

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

AP2522-2019

Radicación N° 55321

Aprobado acta No. 155

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil diecinueve (2019).

1. V I S T O S

Se decide sobre la admisión de las demandas de casación presentadas por los defensores de OMAR CÁRDENAS LÓPEZ, HERNANDO MEJÍA MEJÍA y JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el 9 de octubre de 2018, mediante la cual se confirmó la decisión de condenar a dichos acusados como coautores del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y sucesivo.

2. A N T E C E D E N T E S

1. Fácticos

El 4 de diciembre de 1995, la sociedad de economía mixta Electrificadora del Tolima S.A.

E.S.P. -ELECTROLIMA- y la compañía privada Sociedad Energética de Melgar S.A. E.S.P. -SEM-, suscribieron el contrato modalidad B.O.O.T. (Build, Own, Operate and Transfer¹) nro. 054 con el siguiente objeto:

... elaborar y construir una línea de transmisión a 115 KV entre las subestaciones de Flandes y la nueva subestación Lanceros ubicada en Melgar (Tolima) con una longitud aproximada de 18.5 KM; elaborar y construir la subestación Lanceros en Melgar (T) a 115/34.5/134.2 kv, teniendo dos niveles de transformación: 30/40 MVA a 115/34.5 y 15/20 MVA a 34.5/13.2 kv; y elaborar los diseños y realizar ampliación y remodelación de la actual subestación Flandes a 115/34.5 de propiedad de Electrolima y remodelada la subestación entregarla nuevamente sin costo alguno para ésta.

También acordaron las partes que si «fuere necesario ejecutar obras complementarias inherentes al proyecto, no incluidas en los términos de referencia del mismo, ELECTROLIMA deberá contratarlas con EL CONTRATISTA, para lo cual celebrará el correspondiente acuerdo en el que consten las condiciones contractuales respectivas, tales como precio, plazo, etc.» (cláusula 24)².

HERNANDO MEJÍA MEJÍA, como representante legal de ELECTROLIMA, y JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA, en representación de la Sociedad Energética de Melgar; suscribieron 3 «adiciones» al contrato B.O.O.T. 054 de 1995 cuyos respectivos objetos fueron obras distintas a las negociadas inicialmente, no complementarias, como se pasa a observar:

- Adición nro. 1 del 14 de agosto de 1996, para «... la modernización de la Sub Estación Flandes, optimización de la Sub Estación Lanceros, construcción de la línea 3A.5 KV entre las Sub Estaciones Lanceros Melgar y construcción de la Sub Estación Carmen de Apicalá, las cuales conforman el proyecto Regional Electrolima-Flandes-Carmen de Apicalá...».
- Adición nro. 2 del 9 de octubre de 1996, para «...la construcción y operación automática del sistema conformado por las siguientes obras: a) Construcción de la Sub Estación Cunday

a 34.5 KV de acuerdo a la propuesta de SEM, b) Construcción en el mismo sector, de la Sub Estación Melgar totalmente nueva para reemplazar la actual, c) Construcción de una Línea a 34.5 KV entre Cunday y Villarica, d) Construcción de la Línea a 34.5 KV entre la Sub Estación Melgar e Icononzo y e) Remodelación de la Línea a 34.5 KV entre Carmen de Apicalá y Cunday... PARÁGRAFO PRIMERO: Se incluye dentro de la operación, las obras del adicional 1...».

- Adición nro. 3 del 27 de septiembre de 1997, que tuvo como objeto «...la entrega por parte de ELECTROLIMA al CONTRATISTA de la operación y mantenimiento preventivo de la Sub Estación Flandes».

Estas «adiciones» constituyeron, entonces, contratos autónomos e independientes, sin que se cumplieran requisitos legales esenciales en su tramitación, como la invitación pública y los estudios previos pertinentes; de manera que soslayaron los principios de la contratación estatal, entre otros los de transparencia, selección objetiva, economía y planeación.

Esos principios también se incumplieron frente al contrato nro. 055 del 7 de octubre de 1997 que fue adjudicado directamente por ELECTROLIMA a ASECON LTDA., filial de la SEM y también representada por JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA, con base en la previa declaratoria de «urgencia evidente» realizada por HERNANDO MEJÍA MEJÍA a través de la Resolución 0209 del 17 de junio de 1997, sin que existiera una situación apremiante de necesidad que la justificara, según lo dispuesto en el estatuto de contratación interna de la empresa pública -art. 29, Acuerdo 222/19953-. El objeto de dicho contrato fue:

- 1) Construcción y remodelación de las redes de distribución (actuales y futuras) de los municipios de Melgar, Carmen de Apicalá, zonas aledañas y demás municipios de la zona de influencia del proyecto BOOT línea Flandes-Melgar;
- 2) Operación y Mantenimiento del sistema de distribución eléctrico (actual y futuro) en los municipios de Melgar, Carmen de Apicalá, zonas aledañas y demás municipios de la zona de

influencia del proyecto BOOT línea Flandes-Melgar;

3) Supervisión y Control del proceso de facturación y recaudo realizados por Electrolima (labores de lectura de contadores, corte, reconexión y recuperación de pérdidas).

En ese mismo contrato, se impusieron, entre otras, las siguientes obligaciones específicas a ASECON LTDA.: (i) atender peticiones y quejas relacionadas con las fallas del sistema eléctrico; (ii) reparar las redes de distribución; (iii) reparar y asistir a la comunidad para mejorar la prestación del servicio; (iv) efectuar las lecturas de los contadores y entregar las facturas a los usuarios; (v) suspender y cortar el servicio a los usuarios no legalizados y/o en mora; y, (vi) adelantar los procesos prejurídicos y jurídicos de recuperación de cartera vencida. Al final, en el parágrafo 1 se advirtió que: «Todas las anteriores actividades que por Ley requieren ser desarrolladas por una Empresa de Servicios Públicos, serán adelantadas por ASECON LTDA...».

Los 3 contratos adicionales, así como la declaratoria de «urgencia evidente» que viabilizó el número 055 de 1997, fueron aprobados por la Junta Directiva de ELECTROLIMA con el falso argumento de que versaban sobre «obras complementarias», uno de cuyos miembros era OMAR CÁRDENAS LÓPEZ en la condición de Director General de Energía del Ministerio de Minas y Energía.

2. Procesales

El 24 de noviembre de 1997, la Fiscalía 50 Seccional de Ibagué dispuso la apertura de investigación previa y, luego, el 20 de agosto de 1998, la de instrucción.

Mediante sendas indagatorias fueron vinculados al proceso: Pedro León González Barajas, HERNANDO MEJÍA MEJÍA⁴, José Noel Barragán Calderón, Heriberto Hernández Contreras,

JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA⁵, Tarsicio Leal García y OMAR CÁRDENAS LÓPEZ⁶.

