



Rama Judicial
Juzgado Tercero Penal
Circuito de Neiva

República de Colombia

SENTENCIA PENAL

Neiva (H), veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Radicado: CUI 41 001 6000 586 2010 02587 00
Acusados: Luis Felipe Conde Lasso, José Sevel Castro Tovar, Carlos Eduardo Díaz Gutiérrez y Héctor Repiso Ramírez
Delitos: Contrato sin cumplimiento de requisitos legales
Decisión: Sentencia 1ª Instancia
Audiencia: Lectura de fallo – 2:30 pm.

I. ASUNTO.....	2
II. ANTECEDENTES.....	2
2.1. Identidad de los procesados	2
2.2. Los hechos	3
2.3. De las audiencias preliminares de control de garantías.....	4
2.4. Acusación	6
2.5. Audiencia preparatoria	6
2.5. Audiencia de juzgamiento	6
2.6. Alegaciones finales de las partes	10
a) De la Fiscalía General de la Nación.....	10
a) De la Defensa	12
Audiencia de individualización de la pena	17
III. CONSIDERACIONES	26
3.1. Competencia	26
3.2. Planteamiento de caso	26
3.3. Problema jurídico	27
3.4. Reglas aplicables al caso.....	27
a) Del delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales	27
b) La falta de planeación y los estudios previos.....	33
c) El principio de planeación en el evento en que se contrata la obra y los diseños de manera simultánea	34
d) Diferencias entre falta de planeación y fallas en los diseños	41
e) Diferencias entre contrato adicional y mayores cantidades (precisiones terminológicas).....	42
f) El alcance del contrato como criterio clave	59
g) Sobrecostos y sobredimensionamientos de la obra.....	59
3.5. Estimación y desestimación de las pruebas	60
3.5.1. Revisión de contenido	60
3.5.2. Análisis de las pruebas	89
3.6. Pena a imponer	108
IV. DECISIÓN.....	115



I. ASUNTO

Anunciado el sentido del fallo, procede el despacho a proferir la sentencia dentro del juicio que se adelantó contra LUIS FELIPE CONDE LASSO, JOSÉ SEVEL CASTRO TOVAR, CARLOS EDUARDO DIAZ GUTIÉRREZ y HÉCTOR REPISO RAMÍREZ, a quienes la fiscalía acusó como coautores - los dos primeros- e intervinientes -los dos últimos-, del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

II. ANTECEDENTES

2.1. Identidad de los procesados

LUIS FELIPE CONDE LASSO, se identifica con la cédula de ciudadanía No. 19.252.661 expedida en Bogotá D.C., nacido el 24 de agosto de 1978, de 69 años de edad, hijo de Alcides Conde Mora y Ercilia Lazo de Conde, residente en la calle 8 número 48-40, Neiva huila.

JOSÉ SEVEL CASTRO TOVAR, se identifica con la cédula de ciudadanía No. 12.125.361 de Neiva, nacido el 15 de diciembre de 1963, de 59 años de edad, hijo de Parménides Castro y Susana Tovar, residente en la calle 17 No. 41-19, Vergel Alto de Neiva.

CARLOS EDUARDO DIAZ GUTIÉRREZ, se identifica con la cédula de ciudadanía No. 79.422.312 expedida en Bogotá D.C., nacido el 12 de febrero de 1965 en Aipe, de 57 años de edad, hijo de Luis Carlos Díaz y Fénix Gutiérrez de Díaz, residente en la carrera 3 6-10 de Aipe.

HÉCTOR REPISO RAMÍREZ, se identifica con la Cédula de Ciudadanía No. 83.090.744 expedida en Campoalegre Huila, nacido en Campoalegre Huila el 20 de noviembre de 1977, de 46 años de edad, hijo de Alba



Julia Ramírez y Serafin Repiso, residente en la calle 19 No. 45A-41 del barrio la Rioja de Neiva.

2.2. Los hechos

Los hechos jurídicamente relevantes que son el fundamento del llamamiento a juicio, según el escrito de acusación, suceden en el municipio de Aipe Huila, entre los años 2008 a 2009. Es así como el 25 de agosto de 2008 el alcalde de ese municipio, LUIS FELIPE CONDE LASSO, celebró contrato de obra no. 054 con la unión temporal PROICOL representada por GUSTAVO MOSQUERA CHARRY.

