sup>) devino en que se pretermitiese una instancia cuando el Tribunal en el fallo impugnada la revocó para, en su lugar, condenar por dicho concepto, tras encontrar que los reclamos ante las demás jurisdicciones obedecían a pretensiones y partes distintas<sup>154</sup>.

Los argumentos del demandante se redujeron a señalar que (i) la decisión del a quo no tiene el carácter de sentencia, sino de interlocutorio, porque obró en aplicación del artículo 56 de la Ley 600 de 2000; y (ii) a la defensa no se le brindó la oportunidad de cuestionar la decisión que en esta materia se dictó en segunda instancia, cuando debió haberse proferido en un principio en un fallo de primera.

Esta postura no es convincente. En primer lugar, el abogado no profundizó, más allá de las aserciones expuestas, acerca de las razones por las cuales la decisión de la juez de primera instancia no debería considerarse una sentencia, sino tan solo un auto interlocutorio.

Es más, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, sentencias son aquellas que «deciden sobre el objeto del proceso, bien en primera o en segunda instancia, en virtud de la casación o de la acción de revisión». Resolver acerca del objeto de la actuación implica desatar la relación jurídico procesal y definir de manera definitiva la relación jurídico sustancial de ésta. Y la relación jurídico sustancial relativa a la indemnización de perjuicios en el proceso penal está íntimamente ligada al fallo de condena, como se deriva de los artículos 94 de la Ley 599 de 2000, según el cual «la conducta punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella», y 56 de la Ley 600 del mismo año, conforme al cual «[e]n todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo a lo acreditado en la actuación».

En este orden de ideas, todo pronunciamiento acerca de los perjuicios (bien sea de absolución, condena o abstención porque «el ofendido ha promovido independientemente la acción civil», en los términos del inciso final del artículo 56 del estatuto adjetivo) es parte imprescindible del fallo condenatorio, es decir, de una decisión que le puso fin a la relación jurídico procesal y jurídico sustancial de lo actuado.

En segundo lugar, la decisión del ad quem en el fallo de segunda instancia estaba regulada en materia de perjuicios por dos (2) aspectos basilares: (i) la prohibición de reforma peyorativa, según la cual el superior no podrá agravar la situación del procesado cuando se ha constituido en apelante único; y (ii) el principio de limitación, de acuerdo con el cual la competencia de la segunda instancia deberá extenderse a los asuntos impugnados y a aquellos vinculados que sean imposibles de escindir.

De ahí que, en este caso, no se presentó irregularidad alguna en relación con el tema de los daños y perjuicios, pues el fallo de primera instancia no sólo fue apelado por ANDRÉS CAMARGO ARDILA, MARÍA ELVIRA BOLAÑO VEGA y ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO

PIEDRAHITA, sino además por la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio Público y el IDU como parte civil, siendo este último el sujeto procesal que debatió la ausencia de condena en perjuicios y le pidió al Tribunal «revocar la decisión atacada [...], así como reparar el daño que producto de los ilícitos han generado a la administración pública en detrimento de sus arcas»<sup>155</sup>.

Y, en tercer lugar, el que la juez de primera instancia, con la convicción de que ésa era la decisión que correspondía en derecho, haya adoptado la postura de no condenar por daños y perjuicios, por cuanto se adelantaban otras acciones, de ninguna manera implicaba obligación alguna para el Tribunal de dejar de examinar la acreditación de los daños en el caso concreto si hallaba que los argumentos de la primera instancia no podían compartirse. Sería como afirmar que si el juez de primera instancia concluye en el ámbito jurídico penal que no hay una conducta atribuible al procesado (sino, por ejemplo, una fuerza mayor o un caso fortuito), el Tribunal de segunda al que le apelan por esta cuestión, aun cuando pretendiera revocarla, de manera alguna podría pronunciarse acerca de otras categorías como la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

En otras palabras, resolver acerca de la acreditación de perjuicios en segunda instancia era un tema vinculado de forma inescindible al de la necesidad de revocar la decisión de la juez a quo de no emitir un pronunciamiento en tal sentido.

2.2.3. Por otro lado, planteó el demandante como último cargo subsidiario que la motivación de la condena por daños era incompleta o deficiente, pues en ella el Tribunal no indicó las pruebas por las cuales acogió las pretensiones de la parte civil, reduciendo su análisis al límite de la indemnización que debía imponer.

Dicho criterio parte de un presupuesto contrario a la realidad de lo actuado. En efecto, no es cierto que en el fallo impugnado hubieran dejado de apreciarse los medios de prueba concernientes a la demostración del daño, ya que entendiéndose la motivación del ad

quem un todo dinámico y coherente entre los diferentes apartados que la integran, es obvio que las conclusiones fácticas según las cuales las fallas en la obra se evidenciaron desde el 1º de marzo de 2002<sup>156</sup>, y que éstas fueron valuadas en \$108.622'563.622 de acuerdo con los estimados del IDU y la Contraloría (lo que suscitó la condena en perjuicios por idéntico valor<sup>157</sup>), tienen sustento probatorio a lo largo del resto de las consideraciones obrantes en la providencia (folios 66-186<sup>158</sup>).

Adicionalmente, sugirió el profesional del derecho que el único delito que podía dar lugar a una condena en perjuicios era el de peculado culposo, conducta respecto de la cual operó el fenómeno de la prescripción, y de ninguna manera el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Esta postura no puede ser compartida por la Sala, pues la acción que se le imputó a ANDRÉS CAMARGO ARDILA para la realización de ambos comportamientos fue la misma, con la diferencia de que para efectos de la calificación del tipo del artículo 137 del Código Penal de 1980 se le incluyó un resultado material, consistente en el daño o pérdida de los bienes estatales que tenía bajo su cuidado, mientras que para la adecuación del artículo 146 se le atribuyó uno valorativo, es decir, la violación de los principios de la contratación administrativa.

Lo anterior implicaba que esa sola conducta desplegada por el procesado, además de encajar en las descripciones de dos delitos distintos, fue la que produjo los daños y perjuicios reconocidos por el ad quem, de suerte que la prescripción de la acción penal respecto de uno de los injustos no impedía la condena en perjuicios en relación con el otro, sobre todo cuando el deber de reparar proviene «del hecho investigado», según lo preceptuado en el inciso 1º del artículo 56 de la Ley 600 de 2000, y no de la índole de las imputaciones jurídicas de allí derivadas.

En consecuencia, el demandante no demostró anomalía procesal alguna en relación

con el tema de los perjuicios.