El 2 de agosto de 2010 se clausuró la instrucción y el 24 de octubre de 2011 se calificó su mérito⁷ así:

- Se acusó a Pedro León González Barajas, HERNANDO MEJÍA MEJÍA, JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA, Tarsicio Leal García y OMAR CÁRDENAS LÓPEZ, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Y,
- Se precluyó la investigación en favor de: (i) los 4 primeros antes mencionados y Heriberto Hernández Contreras, por la conducta de peculado por apropiación; (ii) José Noel Barragán Calderón por contrato sin cumplimiento de requisitos legales; y, (iii) Tarsicio Leal García por falsedad ideológica en documento público.

En contra de la decisión acusatoria, los respectivos defensores interpusieron sendos recursos de reposición y de apelación. Los primeros fueron resueltos el 16 de enero de 2012⁸ y los segundos el 9 de abril de 2012 por la Fiscalía 9 delegada ante la Corte⁹, en ambos eventos, con la confirmación de la providencia.

El conocimiento de la etapa de juicio correspondió al Juzgado 8 Penal del Circuito de Ibagué; sin embargo, por disposición del Consejo Seccional de la Judicatura de Tolima (Acuerdo P.S.A.T.A. 12-051 del 14 de junio de 2012), fue reasignado al Juzgado 7 homólogo.

Este último despacho, luego de celebrar las audiencias preparatoria (mayo 29 y 10 de septiembre de 2013, y 20 de junio de 2014) y la de juzgamiento (septiembre 20 y noviembre 16 de 2016; enero 17, febrero 21 y marzo 14 de 2017), profirió sentencia el 20 de febrero de 2018¹⁰, mediante la cual: (i) absolvió a Tarsicio Leal García y Pedro León González Barajas, y (ii) condenó a JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA, HERNANDO MEJÍA MEJÍA y OMAR CÁRDENAS LÓPEZ, conforme a los términos de la acusación, imponiéndoles las penas de prisión -sustituida por domiciliaria- por 5 años y 6 meses, multa por valor de

27.5 s.m.l.m.v. e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 1 año, 4 meses y 15 días.

En decisión proferida el 9 de octubre de 2018, el Tribunal Superior de Ibagué, al desatar los recursos de apelación promovidos por los defensores de los procesados condenados y por el apoderado de la parte civil, resolvió confirmar la sentencia de primera instancia¹¹.

Los mismos titulares de la defensa técnica interpusieron y sustentaron el recurso extraordinario de casación.

3. L A S D E M A N D A S

3.1 Demanda presentada por el defensor de OMAR CÁRDENAS LÓPEZ

Se alega la violación directa de la ley sustancial porque se declaró responsable a dicho acusado cuando su conducta no se adecua al tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Las premisas fácticas de la sentencia para arribar a la conclusión contraria son dos: (i) que la Junta Directiva de Electrolima, a la que pertenecía CÁRDENAS LÓPEZ, autorizó las adiciones contractuales irregulares, y (ii) que la evaluación que dicho órgano realizaba sobre el programa anual de contratación, en los aspectos de conveniencia y oportunidad, correspondió a una intervención funcional en la tramitación de aquéllos negocios.

Frente a esos argumentos, recuerda el defensor que la Ley 80/1993 establece que el competente para la contratación estatal es el representante legal de la entidad pública (art. 11-1), quien no puede trasladar esa responsabilidad «a las juntas o consejos directivos..., a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma» (art. 26).

Ahora, en el trámite de un contrato puede acudir a la desconcentración administrativa; sin embargo, esta no es aplicable a las juntas directivas por no ser subordinadas de los gerentes y, en cualquier evento, la misma no podría incluir los actos de adjudicación ni celebración.

Conforme a lo anterior, es imposible que «las actuaciones de política contractual... puedan ser elevadas al carácter de competencia funcional de tramitación de los contratos específicamente considerados». Por ello, la sentencia se equivoca cuando asimila la función de evaluación del programa anual de contratación, a cargo de la Junta Directiva de ELECTROLIMA por mandato del artículo 15 del Acuerdo 222/1995, a los de tramitar y celebrar contratos individuales, por lo que dicho órgano no tiene potencialidad de intervención funcional en estas actuaciones.

La anterior conclusión, se alega, fue corroborada por el Tribunal de Arbitramento que dirimió los conflictos surgidos entre ELECTROLIMA y el contratista, en cuya decisión, que hizo tránsito a cosa juzgada, se aclaró que, conforme al artículo 50-20 de los estatutos sociales, el representante legal de la Electrificadora no requería de la autorización de la Junta Directiva para celebrar contratos, pues a esta sólo se le asignó la función de «pronunciarse sobre la conveniencia, la oportunidad y la adecuación a los planes de inversión de aquellos ´procesos de contratación´ que estén próximos a iniciar y que superen la suma de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes,...».

En síntesis, en el proceso se habría demostrado que, en la condición de miembro del órgano directivo de ELECTROLIMA, OMAR CÁRDENAS LÓPEZ carecía de competencia funcional para intervenir en la tramitación de los contratos que celebrara la empresa. A partir de esa consideración, se solicita la casación de la sentencia porque la adecuación típica que realizó de la conducta de aquél vulneró el principio de legalidad, para que sea reemplazada por una absolutoria.

3.2 Demanda presentada por el defensor de HERNANDO MEJÍA MEJÍA

Con el propósito de que se revoque la decisión condenatoria y, en su lugar, se absuelva a HERNANDO MEJÍA MEJÍA, su defensor formula las siguientes censuras:

3.2.1 En un cargo inicial, denuncia la violación directa, por interpretación errónea, del artículo 146 del Decreto 100/1980, pues en la sentencia se consideró que el ingrediente subjetivo allí consagrado («con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero») no requería probarse o que se configuraba, de manera automática, con la sola violación de los principios de la contratación, prohiendo así una especie de responsabilidad objetiva.

Entonces, la errada interpretación del tipo subjetivo del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, conllevó la atribución de responsabilidad al acusado, sin que se tuviera en cuenta la motivación o intención que lo determinó a celebrar las 3 adiciones al contrato B.O.O.T. 054/1995 y el contrato 055/1997. La consideración de ese elemento habría conducido a la absolución por duda, razón por la cual debe casarse la sentencia.

3.2.2 En segundo lugar, de manera subsidiaria, se alega la violación indirecta de la ley sustancial, en la modalidad de falso juicio de existencia.