El objeto del contrato fue el *estudio, diseño y construcción* de una obra consistente en la reposición y ampliación del alcantarillado y planta de tratamiento de aguas residuales del centro poblado de Praga (zona rural del municipio), que se adjudicó mediante licitación pública no. 001 de 2008, por valor de \$ 1.824.025.649,33 para ser ejecutado en el transcurso de 240 días calendario (entre estudios y diseño y etapa de obra). Las irregularidades al respecto se concentran en dos aspectos puntuales, conforme se expusieron en la formulación de imputación:

A) Falla precontractual:

No haber realizado adecuada planeación al momento previo de la apertura, proceso licitatorio 001 de 2008, del contrato no. 064 de 2008 por haberse abierto la licitación sin planear debidamente.

Se hizo una estimación exagerada de la población cuando para la época existían 630 habitantes en el centro poblado de Praga Aipe y la Secretaría de Desarrollo de Aipe reporta que la población beneficiada es de 1.360 habitantes, es decir, más del doble.



Adicionalmente, conforme los elementos probatorios allegados a la investigación, se tiene que para el año 2005 la población era de 625 habitantes, siendo la del 2008 de 630 pobladores, por lo que se advierte que –con el paso del tiempo– la población tendía más bien a reducirse que a incrementarse.

Dice que se desconoce cuáles fueron los criterios, parámetros o proyecciones que se tuvieron en cuenta para los estudios previos de la Secretaría de Desarrollo, situación que generó *sobrecostos* tanto en los estudios y diseños como en la construcción realizada, es decir no había necesidad de realizar la obra que se hizo, pues aunque la obra se llevó a cabo con buena calidad, se aumentó en aproximadamente el 125% de lo pactado inicialmente debido a la falta de una adecuada planeación.

B) Modificación

En desarrollo de la ejecución del contrato no. 064 de 2008 se presentó una modificación consistente en que el contrato inicial era por un valor de \$ 1.824.025.649,33 y fue adicionado por valor de \$ 2.114.556.916,58 (discriminados así: por obra adicional \$ 795.296.129,13 y por mayores cantidades de obra \$ 1.319.260.787,45). Se realizó entonces un incremento de más del 50% del valor inicialmente pactado, situación prohibida por el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

2.3. De las audiencias preliminares de control de garantías

El 31 de agosto de 2012¹ el Fiscal 12 Seccional solicitó las audiencias de imputación e imposición de medida de aseguramiento por los delitos de *interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, a los señores LUIS FELIPE CONDE

¹ Págs. 2 a 5 del archivo pdf “Cuaderno N° 1 Folio 1-139”



LASSO, JOSÉ SEVEL CASTRO TOVAR, CARLOS EDUARDO DÍAZ G., y HÉCTOR REPIZO RAMÍREZ.

El 30 de mayo del 2013² ante el señor Juez 2o Penal Municipal de Garantías de Neiva se llevó a cabo la audiencia de imputación de cargos a los referidos señores por los delitos mencionados, sin que se allanaran a los cargos. Se negó la imposición de medidas de aseguramiento.

El 27 de agosto de 2013³ la Fiscalía solicitó la preclusión de la investigación por atipicidad de la conducta e imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, asunto que le correspondió al Juzgado 4º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Neiva, quien el 19 de diciembre de 2013⁴ escuchó a las partes y concluyó el 28 de abril de 2014⁵, negando lo solicitado⁶. La fiscalía apeló la decisión y el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Neiva la confirmó el 10 de septiembre de 2014.

El 18 de septiembre de 2014⁷ la Fiscalía nuevamente solicitó la preclusión de la investigación por *atipicidad de la conducta*, y el mismo despacho el 19 de diciembre de 2013⁸ escuchó a las partes en audiencia que concluyó el 28 de abril de 2014⁹, negando lo solicitado¹⁰. La fiscalía apeló la decisión y el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Neiva la confirmó el 10 de septiembre de 2014.

El 18 de septiembre de 2014 la Fiscalía volvió a solicitar la preclusión de la investigación por *atipicidad del hecho investigado*, pero fue retirada posteriormente.