### 3. Demanda en representación de MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA

#### 3.1. Primer cargo. Violación directa

3.1.1. Cuando en sede de casación el censor formula la violación directa de la ley sustancial, la Corte ha sido enfática y reiterativa al indicar que a éste le asiste la obligación de demostrar que el Tribunal incurrió en un yerro en la selección o comprensión de la norma, bien sea porque no reconoció la llamada a regular el caso (falta de aplicación), o ajustó de manera incorrecta el supuesto fáctico a lo contemplado en otra disposición (aplicación indebida), o asignó al precepto elegido en forma adecuada un sentido o efecto contrario a su contenido (interpretación errónea).

Una censura en cualquiera de estas modalidades, por lo tanto, le impone a quien la postula el deber de aceptar no sólo la apreciación probatoria efectuada en el fallo objeto del recurso extraordinario sino también la situación fáctica que se declaró demostrada a raíz de tal valoración.

3.1.2. En el presente asunto, el apoderado de MARÍA ELVIRA BOLAÑO VEGA propuso la aplicación indebida del artículo 82 del Código Penal de 1980, porque, según él, las instancias no debieron reconocerle el incremento punitivo de la tercera parte para efectos de contabilizar el término de la prescripción en los delitos cometidos por servidores públicos, en la medida en que se trataba de una particular que nunca ejerció una función pública.

Sostuvo el recurrente en apoyo de su postura que la procesada desarrolló una actividad de utilidad pública, pero jamás una función pública, en la cual tenía como fin «realizar materialmente los cometidos propios del contrato»<sup>159</sup>; por lo tanto, «se obligó al cumplimiento de una función material»<sup>160</sup> y «nunca perdió su condición de

particular»<sup>161</sup>.

El profesional del derecho, sin embargo, no confrontó su criterio con el del Tribunal en la sentencia impugnada, según el cual MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA no sólo tenía el deber funcional de «coordinar todos los aspectos previos al inicio de las obras de Transmilenio, principalmente estudios y diseños»<sup>162</sup>, que fue la única circunstancia admitida por el actor, sino además «la elaboración del pliego de condiciones para el contrato de obra número 403 de 2002, al igual que calificar la idoneidad del diseño y estructurar la licitación»<sup>163</sup>, aspectos que no sólo estaban relacionados con la ejecución material del contrato del obra, sino igualmente con «la correcta planificación y el eficaz desarrollo del trámite precontractual»<sup>164</sup>. En palabras del ad quem:

Inicialmente debe referirse la Sala al objeto del contrato de prestación de servicios número 452 de 1999, celebrado entre el IDU y MARÍA ELVIRA BOLAÑO, con una vigencia de un año a partir del 26 de julio de 1999.

En las cláusulas del contrato se establece que a MARÍA ELVIRA le correspondían las siguientes actividades:

“...prestar servicios de asesoría técnica y administrativa a la Dirección Técnica de Construcciones para coordinar todos los aspectos previos al inicio de las obras de Transmilenio, principalmente estudios y diseños e interacción con las demás empresas relacionadas con dicho proyecto, de conformidad con la propuesta presentada el 23 de junio de 1999...”

De igual manera, conforme a la cláusula segunda del contrato en mención, tenía como obligaciones:

“1) Utilizar todos los conocimientos e idoneidad profesional en la asistencia y apoyo que

deba prestar al IDU. 2) Prestar colaboración para la diligente prestación del servicio al IDU. 3) Coordinar la entrega de los estudios del Proyecto Transmilenio contratados por la Secretaría de Tránsito, revisando que el producto final entregado sea el requerido por la entidad para adelantar el proceso licitatorio de construcción. 4) Establecer y regular los canales de comunicación necesarios entre los diferentes contratistas que tienen relación con el Proyecto Transmilenio y los otros proyectos que se adelanten en la entidad. 5) Establecer y regular los canales de comunicación necesarios entre las diferentes empresas o entidades distritales (DAPD, EAAB, EEB, ETB, DAMA, etc.) y el IDU, para tratar todos los temas referentes al Proyecto Transmilenio, para impulsar los procesos de contratación de obras. 7) Evaluar los presupuestos de los trabajos. 8) Elaborar las condiciones particulares de los términos de referencia o pliegos de condiciones de las obras que se planean ejecutar. 9) Evaluar y hacer seguimiento a los cronogramas de trabajo del Proyecto, aportando de manera oportuna las soluciones necesarias en los casos donde se detecten fallas para su cumplimiento. 10) Todas aquellas que se le asignen o deriven del cumplimiento de lo pactado”.

Ahora bien, como quiera que el contrato de prestación de servicios suscrito entre el IDU y la señora MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA se rige por la Ley 80 de 1993, es claro que para todos los efectos se ha de aplicar la normatividad establecida en el precitado estatuto, en el que, conforme a su artículo 2º, que define la naturaleza de las entidades, de las personas que se vinculan y de los servicios públicos que se prestan, establece en su numeral 2º literal a) que se denominan servidores públicos las personas naturales que prestan servicios dependientes de los organismos y entidades de que trata este artículo, ubicándose en el numeral 1º literal a) de esta norma el Distrito Capital.

De acuerdo a lo anterior, para la Sala la señora MARÍA ELVIRA BOLAÑO VEGA, en razón de la dependencia, pero también por la naturaleza de las funciones cumplidas consistentes en la asesoría administrativa y técnica, así como las de coordinar todos los aspectos relacionados con las obras de Transmilenio, como fue el estudio de proyectos y los



diseños requeridos para la puesta en marcha de las mismas, entre ellas una de gran trascendencia en esta actuación, cual es el proceso licitatorio, lo relacionado con el manejo de los pliegos de condiciones y desarrollo integral de los estudios y diseños definitivos del Proyecto, ha de concluirse fundadamente que ostentó la calidad de servidora pública, pues de acuerdo con las funciones que le fueron conferidas a través de contrato de prestación de servicios número 452 de 1999, tenía la obligación de “coordinar todos los aspectos previos al inicio de las obras de Transmilenio, principalmente estudios y diseños”, así como la puesta en marcha de las obras.

En conclusión, no puede afirmarse, como lo pretende el abogado de la defensa, que por el hecho de haber sido vinculada por un contrato de prestación de servicios la procesada no tenía la calidad de servidora pública, sino la de un particular vinculado a un servicio público, ya que lo trascendente es que en el contrato de prestación de servicios las funciones que se le atribuyeron eran de una connotada naturaleza pública, pues ejercía las funciones propias del IDU en las diferentes fases del contrato 403 de 2000.