En lo fundamental, se asegura que los juzgadores omitieron la indagatoria de HERNANDO MEJÍA MEJÍA y los testimonios de Tarsicio Leal García y José Antonio Molina Torres, que demostraban que la finalidad perseguida por aquél, al suscribir las 3 adiciones y el contrato 055 de 1997, nunca fue la de defraudar los principios contractuales sino, por el contrario, la de «superar una crisis energética sufrida en el área de influencia del contrato BOOT, mediante el desarrollo de la infraestructura energética con capital privado, pues ELECTROLIMA no contaba con recurso propios ni era sujeto de crédito para poder financiar dichas obras».

3.3 Demanda presentada por el defensor de JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA

Con fundamento en las censuras que a continuación se resumen, el demandante solicita se case la sentencia que condenó a su representado para que se profiera una que declare la ausencia de responsabilidad.

3.3.1 En un primer cargo, se denuncia la violación directa, por aplicación indebida, del artículo 146 del Código Penal de 1980.

Según la sentencia, HERRERA VALENCIA, en la condición de representante de la empresa SEM, realizó la modalidad típica de tramitar contrato sin observar sus requisitos legales esenciales, respecto de las 3 adiciones al contrato B.O.O.T. 054/1995 y del contrato 055/1997. Afirma que el objeto de aquéllas consistió en ejecutar obras porque «no se trataba de otros contratos sino del cumplimiento de misiones materiales» y que igual ocurrió con el 055, al que inclusive se le denominó contrato sin serlo, pero, en todo caso, «nada pasó con él», por lo que se considera «una actuación totalmente inocua».

Entonces, como quiera que, respecto de las 3 adiciones, HERRERA VALENCIA no tramitó contratos, menos aún los celebró o liquidó, su conducta es atípica; por lo que la sentencia violó, por aplicación indebida, los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 35, 36 y 146 del C.P./1980.

3.3.2 De manera subsidiaria, se alega la violación indirecta de la ley sustancial, por sendos falsos juicios de identidad y de existencia, la que, a su vez, determinó la aplicación indebida de las mismas normas que se reseñaron en el cargo anterior y del artículo 232 del C.P.P./2000.

El acusado, contratista particular, fue condenado como servidor público «por extensión» porque habría ejercido funciones estatales, con base en los artículos 63 del Decreto 100/1980, 20 de la Ley 599/2000 y 56 de la Ley 80/1993, así como en jurisprudencia penal (SP, jun. 18/2014, rad. 41406). Sin embargo, replica el demandante, aquella condición

jurídica jamás la adquirió su representado, por lo que su conducta es atípica.

3.3.2.1 Falsos juicios de identidad por el cercenamiento de las siguientes pruebas:

- El contrato 054 de 1995 en estos aspectos: que la financiación del proyecto correspondía a una fiducia (consideración 6) y la definición del lenguaje técnico a la CREG12 (consideración 7); que la zona de influencia del contrato incluía varios municipios (consideración 8); y que los recaudos de la facturación serían administrados por un fideicomiso (cláusula 4). Además, que ELECTROLIMA tenía las siguientes responsabilidades en el proyecto: era propietaria de los terrenos de la subestación Flandes a remodelar y la de Lanceros a construir (cláusula 9), debía encargarse de obtener todos los permisos y licencias (cláusula 11), podía nombrar consultores (cláusula 17) e integrar un comité técnico operativo (cláusula 30), y tendría a su cargo exclusivo la operación y mantenimiento de la subestación una vez finalizaran las obras (cláusula 12).

- La adición nro. 1. En primer lugar, que su celebración obedeció a las preocupaciones de la FEN13 (consideración 3), del Ministerio de Minas y Energía, de la Comisión Nacional de Regalías y del Corpes Centro Oriente, según se establece en las consideraciones 3, 4, 6 y 7. Y, en segundo lugar, que sería pagada con recursos del Fondo Nacional de Regalías y de ELECTROLIMA (cláusula 4).

- La adición nro. 3. Que su objeto central era la entrega al contratista de la operatividad y mantenimiento preventivo de la subestación Flandes. Esta fue la misma línea directriz de las 3 adiciones, por lo que «no eran más que prolongación o complemento de todo aquello que iba surgiendo de la ejecución del BOOT originario. No fueron, así, nuevos contratos».

3.3.2.2 Falsos juicios de existencia, por omisión de las siguientes pruebas:

- Indagatoria de Pedro León González Barajas (C. 2, 42), gerente de Electrolima cuando se suscribió el contrato BOOT, de la cual se destaca que: (i) este negocio se justificaba por la

preocupante situación energética de la región, (ii) explicó los detalles del mismo, y (iii) explicó que el pacto en dólares obedeció a la mayor seguridad que brindaba a los inversionistas y bancos extranjeros.

- Declaración del ingeniero electricista Tarsicio Leal García (C. 2, 271), quien se refirió al B.O.O.T., explicó las razones de su adopción y narró que, durante las adiciones contractuales «se vio la conveniencia de tener un control centralizado de todas las subestaciones del proyectos,...,en concordancia con los sistemas de control que se estaban utilizando en otras empresas».
- Continuación de la indagatoria de Mauricio Ramírez Franch (C. 4, 127): que Electrolima constituyó un fideicomiso como garantía para el inversionista y los bancos, y que el proyecto B.O.O.T. no fue objetado por el Ministerio de Hacienda, ni por el de Minas y Energías y tampoco por la FEN.
- Algunas actas de la Junta Directiva de Electrolima (C. 4, 152 y ss), que demuestran que el tema de las adiciones fue suficientemente debatido; inclusive, en varias ocasiones, con la presencia del Ministro de Minas y Energía.
- Indagatoria de JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA (C. 5, 119, 123, 133-4), quien explicó que la exigencia de contratación en dólares y la solicitud de las 3 adiciones provinieron de la empresa estatal; además, que esta poseía la documentación completa para la ejecución de aquéllas, en especial la relativa a la financiación de la primera y segunda por parte del Fondo Nacional de Regalías.
- Declaración de Alexander Torres Calderón (C. 5, 280), quien explicó que para la firma asesora de ELECTROLIMA, Arrieta & Mantilla, tanto el B.O.O.T. como las 2 primeras adiciones fueron bien concebidas.
- Documento enviado por la SEM a la Viceministra de Energía y Gas (C. 6, 42 ss), en el que

se explica: (i) que el adicional nro. 3 incluía obras y servicios adicionales y complementarios, pero diversos de los consignados en el contrato originario y en las dos primeras adiciones; (ii) que los trabajos se ejecutaron con recursos directos de la SEM y con los obtenidos de la FEN y del FNR; y, (iii) el B.O.O.T. y sus 3 adiciones se sujetaron a la legalidad y la buena fe.