² Págs. 71 a 73 del archivo pdf "Cuaderno N° 1 Folio 1-139"

³ Págs. 78 a 82 del archivo pdf "Cuaderno N° 1 Folio 1-139"

⁴ Pág. 97 del archivo pdf "Cuaderno N° 1 Folio 1-139"

⁵ Pág. 115 del archivo pdf "Cuaderno N° 1 Folio 1-139"

⁶ Pág. 117 a 133 del archivo pdf "Cuaderno N° 1 Folio 1-139"

⁷ Págs. 78 a 82 del archivo pdf "Cuaderno N° 1 Folio 1-139"

⁸ Pág. 97 del archivo pdf "Cuaderno N° 1 Folio 1-139"

⁹ Pág. 115 del archivo pdf "Cuaderno N° 1 Folio 1-139"

¹⁰ Pág. 117 a 133 del archivo pdf "Cuaderno N° 1 Folio 1-139"



2.4. Acusación

El 19 de noviembre de 2014 la Fiscalía presentó escrito de acusación¹¹, para lo cual se dispuso realizarla en audiencia del 8 de mayo de 2015¹², pero se aplazó por renuncia del defensor de JOSÉ SEVEL CASTRO. El 18 de agosto de ese mismo año se realizó la audiencia, en la que se les acusó a todos los procesados como coautores del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

2.5. Audiencia preparatoria

Luego de varios aplazamientos finalmente se realizó el 2 de noviembre de 2016¹³, sin observaciones de la defensa respecto al descubrimiento probatorio. La defensa descubrió un número importante de elementos probatorios y se continuó el 10 de noviembre de ese mismo año, en el que se inició la enunciación de las pruebas por las partes, la que se continuó el 18 de abril de 2017. En esa fecha finalmente se concluyó la audiencia preparatoria, sin solicitudes de rechazo, exclusión o inadmisión y el despacho decretó la totalidad de las pruebas, sin que tal decisión fuera objeto de recursos.

2.5. Audiencia de juzgamiento

Se inició el 14 de noviembre de 2017 y tras varias sesiones de audiencia se culminó el 4 de mayo de 2022.

2.5.1. Teoría del caso

a) De la Fiscalía

¹¹ Pág. 2 a 24 del archivo pdf “Cuaderno N° 2 Folio 140-284”

¹² Pág. 40 y 41 a 133 del archivo pdf “Cuaderno N° 2 Folio 140-284”

¹³ Pág. 114 a 121 a 133 del archivo pdf “Cuaderno N° 2 Folio 140-284”



La fiscalía leyó los hechos del escrito de acusación y varios apartes de ese acto procesal, e indica que probará la responsabilidad de los acusados en los términos de dicho escrito.

b) De la defensa

- La defensa de LUIS FELIPE CONDE LASSO

Indica que demostrará más allá de toda duda razonable, que no se cometió ningún delito en la licitación pública 001 de 2008 y en el subsiguiente contrato de obra pública. Señala que *“ese contrato se realizó por precios unitarios y no se pudo de ninguna manera violar el párrafo que trae la Ley 80 de 1993 en el artículo 40 de que los contratos no se pueden adicionar en más del 50%.”* Hace referencia a los detalles relacionados con el valor inicial del contrato, el valor adicionado por obra adicional y por mayores cantidades de obra, señalando que, por ser un contrato por precios unitarios, *“permite que esas obras adicionales se adicionen en hasta el 50%, pero las mayores cantidades de obra, por esa razón, permite que se también se paguen, porque en la modalidad de contrato no es a todo costo.”*

Indica que la Fiscalía no podrá demostrar más allá de toda duda razonable que se cometió un delito. Indica que, en lo referente a la falta de planeación, demostrará que se hizo *“conforme a las normas del reglamento técnico del sector de agua potable y saneamiento RAS, Resolución 1097 de noviembre de 2000, que permite de alguna manera hacer estas obras, tratando de proyectar hacia el futuro de acuerdo con la población que de ninguna manera es decreciente sino va en aumento”*.

Retoma el tema del valor de la adición para indicar que el contrato, *“por ser a precios unitarios, nunca superó la adición en más de 50% permitido por el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993”* y añade



que la defensa centrará la discusión de la *no comisión* de la conducta punible en que ese tipo penal *no se cometió*.