Así las cosas, resulta claro que MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA desempeñó funciones públicas, si por tales se entiende “el conjunto de actividades que realiza el Estado a través de sus órganos de poder público, de los órganos autónomos e independientes y de las demás entidades o agencias públicas, en procura de realizar los fines que son inherentes a su razón de ser”, de acuerdo con lo cual estima la Sala que se cumplen las exigencias señaladas por el legislador y la jurisprudencia para que se tenga como servidora pública.

Adicionalmente, frente a los argumentos esgrimidos por el apelante al cuestionar la responsabilidad de su representada en los hechos objeto de juzgamiento, se tiene que en ejercicio de las funciones que le fueron encomendadas tuvo a su cargo la elaboración del pliego de condiciones para el contrato de obra número 403 de 2000, al igual que calificar la idoneidad del diseño y estructurar la licitación, lo que implica que de su labor

dependía la correcta planificación y el eficaz desarrollo del trámite precontractual, lo que garantizaría una etapa de ejecución ajustada a los parámetros previamente establecidos, como se analizará seguidamente<sup>165</sup>.

Tampoco tuvo en cuenta el demandante que entre los deberes funcionales adelantados por el Director del IDU se hallaban, según el Tribunal, los de «[d]irigir, coordinar y controlar las funciones administrativas y técnicas de los proyectos del Instituto», tal como lo prescribía el numeral 7 de la Resolución 2069 de 2000 citado en precedencia (2.1.2, (i)).

Ello implicaba que las funciones que le fueron asignadas a la contratista eran de naturaleza eminentemente pública, en la medida en que tuvo como responsabilidad la preparación de todos los asuntos de orden técnico indispensables para las obras de Transmilenio, incluido lo relacionado con el pliego de condiciones, aspectos de tanta importancia que su control, coordinación y supervisión se hallaban a cargo de ANDRÉS CAMARGO ARDILA, cuya calidad de servidor público nadie discute. No se trataba, entonces, de una simple ejecutora material, como lo sostuvo el recurrente, sino de un elemento clave para planificar y concretar proyectos esenciales para los cometidos de la institución.

El discurso del demandante, por lo tanto, fue parcial y descontextualizado, sin que fuera más allá de la transcripción de fallos como CSJ SP, 13 mar. 2006, rad. 24833, en el cual, sin embargo, la Corte advirtió que «se hace necesario establecer, en cada evento, si las funciones que debe prestar el particular por razón del acuerdo o de la contratación consisten en desarrollar funciones públicas o simplemente se limita a realizar un acto material en el cual no se involucra la función pública propia del Estado»:

Por ello, si el objeto del contrato administrativo no tiene como finalidad transferir funciones públicas al contratista, sino la de conseguir la ejecución práctica del

objeto contractual, con el fin de realizar materialmente los cometidos propios del Estado, necesario es concluir que la investidura de servidor público no cobija al particular.

En otras palabras, en este evento, se repite, el contratista se constituye en un colaborador de la entidad estatal con la que celebra el contrato administrativo para la realización de actividades que propenden por la utilidad pública, pero no en calidad de delegatario o depositario de sus funciones. Contrarios sería cuando, por virtud del contrato, el particular adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, actividades éstas que necesariamente llevan al traslado de la función pública y, por lo mismo, el particular adquiere, transitoria o permanentemente, según el caso, la calidad de servidor público<sup>166</sup>.

En este orden de ideas, la condición pública de los deberes funcionales desplegados por la particular dependía de las circunstancias concretas del caso y no de abstracciones, aseveraciones genéricas o transcripciones referidas a otros asuntos, como ocurrió en este evento, que no consultaban la realidad de lo actuado ni de lo decidido.

El reproche, en consecuencia, carece de fundamentos.

### 3.2. Cargos dos, tres, cuatro, cinco y seis. Errores de hecho

3.2.1. El recurrente, en los reproches restantes, planteó varios falsos juicios de existencia por omisión, al igual que un falso juicio de identidad por distorsión y un falso raciocinio por desconocimiento de los principios de la lógica.

El censor, sin embargo, cometió numerosos equívocos al formularlos. En primer lugar, adujo que las instancias habían dejado de apreciar por completo las declaraciones de Carlos Iván Gutiérrez Guevara (segundo, tercer y sexto cargo), Gloria Eugenia Molina Parra y Jaime Dudley Pío Bateman Durán (tercer cargo). Pero, tal como lo precisó la Sala

en precedencia (2.1.2, (ii)), estos medios de conocimiento sí fueron tenidos en cuenta por los juzgadores. Y no sólo eso, sino que sucedió otro tanto con el contenido material de lo relatado por Diego Antonio Jaramillo Porto, que igualmente abordó como falso juicio de existencia por omisión pese a haber sido valorado en las decisiones de primer y segundo grado (folios 90-96 del fallo del a quo<sup>167</sup> y 74-76, así como 141-143, de la sentencia del ad quem<sup>168</sup>).

En segundo lugar, aludió a otro falso juicio de existencia por omisión respecto de la definición de la situación jurídica proferida por la Fiscalía durante la instrucción. Olvidó el profesional del derecho que todo fáctico se predica de las pruebas y de la apreciación que en tal sentido efectúa el juez en el fallo, no de las opiniones que en etapas anteriores hayan emitido quienes conocieron de la actuación procesal.

De ahí que, cuando el profesional manifestó al respecto que «esta prueba es muy importante y no se entiende por qué no es tomada en cuenta en ninguna de las sentencias»<sup>169</sup>, la solución a tal reclamo era muy sencilla, pues ni siquiera se trataba de un medio de conocimiento, sino de una pieza procesal, y por lo tanto no hubo pretermisión por parte de las instancias.

En tercer lugar, el falso juicio de identidad que formuló en el cuarto reproche, respecto de la declaración de Alberto José Otoy Villegas, ni siquiera tiene la calidad de tal, ya que en lugar de establecer una tergiversación, supresión o adición del contenido material de este medio de prueba, se limitó a afirmar que a partir del listado de cantidades de obra (es decir, de otro elemento de convicción) el Tribunal debió llegar a una conclusión fáctica distinta a la enunciada.