- Declaración del ingeniero electricista y gerente de la Empresa de Energía Eléctrica de Cundinamarca, Hernán Troncoso Lozano (C. 7, 127), quien explicó (i) que esta empresa es accionista de ELECTROLIMA, (ii) que varios municipios de aquel departamento se beneficiaron de la estación Flandes; y (iii) que, a pesar de algunas fallas, con la implementación del B.O.O.T. mejoró la calidad del servicio.

- Declaración del ingeniero eléctrico Omar Cárdenas López: (i) que en la reunión de la Junta Directiva del 4 de septiembre de 1996, a solicitud de Jorge García Orjuela, se aprobó la inclusión de las obras adicionales en la subestación Cunday y la construcción de las líneas de Villarrica e Icononzo (actas 460 y 463 de 1996); (ii) que ninguno de los 3 adicionales obedeció a «declaratoria de urgencia»; (iii) que el contrato 055 de 1997 por «urgencia evidente» se originó en movimientos cívicos de Melgar y sus alrededores, aunque nunca se inició su ejecución; (iv) la Zona de Melgar (Carmen de Apicalá, Cunday, Villarica, Icononzco, Girardot, Ricaurte, Tocaima, Nilo, Flandes y Suárez) siempre tuvo problemas por falta de inversión; y, (v) que la adición nro. 3 comprendió la mayor cantidad de obra que no se incluyó en las dos anteriores ni en el B.O.O.T. inicial (C.7-142, 146, 158 y 192).

- Declaración de Guillermo Sáenz Castro, gerente interventor de ELECTROLIMA, quien realizó una visita a la zona de influencia del B.O.O.T. y encontró que las obras fueron ejecutadas y funcionaban (C. 7, 296).

Esos medios probatorios omitidos demostrarían: (i) que «la injerencia de ELECTROLIMA en el desarrollo del convenio y sus derivados era patente», por lo que el contrato y su ejecución «no fue la propia del B.O.O.T.»; (ii) que sólo en apariencia se entregó a la SEM la «absoluta

prestación del servicio energético» porque la empresa pública era la que «en últimas tenía el control...». Y, (iii) que no deben confundirse «las palabras, las consideraciones, cláusula y la filosofía de un contrato que se ensayaba...». En fin, sostiene que «la SEM no recibió un mandato ni se le contrató para suplir las funciones de ELECTROLIMA», por lo que, en sentido estricto, no se le encomendó el cumplimiento de una función pública.

4. C O N S I D E R A C I O N E S

4.1 Objeto de la decisión. De conformidad con lo previsto en el artículo 213 del C.P.P./2000, la Corte examina las demandas de casación instauradas por los defensores de OMAR CÁRDENAS LÓPEZ, HERNANDO MEJÍA MEJÍA y JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA, con el objeto de determinar si son admisibles o no, lo cual dependerá de la pena máxima del delito por el cual se adelantó el proceso, la existencia de interés para impugnar y el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por la ley procesal, entre los que se destacan «la enunciación de la causal y la formulación del cargo, indicando en forma clara y precisa sus fundamentos...».

4.2 Procedencia del recurso. Tal y como lo dispone el artículo 205, inc. 1, ibídem, el recurso extraordinario de casación -por regla general- es procedente contra las sentencias proferidas en segunda instancia por los tribunales superiores de distrito judicial -y por el Tribunal Penal Militar-, en los procesos adelantados por delitos cuya pena sea de prisión con un máximo imponible que exceda de 8 años.

Dicha exigencia se cumple en el caso bajo examen porque la sentencia fue dictada por el Tribunal Superior de Ibagué en segunda instancia y en ésta se declaró responsabilidad por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, cuya pena máxima, tanto en el Código Penal de 1980 (art. 146 modificado por art. 57 L. 80/1993) como en el vigente desde el 24 de julio de 2001 (art. 410 L. 599/2000), es de 12 años.

4.3 Legitimidad. Los defensores ostentan la condición de sujetos procesales, por lo que se encuentran legitimados para recurrir en casación (art. 209), y su desacuerdo es con la decisión de condenar a los acusados que, obviamente, conlleva unas consecuencias desfavorables para éstos. Además, los argumentos que sustentan los recursos extraordinarios coinciden con los expuestos en la apelación del fallo de primera instancia, por cuanto cuestionan los fundamentos jurídicos y probatorios de la condena.

4.4 Sustentación del recurso. A continuación, se determina si los demandantes sustentaron verdaderas hipótesis de violación directa o indirecta de la ley sustancial, que viabilicen su estudio de fondo.

4.4.1 Cargos por violación directa de la ley sustancial.

Los 3 defensores coincidieron en denunciar la infracción directa de la norma legal que define la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 146 del C.P. 1980 y 410 del actual), por diversas razones, así: (i) el de OMAR CÁRDENAS LÓPEZ consideró que se aplicó de manera indebida porque éste carecía de competencia funcional en la tramitación de contratos; (ii) el de JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA alegó la misma clase de error con el argumento de que las irregularidades se relacionan con la etapa ejecutiva del acto contractual y no con las de trámite, celebración o liquidación; y, por último, (iii) el de HERNANDO MEJÍA MEJÍA denunció que es errónea la interpretación que indica que es innecesaria la prueba del elemento subjetivo especial.

En el ámbito de la violación directa de la ley sustancial, se recuerda, el debate no gira en torno a la corrección de los hechos declarados en el fallo ni del ejercicio de valoración probatoria a partir del cual aquellos fueron fijados, sino de la debida aplicación del derecho. En esa medida, la labor de demostración del vicio consistirá en evidenciar un error por exclusión evidente, aplicación indebida o interpretación errónea de una norma - constitucional o legal- llamada a regular el caso juzgado, en los siguientes términos:

- En la exclusión evidente incurre el juez cuando omite aplicar la norma jurídica que resulta pertinente al supuesto fáctico puesto a su consideración, entre otras razones, por considerarla inexistente o inválida.
- En la aplicación indebida, el funcionario se equivoca en la selección del precepto jurídico y decide aplicar uno que no regula la materia. En consecuencia, el hecho no se adecúa al supuesto de la norma elegida para resolver la controversia. Y,
- En la interpretación errónea, el decisor conoce la norma jurídica aplicable y la selecciona para el caso de manera correcta; sin embargo, le asigna un sentido o un alcance que no tiene.