- El Defensor de CARLOS EDUARDO DÍAZ

Afirma que probará que no se incurrió en el señalado delito cuando se desempeñó como asesor técnico entre los años 2008 a 2011, particularmente en lo que tiene que ver con el estudio previo del proceso de contratación y licitación 001 2008, en razón a que “*lo que se hizo corresponde exactamente a lo que la norma implica y obliga*” porque el cálculo de la población beneficiaria del proyecto se hizo conforme a la norma RAS, que obliga a planear a futuro y a tener en cuenta una serie de variables como la población flotante, la existencia de centros educativos, situaciones de desplazamiento, de loteos y de otra serie de circunstancias que hacen que esa cifra de población beneficiaria nunca sea la misma.

Dice que especialmente ese sector de Praga tenía problemas de orden público. Que por ese motivo era fácil que en algún momento en que se realice un estudio sobre la población, esta hubiera podido tener algún tipo desplazamiento que afectará a las cifras hacia abajo. Pero que en las actuales condiciones esa afectación ya no existe y que la norma RAS obliga a que se tiene que planificar a 20 o 30 años, y más, si se hubiera planificado para una población de 630 personas únicamente o menos, habría una obra que jamás cumpliría con los fines del Estado de la población a futuro.

2.5.2. Actividad probatoria

a) Estipulaciones Probatorias

Las partes presentaron varias estipulaciones probatorias. En la primera, suscrita el 22 de noviembre de 2017, se estipuló lo siguiente:



- La plena identificación, individualización y arraigo de todos los procesados;
- La calidad de servidores públicos de LUIS FELIPE CONDE LASSO y JOSÉ SEVEL CASTRO TOVAR, y sus funciones;
- La condición de contratista de CARLOS EDUARDO DIAZ GUTIÉRREZ y HÉCTOR REPISO RAMÍREZ;
- La carencia de antecedentes penales y disciplinarios de los procesados.

En escrito presentado en audiencia de 15 de enero de 2019 pactaron retirar del debate probatorio todo el trámite de la Licitación 01 de ese año, incluyendo proyecto, estudios previos y su contenido, el que describieron de manera detallada: la publicación del proyecto de pliegos, las observaciones presentadas por los interesados, los pliegos definitivos, el proceso de evaluación, la adjudicación, el contrato de obra, las pólizas, acta de inicio, desembolso del anticipo, inicio de la etapa de diseño, la entrega de los diseños, los documentos suscritos durante la ejecución del contrato en materia de actas y cuadros comparativos, el plan ambiental, el resumen ejecutivo del proyecto, informes de interventor, modificaciones al contrato, actas de obra parcial ejecutada, facturas, ordenes de pago, aprobación de mayores y menores cantidades, las disponibilidades presupuestales, los registros de las mismas y las ampliaciones de las pólizas.

b) Pruebas de la Fiscalía General de la Nación

En desarrollo del juicio oral la fiscalía presentó a DARÍO ESQUIVEL SUÁREZ, DIANA PATRICIA RAMÍREZ GÓMEZ, JORGE ARMANDO GALINDO RODRÍGUEZ, JAIRO ANDRÉS OSORIO CAMPO y MARCELA BOLÍVAR ÁVILA (con ella, aunque se inició, luego se desistió)

c) Pruebas de la defensa



Se recibieron los testimonios de HÉCTOR REPISO RAMÍREZ, LUIS EDUARDO POLANÍA, CARLOS EDUARDO DÍAZ GUTIÉRREZ, GUSTAVO MOSQUERA CHARRY, AMADEO RODRÍGUEZ AVILEZ y LUIS FELIPE CONDE LASSO.

2.6. Alegaciones finales de las partes

a) De la Fiscalía General de la Nación

Indica que demostró a través de juicio oral la responsabilidad del delito endilgado a los señores LUIS FELIPE CONDE LASSO, JOSÉ SEVEL CASTRO TOVAR, CARLOS EDUARDO DÍAZ GUTIÉRREZ y HÉCTOR REPISO RAMÍREZ, como coautores los dos primeros e intervinientes los dos últimos, en modalidad dolosa; que se logró demostrar más allá de toda duda razonable los hechos jurídicamente relevantes ocurridos en los años 2008 y 2009, que fueron esbozados en la acusación.