Y, por último, como no planteó reproches principales ni subsidiarios, los cargos cuarto, quinto y sexto terminan siendo excluyentes, en la medida en que en dos de ellos adujo que la obligación de utilizar material de relleno fluido en 30 kg/cm<sup>2</sup> de

resistencia no provenía del listado de materiales de obra, mientras que en el otro admitió tal circunstancia como cierta, con la única adición de que a partir de ella no podía deducirse el ingrediente subjetivo del tipo distinto al dolo.

3.2.2. En cualquier caso, los problemas jurídicos que propuso el demandante en cada uno de los cargos devienen en inanes por su absoluta falta de trascendencia.

En efecto, el Tribunal, en el fallo impugnado, condenó a MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA después de concluir lo siguiente:

(i) Ella «dispuso intencionalmente la inclusión del material Rf en una resistencia de 30 kg/cm<sup>2</sup> en el listado de cantidades de obra, basada en el bajo costo del mismo en comparación con otros de igual referencia, documento que ciertamente hace parte integral del pliego de condiciones»<sup>170</sup>.

(ii) Aunque en el plan de manejo de tráfico realizado por el consorcio Civiltec se establecieron dos alternativas para nivelar la vía (concreto asfáltico o relleno fluido), «aprovechó esta situación para introducir el relleno fluido en la baja resistencia en que fue implementado, en beneficio de Asocreto como entidad promotora del uso del mismo, cuando el Rf se contemplaba sólo para determinados sitios con “ondulaciones grandes”»<sup>171</sup>.

(iii) Participó «en la elaboración del adendo número 1 del contrato 403 de 2000 [...] como asesora de la Dirección Técnica de Construcciones para prever los aspectos técnicos que conllevaba la modificación del presupuesto [...], lo que lleva a inferir que fue esa la razón por la cual se mantuvo la resistencia del Rf en 30 kg/cm<sup>2</sup>»<sup>172</sup>.

(iv) Finalmente, realizó «la licitación con base en unos diseños incompletos y colmados de inexactitudes, que finalmente derivaron en los resultados ampliamente conocidos»<sup>173</sup>.

El demandante, por su parte, antepuso a la postura del ad quem las siguientes explicaciones:

- a. Como podía imponérsele al constructor la obligación de complementar los diseños, éstos no podían considerarse errados (segundo cargo).
- b. En el pliego de condiciones no se indicaba que el material relleno fluido que debía utilizarse para nivelar las vías de la autopista norte era el de 30 kg/cm<sup>2</sup> de resistencia (tercer cargo).
- c. En el listado de materiales y cantidades de obra tampoco se preceptuaba que el material de relleno era el de 30 kg/cm<sup>2</sup> (cuarto cargo).
- d. A pesar de que en el listado de materiales se incluía la utilización de relleno fluido en 30 kg/cm<sup>2</sup>, de lo anterior no se podía inferir que la intención de la procesada era favorecer los intereses de Asocreto (quinto cargo).
- e. La decisión de nivelar la autopista con relleno fluido en resistencia de 30 kg/cm<sup>2</sup> se adoptó mediante acta número 4 del 28 de junio de 2000, en la que no tuvo participación MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA (sexto cargo).

En este orden de ideas, salta a la vista que incluso en el evento de aceptar como demostradas las aserciones fácticas traídas a colación por el recurrente, éstas carecerían de la vocación de derruir todas las conclusiones que bajo su propia óptica plasmó el Tribunal en la sentencia impugnada y que condujeron a declarar a la procesada penalmente responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Nótese, por ejemplo, que las posturas defendidas en los cargos tercero, cuarto y sexto tan solo estaban orientadas a desvirtuar el argumento conforme al cual MARÍA ELVIRA BOLAÑO VEGA determinó la utilización de relleno fluido en resistencia de 30 kg/cm<sup>2</sup>; y

la del segundo cargo, al criterio en virtud del cual los diseños se presentaron en forma errada e incompleta. Lo anterior dejaba incólumes las proposiciones relacionadas con su participación en la elaboración del pliego de condiciones y en la adición número 1 al contrato 403 de 2000, circunstancias igualmente esenciales para efectos de la decisión proferida.

En cuanto al quinto reproche, concerniente a la prueba con la que se infirió el propósito de obtener un provecho ilícito para un tercero, su intrascendencia es evidente, dadas las razones que acerca de la demostración de dicho ingrediente subjetivo expuso la Sala en acápites anteriores (2.1.2., (iii)).

Los cargos, en consecuencia, carecen de relevancia.

#### 4. Demanda en nombre de ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA

4.1. El recurrente planteó dos (2) reproches, uno por nulidad y el otro por violación del principio de consonancia entre acusación y sentencia, debido a que, en la imputación jurídica formulada en el pliego de cargos, no se especificó si la conducta de ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA consistió en tramitar, celebrar o liquidar, que son los verbos rectores previstos en el artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980.

El demandante, sin embargo, no probó que esa aparente irregularidad fuese trascendente. En el cargo por nulidad, sostuvo que la anterior situación habría vulnerado el derecho de defensa del procesado, pues «sólo a partir del conocimiento de los ámbitos y alcances exactos de la acusación»<sup>174</sup> podía ejercitarlo. Y, en el reproche por incongruencia, señaló que el menoscabo al principio era evidente por la sola ausencia de consonancia entre lo que no se le atribuyó y la modalidad por la que a la postre hubiere sido condenado.

Ninguno de tales argumentos es convincente. Por un lado, a partir de la lectura de la

resolución de acusación, es claro que a ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA de ninguna manera se le vulneró el derecho de defensa, por cuanto la imputación tanto fáctica como jurídica obrante en dicha pieza procesal no dio lugar a equívocos ni a diferentes interpretaciones. En palabras del funcionario acusador de primera instancia:

Teniendo en cuenta que el ingreso del sindicado al IDU lo fue el 25 de marzo de 1998, hasta el 11 de febrero de 2001, tenemos que su permanencia en el IDU abarcó el periodo precontractual de celebración y parte del periodo de ejecución del contrato de construcción 403 de 2000 y, en tal sentido, con base en sus funciones, se le atribuye el hecho de permitir que sin justificación técnica se modificaran los diseños entregados a la firma Steer Davies & Gleave, los cuales fueron la base técnica de los Pliegos de Condiciones Técnicas para la Licitación Pública IDU-LP-GPTN-002-2000 de febrero de 2000, cuyo objeto fue la contratación para la rehabilitación de las calzadas centrales de tráfico mixto y adecuación para la operación de Transmilenio en la autopista Norte, de Los Héroes a la calle 26.