De vuelta al caso bajo examen, los 3 cargos que se resumieron al inicio son inadmisibles porque incumplen el presupuesto fundamental de una infracción legal directa, cuál es la inmutabilidad de la premisa fáctica de la sentencia. Ello quiere decir que los recurrentes pretenden demostrar la incorrección del juicio de tipicidad de la conducta de los acusados, a partir de hechos o circunstancias distintos a los que se tuvieron como probados en la decisión condenatoria. Obsérvese:

4.4.1.1 El defensor de OMAR CÁRDENAS LÓPEZ niega que éste, por razón de sus funciones como miembro de la Junta Directiva de ELECTROLIMA, tuviera injerencia en la tramitación de contratos. Sin embargo, en la sentencia se estableció, precisamente, la premisa contraria:

..., si como se decantó en precedencia, todos los contratos que hacen parte del factum de la acusación sobrepasaron los mil salarios mínimos legales mensuales vigentes y también constituyeron ilegales convenios en la medida en que se disfrazaron de adiciones objetos completamente diferentes al contrato inicial y se declaró una “urgencia evidente” simulada en razón de ser un problema crónico de la empresa, de contera debe concluirse que la autorización de los mismos por parte de los miembros de la Junta Directiva en que fungía el procesado OMAR CÁRDENAS LÓPEZ como Director General de Energía del Ministerio de

Minas y Energía es contraria a derecho, y forma parte de su rol funcional...14

Junto a esa conclusión probatoria, el Tribunal destacó las fuentes normativas de la función que cumplían los miembros de la Junta Directiva en la tramitación de contratos como los que constituyeron el objeto material del delito juzgado, las que se encuentran consagradas en el régimen interno de contratación de la sociedad de economía mixta o Acuerdo 0222 del 18 de abril de 1995. Entre tales, se citaron las siguientes:

a) Artículo 8, inciso 2: «en relación con la conveniencia, oportunidad y adecuación de los actos o contratos a los planes de inversión, cuya cuantía sea o exceda de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes se debe obtener por parte de la Junta Directiva la autorización correspondiente».

b) Artículo 52, numeral 20, que dispone para el Gerente la obligación de «presentar a la Junta Directiva, con antelación al inicio del proceso de contratación los actos o contratos cuya cuantía sea o exceda de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para el respectivo examen de conveniencia, oportunidad y adecuación a los planes de inversión».

Y,

c) Artículo 15: «La Junta Directiva de la Empresa evaluará la programación anual de los contratos, su conveniencia y oportunidad, independientemente de los valores de los mismos».

Esta última norma, como bien lo indicó el recurrente, no asigna a los miembros de la Junta Directiva un aporte funcional en la tramitación de los contratos en particular, pues la tarea que allí se establece consiste en la evaluación anual de los planes y de la política contractual en general. En ese orden, el precepto en mención resulta impertinente como fundamento de la necesaria vinculación funcional del acusado, por lo que el punto de partida del defensor sería correcto; sin embargo, su argumento es sesgado, falta a la verdad procesal, porque omite la mención de los otros artículos invocados (8, inc. 2, y 50-20) que,

de manera unívoca, establecen que un requisito de la tramitación de los contratos cuya cuantía sea igual o superior a 1.000 s.m.l.m.v., como fueron los adicionales al B.O.O.T., es la autorización previa de la Junta.

De otra parte, es de recordar que la participación con voz y voto de OMAR CÁRDENAS LÓPEZ en sesiones de la Junta Directiva en la que se debatieron y aprobaron los 3 contratos adicionales y la declaratoria de «urgencia evidente» que habilitó la selección directa en el contrato 055 de 1997; es un hecho que no discute el recurrente y que, en todo caso, se tuvo acreditado en el proceso, principalmente, con las respectivas actas de las reuniones: la 460 del 7 de junio (previa a la adición 1), 461 del 10 de julio y 463 del 4 de septiembre (previas a la adición 2) de 1996; y la 471 del 3 de junio y 472 del 12 de junio, ambas de 1997 (previas a la adición 3 y al contrato 055)¹⁵.

Por último, se advierte al defensor que la existencia de un laudo arbitral que respalde su tesis de ausencia de intervención funcional de la Junta Directiva de ELECTROLIMA en la fase de tramitación de contratos, es impertinente en la sustentación de una violación directa de la ley sustancial porque, igualmente, se utiliza para rebatir los fundamentos fácticos de la sentencia, pero también en la de cualquier otra causal de casación porque se limitaría a enseñar un criterio disímil de otra autoridad judicial y, peor aún, emitido en un asunto de naturaleza extrapenal.

4.4.1.2 El defensor de JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA asegura que el objeto de las 3 «adiciones», inclusive el del contrato 055 de 1997, eran obras propias de la ejecución del convenio B.O.O.T. 054 de 1995 y, por tanto, no eran negocios jurídicos independientes.

En la sentencia, por el contrario, se estableció que los actos contractuales posteriores al B.O.O.T. eran independientes a éste porque no se referían a obras complementarias sino distintas; por lo que, cada uno de ellos debió cumplir los requisitos legales esenciales para su tramitación y celebración. Así lo indicó el juzgado de primera instancia:

...es pertinente reiterar que escapa de cualquier contexto jurídico la creación y reforma de una cláusula con el fin que la entidad contratante y el contratista, so pretexto de ahorrar tiempo y dinero, evadieran los trámites establecidos y reglamentados en sus estatutos y régimen de contratación interna, para suscribir contratos autónomos, con un objeto específico y diferente y una cuantía propia, bajo la apariencia de adiciones y un contrato justificado en una urgencia evidente que nunca existió en los términos exigidos legalmente. (...) las adiciones únicamente podían versar sobre obras que complementarían los aspectos técnicos directamente relacionados con la línea Flandes-Melgar y la Sub Estación Melgar, y no son objetos diferentes como en efecto ocurrió y que finalmente superaron el tamaño y valor establecido para el contrato B.O.O.T. inicial.¹⁶

Luego, el Tribunal ratificó esas conclusiones fácticas, más aún porque no fueron rebatidas por los defensores, incluido el que representaba a JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA, así:

...tanto la motivación como la argumentación provista por el sentenciador de primera instancia en torno al equivocado uso de las “obras complementarias” para amparar obras nuevas y la desacertada declaratoria de “urgencia evidente”, de una problemática energética que databa de varios años atrás, amañadas interpretaciones que permitieron que se realizara una contratación directa y adjudicación a JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA como contratista de 4 objetos contractuales diferentes y nuevos desconociéndose los principios de transparencia y selección objetiva, fueron argumentos no controvertidos por el censor [el representante técnico de aquél], como tampoco por los defensores de los procesados HERNANDO MEJÍA MEJÍA y OMAR CÁRDENAS LÓPEZ,...¹⁷

Entonces, se reitera, la premisa fáctica de la decisión condenatoria es que los convenios adicionales suscritos el 14 de agosto y 9 de octubre de 1996, y el 27 de septiembre de 1997, así como el contrato 055 de 1997; constituyeron negocios jurídicos contractuales diferentes al B.O.O.T. 054 de 1995, respecto de los cuales no se cumplieron las exigencias legales para su trámite. Por ello, se trata de hechos que encajan en la definición típica del delito de

contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues tuvieron lugar en las referidas etapas y no en la ejecutiva.