Hizo un resumen de los hechos de la licitación 01 de 2008 del municipio de Aipe, indicando fechas y cifras para afirmar así que el burgomaestre faltó al deber de planeación porque intervino y convalidó estudios previos que tenían una estimación desproporcionada de habitantes (pues eran muchos menos y con tendencia a disminuir), y señaló que, de esa falta a dicho deber, como consecuencia, el valor estimado sufrió un aumento exagerado, superior al 125% del inicial, pues en el diseño inicial se proyectaron obras superiores al 80% y luego, en la ejecución, el valor aumentó aún más. Indica que por ese motivo incurrieron en ese delito el Alcalde, el Secretario de Planeación, el Asesor Jurídico y el Asesor Técnico de contratación.

Adujeron que sólo se necesitaba un estudio de prefactibilidad que no abarcó aspectos esenciales de la norma RAS de 2000 para proceder a la contratación, de manera que se pudiera definir con certeza el alcance del objeto a contratar, poniendo en riesgo el control financiero



del contrato y el interés público; que demostró la identidad, individualización y arraigo de los procesados y sus calidades de servidores públicos y contratistas, así como las funciones que les correspondía a cada uno de ellos.

Señaló que los asesores técnico y jurídico participaron en el proceso de selección del contratista, y el primero en la etapa de planeación de la referida licitación. Indica que, con las estipulaciones, se acreditó que el Alcalde dispuso el trámite de la licitación 01/18, presentando la ficha del proyecto, dispuso los recursos presupuestales para el proyecto, que el presupuesto inicial fue realizado por el Secretario de Planeación y el Asesor Técnico -procesados-, sobreestimando la población beneficiaria que estaba decreciendo, lo cual no se analizó en los estudios previos. Explicó los diferentes métodos de hacer los cálculos, señalando que utilizó el método equivocado por no tratarse de una población con alto desempeño económico.

Enfatiza en que no se había determinado el alcance del contrato por falta de un estudio previo que así lo definiera; que no se mencionó siquiera que el colegio requería también este servicio; y que estas faltas de planeación contradicen lo señalado por el Asesor Técnico que -en su declaración- señala que se trataba de asuntos imprevisibles. Indica que la aplicación de la norma RAS debía ser realizada de manera previa a la licitación y no como resultado de la ejecución del contrato; que omitieron estos requisitos esenciales a este tipo de objetos contractuales relacionados con acueducto y alcantarillado.

Hizo referencia detallada a la prueba documental que se incorporó como soporte de las estipulaciones, refiriéndose al contenido probatorio de cada uno de tales elementos.

Señala que, en general, los planteamientos que dieron lugar al aumento del valor del contrato, eran todos previsibles y que por ese



motivo los procesados incurrieron en el delito por el cual fueron acusados.

Menciona la decisión de la honorable Corte Suprema de Justicia en el auto de 26 de septiembre del 2018, radicado AP 4136 del 2018, frente a la teoría del caso de la defensa, relacionada con la diferencia entre adición y mayores cantidades, y señala que la Ingeniera PATRICIA RAMÍREZ ROJAS, en su testimonio señaló que, pese a que no hubo sobrecostos, los valores que hicieron más oneroso el contrato corresponden a situaciones que eran previsibles con antelación a la ejecución del contrato. Solicita se profiera sentencia condenatoria en contra de los cuatro enjuiciados como coautores del delito por el que fueron acusados.

a) De la Defensa

Dr. Richard Mauricio Gil Ruiz - HÉCTOR REPISO RAMÍREZ

Empezó a referirse a los hechos jurídicamente relevantes planteados en la acusación para su exposición, que está planteado en dos puntos. Sobre el primero de ellos, relacionado con la estimación de la población, indica con énfasis que el objeto del proceso contractual fue el “estudio” y diseño y construcción, explicando las dos fases de ejecución del contrato para hacer referencia a la adición y a las mayores cantidades de obra, lo que califica como un punto medular.

Compartió el informe de estimación de la población obtenido con la ejecución del contrato. Se refiere en detalle al mismo, a sus fórmulas y sus resultados. Concluye entonces que el resultado del estudio contradice la afirmación de la Fiscalía sobre la tendencia decreciente de la población beneficiaria y que por tal motivo no hubo falta de planeación.