Lo anterior, por cuanto en los planos de diseño para ampliación de bermas, es decir, carriles nuevos, se especificó una capa de 15 cm. de espesor de relleno fluido, con resistencia de  $F_c = 60 \text{ kg/cm}^2$ , lo cual fue modificado en el pliego de condiciones, indicando el uso para los carriles 1 y 8. Dicha modificación fue confirmada en el adendo número 1 de la licitación pública.

Como consecuencia del cambio de diseño inicial, es decir, reemplazar la base de material asfáltico (combinación entre fresado de los puntos altos y bacheo con material de base asfáltica) por relleno fluido  $F_c = 30 \text{ kg/cm}^2$ , se presentaron daños en un alto número de losas, debido a problemas de bombeo, por la baja resistencia, impermeabilidad y erodabilidad de este material.

[...] Con base en lo anterior, la conclusión es que el sindicado ÓSCAR HERNANDO



SOLÓRZANO PIEDRAHITA incurrió en la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales contenido en el artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980, puesto que claramente se evidencia la existencia de un estudio previo contratado por el FONDATT con la firma Steer Davies & Gleave, que estableció los diseños geométricos y de pavimentos, su estructura, presupuesto y programa de construcción estimado, en el que se especifica hasta la clase de material y cantidad a invertir en la autopista Norte para la adecuación del sistema Transmilenio. Estudio que no fue tenido en cuenta en su totalidad por el pliego de condiciones de la obra pública de Transmilenio, sin ninguna prueba que establezca que su cambio obedeció a estudios posteriores y serios (folios 135 a 147 del cuaderno de anexo II). Así, pues, se varió la especificación del relleno fluido establecido en el estudio en comento de  $F_c = 60 \text{ kg/cm}^2$  a  $F_c = 30 \text{ kg/cm}^2$ , de una parte, y omitiendo la especificación de los lugares a los cuales debía ser aplicado, en tanto que en el estudio se indicaba el uso para los carriles 1 y 8.

Adicionalmente, se vislumbra de la actuación que el proceso de licitación se llevó a cabo con un estudio de diseños inconcluso, habiendo sido imperioso su perfeccionamiento para luego proceder a la apertura de la licitación; a contrario sensu, se conculcó el principio de planeación y legalidad esencial del contrato, como que con anterioridad a la apertura del procedimiento de selección objetiva o de la firma del contrato se debió agotar la elaboración de los estudios, diseños y proyectos requeridos para el logro del cometido contractual ajustado al principio de planeación<sup>175</sup>.

Y de acuerdo con el Fiscal ad quem:

El procesado incurrió en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, porque existía un estudio previo contratado por FONDATT con la firma Steer Davies & Gleave que estableció los diseños geométricos y de pavimentos, su estructura, presupuesto y programa de construcción estimado, en el que se especificaba hasta la clase de material y cantidad a invertir en la autopista Norte para la adecuación del sistema

Transmilenio.

El estudio no fue tenido en cuenta en su totalidad por el pliego de condiciones de la obra pública, sin ninguna prueba que establezca que el cambio obedeció a estudios posteriores y serios. Se varió la especificación de los lugares a los cuales debía aplicarse, mientras que en el estudio se indicaba el uso para los carriles 1 y 8.

El proceso de licitación se tramitó con un estudio inconcluso de diseños, siendo imperioso su perfeccionamiento para proceder a la apertura de la licitación<sup>176</sup>.

En este orden de ideas, lo que propuso el demandante fue, en últimas, una discusión semántica inane, en el sentido de dilucidar si expresiones como «abarcó el periodo precontractual de celebración y parte del periodo de ejecución del contrato de construcción 403 de 2000» podían ajustarse a cualquiera de los verbos rectores ('tramitar', 'celebrar' o 'liquidar'), cuando lo verdaderamente importante en este asunto radicó en que le fue especificado no solo el comportamiento fáctico por él desplegado sino además los principios de contratación estatal que a raíz de dicha conducta conculcó. Es decir, en la medida en que ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA tuvo a lo largo de la actuación procesal la oportunidad de conocer, controvertir y refutar tales señalamientos de índole fáctica y jurídica, no se le desconoció el derecho de defensa.

Tampoco hubo una ausencia de consonancia entre la atribución de la Fiscalía y la decisión condenatoria de los fallos de instancia, pues fue por idéntica acción, tipo y pena por los que ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA resultó en últimas condenado. En palabras del Tribunal:

Sobre este punto, ha quedado claro cuáles eran las funciones del señor SOLÓRZANO PIEDRAHITA, las que incluían, como repetidamente se ha dicho, dirigir, coordinar y supervisar a los funcionarios pertenecientes a su dependencia, e, igualmente, coordinar el

desarrollo de la preparación de la información técnica para la elaboración de los términos de referencia, pliegos de condiciones y guías y requisitos básicos para la contratación tanto de estudios y diseños como de construcción e interventorías respectivas, y responder por el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Instituto a los contratistas e interventores en los aspectos relacionados con los estudios y diseños y la ejecución de las obras, de suerte que la elaboración del pliego de condiciones en cabeza de MARÍA ELVIRA BOLAÑO VEGA y Jorge Ordóñez Caicedo no estaba fuera de su órbita funcional, ni tampoco las decisiones adoptadas en el comité de obra, pues es claro que éste [sic] último lo enteraba de lo sucedido, situación que desvirtúa la alegación del defensor.

[...] [P]ara esta Sala no existe duda de que los diseños estaban incompletos y se debió imponer a SD&G entregarlos en condiciones idóneas para ser sometidos a la licitación y posterior ejecución, dados los deberes asumidos por dicha entidad en virtud del contrato de consultoría BIRF-4021 del 4 de diciembre de 1998.

Dicha responsabilidad, sin duda, recae en ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA como Director Técnico de Construcciones, a quien funcionalmente le estaba atribuido, de conformidad con los numerales 3, 8 y 14 del Manual de Funciones del IDU, según resoluciones 2069 y 8556, además de “dirigir, coordinar y supervisar a los funcionarios pertenecientes a su dependencia”, también “coordinar el desarrollo de la preparación de la información técnica para la elaboración de los términos de referencia, pliegos de condiciones y guías y requisitos básicos para la contratación tanto de estudios y diseños como de construcción e interventorías respectivas” y “responder por el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Instituto a los contratistas e interventores en los aspectos relacionados con los estudios y diseños y la ejecución de las obras”, de suerte que carecen de fundamento las alegaciones con las cuales el apelante pretende desconocer el compromiso de su representado en las omisiones aludidas.