Por último, la alegación según la cual con el contrato 055 de 1997 «nada pasó», por lo que es «una actuación totalmente inocua», es impertinente en el propósito de demostrar una aplicación indebida de la tipicidad en mención porque, como bien lo sostuvo el defensor al inicio, las incidencias de la ejecución del contrato son irrelevantes en la configuración del delito, más cuando éste se consumó, como se indicó, en la fase precontractual.

4.4.1.3 El defensor de HERNANDO MEJÍA MEJÍA denunció que la sentencia incurrió en una interpretación errónea del tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, cuando sostuvo que es innecesaria la prueba del ingrediente subjetivo «con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero», previsto en el artículo 146 del Decreto 100 de 1980. Como consecuencia de ello, asegura, se condenó a dicho acusado sin tener en cuenta la motivación e intención de sus conductas, cuya valoración habría derivado en una decisión absolutoria.

Esta censura falta al principio de corrección material y, de manera consecuencial, desconoce los hechos que se declararon probados, porque no es cierto que la sentencia haya aseverado que el elemento subjetivo especial consagrado, de manera expresa, en el artículo 146 del C.P. de 1980, o su prueba, fuese superfluo o innecesario en punto a la configuración típica del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, y tampoco lo es que, como consecuencia de esa postura, se haya omitido su valoración en la conducta de HERNANDO MEJÍA MEJÍA.

Por el contrario, el juzgador tuvo presente en su análisis que la tipicidad atribuida exigía un elemento subjetivo especial y, coherente con ello, expuso las razones probatorias que le permitían tenerlo reunido en el caso.

En cuanto a lo primero manifestó el juez de primera instancia: «... dicho ingrediente aún

persiste, ya sea en el anterior código penal o en el actual, sólo que en este último fue suprimido en su transliteración por innecesario, en el entendido que al ser el tipo penal eminentemente doloso, lo lleva implícito en su esquema»¹⁸.

Y, respecto de lo segundo, en varias partes de la sentencia se mostró el análisis probatorio que permitió concluir no sólo que la conducta de HERNANDO MEJÍA MEJÍA era típica desde el punto de vista objetivo, sino que actuó con dolo y con el especial propósito de favorecer al contratista JOSE BENHUR HERRERA VALENCIA. Obsérvense los siguientes fragmentos:

A la par, es palmaria la intención de los gerentes de ELECTROLIMA para facilitarle al contratista la adjudicación de las obras, así como la prestación de otros servicios; pues como se citó párrafos atrás, a modo de ejemplo, con suficiente antelación las partes contractuales conocían los problemas en la prestación del servicio de energía que se presentaban en la región; aun así, en lugar de incluir en el proyecto inicial las tareas requeridas, optaron por hacerlo a través de adiciones, como si se tratara de eventos imprevistos que surgieron durante la ejecución del contrato, lo que dista de la realidad,...; lo que se hizo luego de la adjudicación del proyecto y la suscripción del contrato 054 de 1995, bajo la modalidad B.O.O.T., acudiendo a una indebida interpretación de la cláusula 24, que además fue modificada, con el fin de hacerle más ventajoso, desde el punto de vista legal, el camino al contratista; y de esta manera, bajo argumentos ficticios, pues la situación fáctica planteada se presentaba desde muchos años atrás, se creó el contrato No. 055 de 1997, soportado en una “URGENCIA EVIDENTE”, la que no cumplía con los presupuestos exigidos en el canon 29 del acuerdo 222 de 1995, desarrollados por la Ley 80 de 1993 en sus artículos 42 y 43.¹⁹

(...).

...esta modificación [otro sí nro. 4] le facilitaba el camino al contratista para que de manera exclusiva continuara acaparando todas las actividades que se desarrollaron en torno al

B.O.O.T.-054 de 1995- mediante la figura de las adiciones, circunstancia que denota el propósito de favorecerlo, al punto que el 17 de junio de 1997, el Gerente de ELECTROLIMA S.A. E.S.P. expidió la Resolución No. 0209 declarando la “URGENTE NECESIDAD” ante la problemática que se venía presentando con el suministro de energía desde años anteriores en el municipio de Melgar y zonas aledañas, debido al deterioro en el sistema de distribución,...; para de esta manera, el 7 de octubre de 1997, celebrar directamente con la firma ASECON LTDA y por ende, con su representante legal JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA, el contrato 055 de 1997,...²⁰

(...).

(...); súmese que se suscribió con ASECON LTDA, empresa filial de la SOCIEDAD ENERGÉTICA DE MELGAR S.A. E.S.P., donde el representante legal era JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA, mismo contratista en el contrato B.O.O.T. 054 de 1995; aspectos que revelan la intención -dolosa- de favorecerlo; aunado a lo anterior, como se ha venido reiterando, las adiciones 1, 2 y 3 eran verdaderos contratos, pues contaban con un objeto propio y diferente del contrato principal -054 de 1995-, igual que su cuantía, la que excedió ampliamente la de este último, dándoles el carácter de autónomos;...²¹

Así las cosas, el cargo de interpretación errónea planteado carece, absolutamente, de sustento.

4.4.2 Cargos por violación indirecta de la ley sustancial.

De manera subsidiaria, los defensores de HERNANDO MEJÍA MEJÍA y JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA denunciaron sendos errores de hecho: el primero, un falso juicio de existencia, mientras que el segundo, otro de esa misma especie y, adicionalmente, un falso juicio de identidad.

4.4.2.1 Falso juicio de existencia denunciado por el defensor de HERNANDO MEJÍA MEJÍA,

bajo la premisa de que la sentencia omitió valorar medios de prueba, entre los cuales señala la indagatoria de aquél y los testimonios de Tarsicio Legal García y José Antonio Molina Torres, que enseñarían que su propósito con los actos contractuales cuestionados fue la de «superar una crisis energética sufrida en el área de influencia del contrato BOOT...con capital privado, pues ELECTROLIMA no contaba con recurso propios ni era sujeto de crédito para poder financiar dichas obras».

Si bien es cierto la sentencia impugnada no se refirió, por lo menos no de manera expresa, a la indagatoria del acusado y a los dos testimonios enunciados, también lo es que el supuesto fáctico que esos medios de conocimiento revelarían, según el recurrente, es decir, la existencia de un propósito loable en la contratación irregular (superar la crisis energética) y, por ende, la ausencia de voluntad de burlar los principios que rigen esa actuación, fue considerado por el juez pero descartado ante la prueba que indicaba que, por el contrario, en HERNANDO MEJÍA MEJÍA concurría el dolo de tramitar contratos sin cumplimiento de requisitos legales y, además, el especial ánimo de favorecer con ello al contratista JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA.

Entre otros, en los fragmentos de la sentencia citados en el numeral anterior, que descartan una errónea interpretación, precisamente, sobre el ingrediente subjetivo del tipo, se corrobora que tanto éste como el dolo fueron demostrados, lo que implicó se desvirtuara que el móvil del entonces gerente de ELECTROLIMA fuera el de resolver una crisis en el sistema eléctrico que conocía desde muchos años atrás. Es más, en la referida decisión judicial se citó el contenido textual de una parte de la Resolución 209 de 1997, mediante la cual aquél declaró la «urgente necesidad para la contratación directa de unas obras» invocando como una de sus motivaciones la que se alega pretermitida:

13. Que la crítica situación que se está presentando en la zona fue puesta en conocimiento de la Junta Directiva de Electrolima a través de un representante del Ministerio de Minas y Energía, quien presentó a este organismo un informe sobre la gravedad de la situación

existente en la zona por no contarse con un sistema de distribución acorde con la nueva infraestructura que se está ejecutando, manifestando la preocupación por los hechos que se vienen presentando, solicitando así mismo la declaratoria de urgencia con base en lo dispuesto en el artículo 29 del acuerdo 222/95 -Estatuto de contratación de Electrolima-, todo lo cual consta en el acta No. 479 del 3 de junio de 1997.

Entonces, a pesar de la ausencia de mención formal de los medios probatorios indicados por el recurrente, lo cierto es que la información que sobre los hechos aportarían fue debidamente valorada; por tanto, el predicado error de existencia carece de respaldo en el proceso. Ahora bien, aun cuando, en gracia de discusión, se admitiera la omisión probatoria denunciada, la misma sería intrascendente porque esa finalidad legítima última (resolver una crisis energética), perfectamente, podía concurrir con las ilícitas de incumplir los requisitos legales de la contratación requerida para lograr aquélla y, también, con la de favorecer al contratista.

En consecuencia, el cargo se inadmite.

4.4.2.2 Falsos juicios de existencia denunciados por el defensor de JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA, con fundamento en la omisión de pruebas que, en lo esencial, negarían que aquél cumpliera funciones públicas y, por tanto, que adquiriera la condición de servidor estatal por extensión. A continuación, se señalan los contenidos fácticos señalados como pretermitidos y las pruebas donde se encontrarían, algunos de los cuales se refieren al contrato 054 del 4 de diciembre de 1995, mientras que los demás a los convenios adicionales.

- Respecto del contrato B.O.O.T. de 1995: las razones que justificaron su celebración y la fijación del precio en dólares (Pedro León González Barajas); la constitución de un fideicomiso como garantía para los bancos e inversionistas (Mauricio Ramírez Franch); su no objeción por los Ministerios de Hacienda y de Minas y Energía, y por la FEN (ibídem); la

existencia de soportes documentales de su financiación (JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA); y, en fin; que el contrato se ajustó a la legalidad y que las obras fueron ejecutadas (Guillermo Sáenz Castro) beneficiando a varias poblaciones, inclusive del departamento de Cundinamarca (Hernán Troncoso Lozano).

– Respecto de las adiciones contractuales: una razón para suscribirlas fue la «de tener un control centralizado de todas las subestaciones del proyecto» (Tarsicio Leal García); el amplio debate que les hizo la Junta Directiva, inclusive en presencia del Ministro de Minas y Energía (actas); la iniciativa para celebrarlas fue de ELECTROLIMA y ésta contaba con los recursos para su financiación (HERRERA VALENCIA); la firma asesora Arrieta & Mantilla conceptuó que tanto el contrato como las adiciones 1 y 2 fueron bien concebidos (Alexander Torres Calderón); el único acto contractual que obedeció a «urgencia evidente» fue el 055 de 1997 y éste obedeció a movimientos cívicos (OMAR CÁRDENAS LÓPEZ); la zona de Melgar siempre tuvo problemas por falta de inversión y la adición 3 comprendía sólo mayores cantidades de obras (ibídem); que los trabajos se ejecutaron (Guillermo Sáenz Castro) y mejoraron el servicio eléctrico en la zona de influencia (Hernán Troncoso Lozano).

Pues bien, en la sentencia se recordó que el objeto del contrato 054 del 4 de diciembre de 1995 incluía no solo la construcción de una línea de transmisión eléctrica (Flandes-Melgar) y otras obras materiales, como la remodelación de la subestación Flandes, sino también el mantenimiento y la operación de aquella durante una década. Sobre esto último, se transcribió lo pertinente del acuerdo de las partes: «Concluida la etapa de construcción de las obras, se dará inicio a la fase de administración, operación y mantenimiento de las mismas en desarrollo de la cual EL CONTRATISTA deberá mantener y operar por un período de diez (10) años la línea de transmisión eléctrica...»²².

De igual modo, que en las contrataciones subsiguientes ELECTROLIMA entregó a la Sociedad Energética de Melgar, representada por JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA, la

administración, mantenimiento y operación de las líneas, estaciones y subestaciones que construyera o remodelara el mismo contratista. Es más, en el contrato del 14 de agosto de 1996 nada se indicó sobre aquéllas funciones, pero en el siguiente se aclaró que «...se incluye dentro de la operación, las obras del adicional 1»²³, y, en el tercero esta idea se recalcó así:

(...). Así mismo se acordó que la operación y mantenimiento de todo el sistema construido dentro del alcance del contrato BOOT incluidos sus adicionales...tanto en líneas como en subestaciones estará a cargo de EL CONTRATISTA SEM... se hace necesario que se le entregue el manejo de la S/E FLANDES a la misma, con el fin de ofrecer una mayor confiabilidad en la operación y mantenimiento de la totalidad del sistema....²⁴

Por último, que en el contrato 055 de 1997, a las ya conocidas funciones de operación y mantenimiento del sistema de distribución de energía eléctrica, se adicionaron, entre otras, las de «efectuar las lecturas...de los contadores», «entregar las facturas...a los usuarios», «suspensión y los cortes del servicio», «labores de conexión...y reconexión», «matricular nuevos usuarios», «instalación y conexión de los contadores», «efectuar el proceso prejurídico y jurídico de recuperación de cartera vencida», y atender peticiones y quejas de la comunidad. En el mismo convenio (parágrafo 1) se reconoció que: «Todas las anteriores actividades que por Ley se requieren ser desarrolladas por una Empresa de Servicios Públicos, serán adelantadas por ASECON LTDA...»²⁵.