[...] [N]o se puede alegar que el pliego de condiciones era transparente, pues si bien, ante cualquier duda, el contratista estaba obligado a remitirse al diseño original, lo cierto es que los documentos que hacían parte integral del pliego, como lo son el listado de cantidades de obra y el plan de manejo de tráfico, de un lado, lo modificaron sustancialmente y, de otro, denotaron ambigüedades frente al material de renivelación, lo que aunado a las deficiencias de los diseños permite concluir sin duda que el pliego y los documentos contractuales eran evidentemente confusos y ello influyó en la ejecución y los lamentables resultados de la obra.

Tampoco es posible aceptar que el ingeniero ÓSCAR SOLÓRZANO PIEDRAHITA, como Director Técnico de Construcciones, no estuvo al tanto de la elaboración del pliego de condiciones, pues como quedó establecido era el superior inmediato de MARÍA ELVIRA BOLAÑO, quien le rendía informes sobre el proceso licitatorio, entonces, no comparte la Sala el argumento de la defensa, en el sentido de que desconocía los detalles, máxime cuando fue el mismo Director General del IDU, ANDRÉS CAMARGO ARDILA, quien lo señaló como el responsable del Proyecto Transmilenio, lo que significa que no es dable eludir la responsabilidad que funcionalmente le estaba atribuida en la Subdirección de Licitaciones y Concursos, oficina que aprobó el pliego, previa remisión de la Dirección Técnica de Construcciones.

[...] ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA tenía a su cargo, entre otros asuntos, la supervisión del Proyecto Transmilenio, de suerte que era responsable y por ello conocía que los diseños de SD&G tenían falencias, por lo que ciertamente correspondía al contratista su complementación, como en efecto se acordó; sin embargo, permitió que la Subdirección de Licitaciones y Concursos, dependencia directa de la Dirección Técnica Legal, modificara el numeral 1.22.2 del Adendo número 1 del 20 de marzo de 2000, que en palabras de la señora MARÍA ELVIRA BOLAÑO VEGA pasó de señalar que “el contratista deberá realizar los diseños que se requieran para la dotación de las estaciones (paraderos) de servicios públicos” a “será responsabilidad del

contratista la dotación de las estaciones (paraderos) de servicios públicos señalados, de acuerdo con las investigaciones y trabajos que deba realizar para tal efecto”.

Igualmente, frente a la cláusula original “adicionalmente el contratista seleccionado tendrá la posibilidad de evaluar, verificar y complementar la información que tenga disponible y que pueda estar...”, en el adendo quedó: “adicionalmente el contratista seleccionado tendrá la responsabilidad de evaluar y verificar la información que tenga disponible y que pueda estar...”.

De lo anterior se infiere, como quedó demostrado, que ÓSCAR SOLÓRZANO, a quien le estaba atribuido, velar por la correcta ejecución de las obras de la autopista Norte, permitió que se introdujera las aludidas modificaciones sin ningún tipo de justificación técnica [...]

[...] [C]on ello se demuestra que SOLÓRZANO PIEDRAHITA ostenta responsabilidad en la conducta punible que se le atribuye<sup>177</sup>.

Como la aludida violación del principio de consonancia no puede ser por la incongruencia misma, sino que ello debe conducir a un daño concreto en la situación jurídica de quien lo propone, los cargos que el demandante planteó en tales sentidos carecen tanto de fundamentos como de relevancia.

4.2. Finalmente, propuso el profesional del derecho la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 122 de la [Constitución Política](#) y ausencia de aplicación del cuerpo segundo del artículo 146 del Código Penal de 1980, puesto que las instancias condenaron a los procesados a la inhabilidad intemporal prevista en la Carta cuando entre otras razones se afecta el patrimonio del Estado y no a la interdicción que como sanción principal contempla el tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

El único argumento empleado por el censor en apoyo de tal postura radicó en señalar que la única conducta que debió suscitar la sanción intemporal de la Constitución era la del delito de peculado culposo, cuya acción penal fue declarada prescrita por la segunda instancia.

Dicha postura es insostenible, dadas las razones que expuso la Corte en párrafos precedentes (2.2.3), de acuerdo con las cuales el daño lo origina la conducta investigada, sin que sea relevante que el tipo imputado contemple igualmente el perjuicio patrimonial como elemento indispensable para su configuración, de suerte que si el mismo comportamiento se le imputó a ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA como un delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, debido a la violación de los principios de contratación administrativa, y a la vez como uno de peculado, en razón del provecho ilícito que en efecto creó a favor de terceros, ello no significa que, a falta de este último, deba dejar de predicarse que la primera vulneración ya no es fuente del menoscabo a las arcas estatales.

El demandante incluso reconoció esta circunstancia cuando en su escrito aseveró que «si en la contratación se hubieran observado los requisitos legales esenciales, no habría habido daño patrimonial para la administración»<sup>178</sup>. Es decir, si no se hubiera incurrido en la conducta punible del artículo 146 del anterior Código Penal, no se habría causado el daño patrimonial al Estado.

Adicionalmente, la Sala, en fallos como CSJ SP, 19 jun. 2013, rad. 36511, ha precisado que la inhabilidad intemporal del artículo 122 de la [Constitución Política](#), modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo de 2009, (i) debe imponerse en todos los casos en los cuales el delito haya ocasionado la afectación de bienes estatales; (ii) opera de pleno derecho, sin necesidad de pronunciamiento judicial; y (iii) la imposición simultánea de las sanciones de inhabilidad constitucional y legal no vulnera el principio de no volver dos veces sobre lo mismo.

De acuerdo con la Corte:

La finalidad de la inhabilidad constitucional, según los términos de la disposición vigente, es la de impedir que quienes sean condenados en cualquier tiempo por delitos contra el patrimonio estatal, de lesa humanidad o relacionados con el tráfico de estupefacientes o con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, puedan inscribirse o resultar elegidos en cargos de elección popular, ser designados servidores públicos o contratar con el Estado directamente o por interpuesta persona.

No es parte de la prohibición constitucional, en consecuencia, el ejercicio de los derechos políticos, cuya noción abarca un contenido mayor al del simple desempeño de funciones públicas, según lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-652/03 atrás mencionada y lo comparte esta Sala de Casación.

[...] La Sala, pues, en completo acuerdo con la jurisprudencia constitucional y clara en cuanto a los contenidos de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas regulada en el artículo 44 del Código Penal y de la sanción intemporal consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política, concluye:

En todos los casos de condena por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado, [...] se debe imponer la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término previsto en el Código Penal.