Con base en ese recuento, el Tribunal concluyó, de manera acertada, que JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA, en la condición de representante legal de la SEM y de ASECON, tuvo la condición de servidor público por extensión dado que las labores de interconexión, transporte y transmisión de energía eléctrica que ejecutó constituyen servicios públicos, conforme lo establecen los artículos 8 y 14 de la Ley 142 de 1994. Además, porque en el cumplimiento de las mismas tuvo a su cargo la operación y mantenimiento de bienes estatales, y el recaudo y administración de dineros de esa misma naturaleza.

Frente a los argumentos que demuestran que el acusado en mención cumplió funciones públicas transitorias, los contenidos probatorios que se denuncian omitidos, como son la legalidad y cumplimiento de los actos contractuales, el beneficio que reportaron para algunas comunidades, su financiación -parcial- con recursos públicos, la constitución de un fideicomiso como garantía para acreedores e inversionistas, el amplio debate que antecedió su celebración con presencia o intervención de otras autoridades públicas; carecen de trascendencia, y hasta de pertinencia, puesto que, aun cuando se tengan por ciertos, no tienen la virtualidad de variar la conclusión antes expuesta porque se refieren a aspectos contractuales diferentes.

Por lo anterior, el cargo se inadmite.

4.4.2.3 Falsos juicios de identidad propuestos por el defensor de JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA, porque, considera, se cercenaron partes del contrato 054 de 1995 y de las adiciones 1 y 3, que demostrarían que a dicho acusado no le fueron adjudicadas funciones públicas.

Al igual que los resaltados en el cargo anterior, los contenidos probatorios que en esta oportunidad extraña el demandante, tampoco tienen la virtualidad de mutar la conclusión según la cual su representado cumplió funciones públicas transitorias, las que, inclusive, aparecen definidas con precisión tanto en el contrato inicial 054 de 1995 como en los subsiguientes tramitados sin cumplimiento de requisitos legales, como ya se señaló.

Podría tener razón el recurrente cuando aduce que existen cláusulas en el contrato B.O.O.T. original según las cuales: (i) la financiación del proyecto correspondía a una fiducia, (ii) la definición del lenguaje técnico era competencia de la CREG, (iii) la zona de influencia estaba conformada por varios municipios, (iv) la constitución de un fideicomiso para administrar los recursos, (v) las obras debían cumplir los términos de referencia, y (vi) ELECTROLIMA era propietaria de los terrenos de las obras, debía gestionar todos los

permisos y licencias, podía nombrar consultores y conformar un comité técnico. Sin embargo, ninguna de esas cláusulas desvirtúa que el contrato también incluía la operación y mantenimiento de los trabajos y éstos implicaban la prestación de servicio público de transporte y transmisión de energía eléctrica.

Es más, aun si fuere cierto que, inicialmente, se pactó que la Electrificadora tendría a su cargo la operación y conservación de las obras ejecutadas, también lo es que en los posteriores actos contractuales ilegales, la transferencia de esas tareas públicas al contratista, representado siempre por JOSÉ BENHUR HERRERA VALENCIA, fue innegable, como se demostró al examinar la admisibilidad de los falsos juicios de existencia, y lo reconoce el mismo demandante al señalar, de manera inexplicable frente a su pretensión, también como cercenado ese contenido de la adición nro. 3.

Por último, abiertamente intrascendente también se vislumbra la denuncia de cercenamiento de la adición nro. 1 porque si la iniciativa en su suscripción provino de otras entidades públicas (FEN, Ministerio de Minas y Energía, Comisión Nacional de Regalías y el Corpes Centro Oriente) o si su financiación –total o parcial- fue con dineros del Fondo Nacional de Regalías y de ELECTROLIMA; en nada se oponen esas condiciones contractuales a que esta última haya transferido las pluricitadas funciones públicas al contratista.

De esa manera, el cargo se inadmite.

4.4.3 En conclusión, se inadmitirán las demandas de casación presentadas por los defensores de OMAR CÁRDENAS LÓPEZ, HERNANDO MEJÍA MEJÍA y JOSE BENHUR HERRERA VALENCIA, porque no sustentan un reparo atendible en sede del recurso extraordinario y tampoco demuestran la necesidad de un fallo en esta sede para lograr uno de los fines del control constitucional, la cual tampoco es advertida por la Corte.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

5. R E S U E L V E

Inadmitir las demandas de casación presentadas por los defensores de OMAR CÁRDENAS LÓPEZ, HERNANDO MEJÍA MEJÍA y JOSE BENHUR HERRERA VALENCIA.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Construir, Mantener, Operar y Transferir.

2 Esta cláusula fue adicionada, mediante el otro sí nro. 4 del 6 de marzo de 1997, así: «En caso de requerirse la ampliación de las redes locales actuales o

mejoramiento de las mismas con el fin de mejorar los recaudos, garantías para el proyecto, crecimiento de la demanda y asegurar que los beneficios lleguen al usuario final, dichas obras se considerarán inherentes y complementarias al proyecto y en caso que ELECTROLIMA no las pueda ejecutar directamente, podrán contratarse bajo este esquema».

3 «Cuando existan razones de urgente necesidad, las áreas interesadas solicitarán que se declare una urgencia, previa justificación. (...)».

4 Folios 59 del C.O. nro. 2 y 32-44 del nro. 4.

5 Folio 294, C.O. nro. 3.

6 Folios 19, 136, 150 y 190, C.O. nro. 7.

7 Folios 1-157, C.O. nro. 13.

8 Folios 56-97, C.O. nro. 14.

9 Folios 11-54, C.O. Fiscalía 9 delegada ante la Corte.

10 Folios 1-38, C.O. nro. 20.

11 63 páginas sin foliar, C.O. Tribunal Superior de Ibagué.

12 Comisión de Regulación de Energía y Gas.

13 Financiera Energética Nacional.

14 Páginas 50 y 51, sentencia de segunda instancia. Negrita y subraya por fuera del texto original.

15	Páginas	53-56, ibídem.
16	Página	36, sentencia de primera instancia. Subraya fuera del original.
17	Páginas	46 y 47, sentencia de segunda instancia. Subraya fuera del original.
18	Página	19, sentencia de primera instancia.
19	Página	28, ibídem. Las negritas fuera del texto original.
20	Página	25, ibídem. Las negritas fuera del texto original.
21	Página	49, ibídem. Las negritas fuera del texto original.
22	Página	34, sentencia de segunda instancia.
23	Ibídem.	
24	Página	35, ibídem.
25	Páginas	37 y 38, ibídem.
40		