Es deseable en la sentencia, a la vez, imponer la sanción permanente del artículo 122, inciso 5º, de la Constitución. Pero si no se hace, es una omisión intrascendente porque, de todas formas, como lo ha reiterado la Sala, la medida opera de pleno derecho.

La imposición simultánea de las inhabilidades temporal e intemporal no quebranta el

principio non bis in ídem. Y sea que la regulada en la norma constitucional se fije exactamente en la sentencia o no, se entenderá que en los casos aquí considerados el condenado queda privado a perpetuidad de los derechos a inscribirse como candidato a cargos de elección popular, a ser elegido o designado como servidor público y a contratar con el Estado directamente o por interpuesta persona. Y temporalmente, por el término establecido en el fallo, queda privado de la facultad de elegir, del ejercicio de cualquier otro derecho político (menos al de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos -art. 40-7 de la Constitución-, pues su prohibición es intemporal) y el de recibir las dignidades y honores que confieran las entidades estatales, que naturalmente no comporten el ejercicio de una función pública<sup>179</sup>.

En este orden de ideas, el abogado no sólo ha solicitado que se deje de aplicar una sanción prevista en la Constitución Política que opera de pleno derecho, sino además ha pedido que se le reconozca a su protegido, en detrimento de sus intereses, una inhabilidad, la del artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980, que no equivale a la anterior y las instancias ni siquiera le impusieron.

El cargo, por consiguiente, carece de interés y sustento.

## 5. Decisión y cuestión final

5.1. De conformidad con lo hasta ahora analizado, como los planteamientos de los apoderados no son suficientes para establecer algún error de trámite o de juicio trascendente, la Sala no admitirá las demandas.

5.2. Adicionalmente, tras estudiar la actuación, la Corte tampoco advierte violación alguna de los derechos y garantías a nombre de los sujetos procesales.

A este respecto, si bien es cierto que al revisar el proceso a raíz de una solicitud del



Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá no fueron encontrados dentro de la actuación los registros de audio correspondientes a (i) «las sesiones de audiencia pública que comprenden la variación de la calificación jurídica del procesado Alberto José Otoy Villegas (no recurrente en este asunto) de 18 de enero y 30 de marzo de 2012»<sup>180</sup>, (ii) «las audiencias que contienen los alegatos de conclusión de los sujetos procesales de 15, 16, 17, 21, 22, 23, 27, 28, 29 y 30 de agosto de 2012»<sup>181</sup> y (iii) «la audiencia de incidente de objeción por error grave contra el dictamen pericial del ingeniero Álvaro Corrales de 29 de marzo de 2012», tal como se especificó en el auto del pasado 9 de mayo de 2014, también lo es que la ausencia de dichas piezas procesales no tuvo incidencia alguna para efectos de la decisión adoptada, en la medida en que no fueron objeto de debate por los recurrentes, ni fueron problematizados por las instancias, ni de esta circunstancia podría predicarse, por sí sola, vulneración alguna del debido proceso.

En cualquier caso, la Sala dispondrá remitir copias de esta actuación para determinar si hay mérito para investigar disciplinaria o penalmente a los servidores judiciales que se establezca tuvieron responsabilidad en el extravío parcial de las diligencias.

Por otro lado, la Sala encuentra que el Tribunal, en la época en que profirió el fallo de segundo grado (30 de agosto de 2013), cometió un error al declarar la prescripción por el delito de peculado culposo. Lo anterior, por cuanto el cuerpo colegiado tomó como fecha de ejecutoria de la acusación el 11 de diciembre de 2006, es decir, cuando se firmó la segunda instancia, siendo que dicha providencia sólo adquirió firmeza cuando se agotó el trámite de su notificación, esto es, el 5 de marzo del año siguiente, pues el Fiscal Delegado revocó una preclusión de la investigación y, en su lugar, llamó a juicio a José Miguel Paz Viveros y Diego Antonio Jaramillo Porto por la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. La acción penal, por lo tanto, no había prescrito el 11 de junio de 2013, como lo había deducido el ad quem.

La anterior circunstancia, no obstante, carece de toda trascendencia, en la medida en que el término de prescripción para la etapa del juicio (de seis -6- años y ocho -8- meses para los servidores públicos y los particulares que ejercían funciones públicas) se agotó en este asunto el 5 de noviembre de 2013, esto es, antes de que las diligencias fueran remitidas a la Corte el 18 de diciembre del año pasado.

En consecuencia, ningún pronunciamiento oficioso hará la Corte contra la sentencia dictada por el juez plural.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

### RESUELVE

Primero. No admitir las demandas de casación de los apoderados de ANDRÉS CAMARGO ARDILA, MARÍA ELVIRA DE LA MILAGROSA BOLAÑO VEGA y ÓSCAR HERNANDO SOLÓRZANO PIEDRAHITA contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 30 de agosto de 2013, que los declaró responsables por la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos penales y, además, declaró la prescripción de la acción penal por el delito de peculado culposo, pese a que el término respectivo únicamente se venció el 5 de noviembre de 2013, y no el 11 de junio de ese año, como se anunció en la providencia.

Segundo. Remitir las copias anunciadas en el numeral 5.2 de la parte motiva de este proveído.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Presidente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folios 453-454 del cuaderno del juicio.

2 Reverso del artículo 192 del cuaderno de segunda instancia de la Fiscalía. La resolución por edicto ocurrió el 28 de febrero de 2007.

3 Folio 72 del cuaderno II del Tribunal.

4 Folio 186 del cuaderno III del Tribunal.

5 Folio 190 ibídem.

6 Folio 191 ibídem.

7 Folio 143 ibídem.

8 Ibídem.

9 Ibídem.

10 Ibídem.

11 Folios 197-198 ibídem.

12 Ibídem.

13 Folio 201 ibídem.

14 Ibídem.

15 Folio 202 ibídem.

16 Ibídem.

17 Ibídem.

18 Folio 205 ibídem.

19 Ibídem.

20 Folio 212 ibídem.

21 Ibídem.

22 Ibídem.

23 Folio 213 ibídem.

24 Folio 218 ibídem.

25 Ibídem.

26 Folio 221 ibídem.

27 Ibídem.

28 Folio 222 ibídem.

29 Folio 224 ibídem.

30 Folio 225 ibídem.

31 Folio 227 ibídem.

32 Folio 229 ibídem.

33 Folio 230 ibídem.

34 Folio 234 ibídem.

35 Ibídem.

36 Folio 235 ibídem.

37 Ibídem.

38 Folio 237 ibídem.

39 Folio 237 ibídem.

40 Folio 230 ibídem.

41 Folio 241 ibídem.

42 Ibídem.

43 Folio 242 ibídem.

44 Folio 243 ibídem.

45 Folio 344 ibídem.

46 Folio 244-245 ibídem.

47 Folio 246 ibídem.

48 Folio 247 ibídem.

49 Ibídem.

50 Ibídem.

51 Folios 249- 250 ibídem.

52 Folio 250 ibídem.

53 Folio 263 ibídem.

54 Folio 266 ibídem.

55 Folio 267 ibídem.

56 Ibídem.

57 Folio 269 ibídem.

58 Ibídem.

59 Folio 271 ibídem.

60 Folio 272 ibídem.

61 Folio 278 ibídem.

62 Ibídem.

63 Folio 279 ibídem.

64 Ibídem.

65 Folio 281 ibídem.

66 Folio 283 ibídem.

67 Folio 285 ibídem.

68 Folio 289 ibídem.

69 Folio 291 ibídem.

70 Folio 292 ibídem.

71 Folio 295 ibídem.

72 Folio 296 ibídem.

73 Folio 300 ibídem.

74 Folio 301 ibídem.

75 Ibídem.

76 Folio 305 ibídem.

77 Folio 306 ibídem.

78 Folio 307 ibídem.

79 Folio 311 ibídem.

80 Folio 312 ibídem.

81 Ibídem.

82 Folio 313 ibídem.

83 Folio 70 ibídem.

84 Ibídem.

85 Folio 74 ibídem.

86 Ibídem.

87 Ibídem.



88 Ibídem.

89 Folio 89 ibídem.

90 Folio 144 ibídem.

91 Folio 148 ibídem.

92 Folios 148-149 ibídem.

93 Folios 157-158 ibídem.

94 Folio 158 ibídem.

95 Ibídem.

96 Folio 162 ibídem.

97 Folio 160 ibídem.

98 Ibídem.

99 Folio 163 ibídem.

100 Folio 164 ibídem.

101 Folio 164 ibídem.

102 Folio 12 ibídem.

103 Folio 16 ibídem.

104 Ibídem.

105 Folio 18 ibídem.

106 Folio 19 ibídem.

107 Folio 27 ibídem.

108 Ibídem.

109 Folio 17 ibídem.

110 Folio 27 ibídem.

111 Folio 164 del cuaderno II del Tribunal.

112 Folios 164-165 ibídem.

113 Folio 193 del cuaderno III del Tribunal.

114 Folio 164 del cuaderno II del Tribunal.

115 Folio 196 del cuaderno III del Tribunal.

116 Folio 198 ibídem.

117 Folio 205 ibídem.

118 Ibídem.

119 Folios 248-249 del cuaderno XXVI de la actuación principal.

120 Folio 132, 170-171 del cuaderno II de la actuación principal.

121 Folios 9-10 del cuaderno XXVII de la actuación principal.

122 Folios 249-250 del cuaderno XXVI de la actuación principal.

123 Folios 273-278 ibídem.

124 Folios 3-5 del cuaderno XXVII de la actuación principal.

125 Folio 166 del cuaderno II del Tribunal.

126 CSJ SP, 8 nov. 2008, rad. 18029.

127 Folio 22 del cuaderno XXVII de la actuación principal.

128 Folios 285-294 del cuaderno XXVI de la actuación principal.

129 Folios 10-16 del cuaderno XXVII de la actuación principal.

130 Folios 31-32 del cuaderno XXVII de la actuación principal.

131 Folio 150 del cuaderno II del Tribunal.

132 Folios 6-8 del cuaderno XXVII de la actuación principal.

133 Folios 16-18 del cuaderno XXVII de la actuación principal.

134 Folios 18-20 del cuaderno XXVII de la actuación principal.

135 Folios 20-21 del cuaderno XXVII de la actuación principal.

136 Folio 158 del cuaderno II del Tribunal.

137 Folios 22-26 del cuaderno XXVII de la actuación principal.

138 Folios 172-173 del cuaderno III de la actuación principal.

- 139 Folio 66 del cuaderno XXVII de la actuación principal.
- 140 Folio 3 del cuaderno II del Tribunal.
- 141 Folios 262-265 y 271-275 del cuaderno II del Tribunal.
- 142 Folios 277-278 y 283-285 del cuaderno II del Tribunal.
- 143 Folio 234 del cuaderno III del Tribunal.
- 144 Ibídem.
- 145 Folio 235 ibídem.
- 146 Ibídem.
- 147 Folio 164 del cuaderno II del Tribunal.
- 148 Folios 151-152 y 153 del cuaderno XXVII de la actuación principal.
- 149 Folios 175-176 del cuaderno II del Tribunal.
- 150 Folio 360 del cuaderno III del Tribunal.
- 151 Folios 176-178 del cuaderno II del Tribunal.
- 152 Folio 225 del cuaderno XXVII de la actuación principal.
- 153 Folio 220 ibídem.
- 154 Folio 194 del cuaderno II del Tribunal.
- 155 Folio 56 ibídem.

156 Folio 4 del cuaderno II del Tribunal.

157 Folio 195 ibídem.

158 Folios 66-186 ibídem.

159 Folio 74 del cuaderno III del Tribunal.

160 Ibídem.

161 Ibídem.

162 Folio 107 del cuaderno II del Tribunal.

163 Folio 108 ibídem.

164 Ibídem.

165 Folios 105-108 ibídem.

166 CSJ SP, 13 mar. 2006, rad. 24833.

167 Folios 263-269 del cuaderno XXVII de la actuación principal.

168 Folios 74-76 y 141-143 del cuaderno II del Tribunal.

169 Folio 160 del cuaderno III del Tribunal.

170 Folios 109-110 del cuaderno II del Tribunal.

171 Folio 114 ibídem.

172 Folio 118 ibídem.

173 Folio 123 ibídem.

174 Folio 16 del cuaderno III del Tribunal.

175 Folios 85-86 y 94-95 del cuaderno XXVI de la etapa de instrucción.

176 Folio 177 del cuaderno II de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal.

177 Folios 136, 140, 146-147, 151-152 y 163 del cuaderno II del Tribunal.

178 Ibídem.

179 CSJ SP, 19 jun. 2013, rad. 36511.

180 Folio 51 del cuaderno de la Corte.

181 Ibídem.