Se refiere luego a *“otro de los aspectos que la Fiscalía se duele en lo que tiene que ver con la falta de planeación”*, sobre el valor final del contrato e hizo referencia al testimonio de HÉCTOR REPISO RAMÍREZ, porque -dice- que olvida la Fiscalía que se contrató en un mismo proceso los estudios y la obra; que la Fiscalía sólo está exigiendo que se haga en dos contratos, pero no que se hubiera planeado mal el contrato, porque el estudio resultado de la ejecución del contrato permitió determinar las condiciones técnicas y económicas de la obra. Así, frente a la afirmación de que las obras eran previsibles, señala que así es, y precisamente por ello es el informe del contratista.

Señala que no se pueden satanizar las adiciones y mayores cantidades porque están previstas en la Ley 80 de 1993; que HÉCTOR REPISO RAMÍREZ, como abogado, nada podía aportar respecto de los asuntos técnicos de la ingeniería del contrato. Explica entonces la diferencia entre adición y mayores cantidades, indicando que la primera no superaba el 50%, y así se indicó expresamente en las consideraciones del contrato, en el que se citó un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Reitera que el abogado, HÉCTOR REPISO RAMÍREZ, no tenía los conocimientos para establecer una falta de planeación en la adición y mayores cantidades.

Indica que, si eventualmente no se considera acertado el concepto del Consejo de Estado, entonces puede concluirse que al confiar en el mismo se obró sin dolo, con culpa.

Solicita un fallo absolutorio para su prohijado, HÉCTOR REPISO RAMÍREZ, pero que en el evento contrario se reconozca la extinción de la acción penal por prescripción de la acción, pues la imputación es de 30 de mayo de 2013, y el delito le fue imputado a título de interviniente (menos $\frac{1}{4}$ parte), de manera que como la pena para el



delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* en entones era de 64 a 216 meses, quedando de 48 a 162 meses; que como después de la imputación el término a tener en cuenta es la mitad de la pena máxima, sería entonces 81 meses, desde el 1º de diciembre de 2019. Solicita en todo caso que en caso de encontrarse razones para absolver sin acudir a reconocer la prescripción de la acción, así se haga.

**Dr. Néstor Enrique Sánchez Arias - CARLOS EDUARDO DÍAZ
GUTIÉRREZ**

Solicita al señor juez la sentencia absolutoria a favor de su prohijado afirmando que el material probatorio no conduce al grado de convicción y certeza de la supuesta conducta punible ni la responsabilidad del procesado.

Se refiere al principio de congruencia indicando que el procesado no puede ser objeto de condena por hechos que no se incluyan en la acusación. Hace referencia a los dos eventos planteados en la acusación, indicando que la falla precontractual se concreta en la estimación de la población; resalta que, conforme a los testigos, y sobre todo al investigador JAIRO ANDRÉS OSORIO OCAMPO, él sólo tuvo en cuenta la información del DANE, sin atender el colegio y los campesinos que llegaban el fin de semana.

Señala que la Fiscalía confunde los conceptos de adición y mayores cantidades de obra. Se refiere a los principios de la administración pública y señala que la Fiscalía sólo acusó por violación del principio de transparencia, pese a que después mencionó otros principios.

Resalta que el principio de antijuricidad material implica que le corresponde a la Fiscalía probar la lesión del bien jurídico tutelado, e indica que no se violó la norma RAS con la obra; que no se violó ninguna otra norma; y que no hubo sobrecostos.



Hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Neiva, y señala que prima el contrato sobre los pliegos de condiciones. Dice que no hubo sobre costos, que las mayores cantidades de obra son diferentes de las adiciones; que las obras no quedaron inconclusas; resalta que en los estudios previos se hizo una detallada relación de las obras a realizar.

Solicita que se absuelva a su prohijado y que, en subsidio, se decrete la prescripción de la acción.

Dr. Carlos Andrés Ruiz Ospina - JOSÉ SEVEL CASTRO TOVAR

Afirma que los planteamientos de los defensores que le anteceden son aplicables a su prohijado, que no hubo sobre costos, sobre las falencias en los estudios previos señala que es imposible que no puedan tener todos los puntos previsibles como si fuera una ciencia exacta. Así, por ejemplo, lo relacionado con los pozos, era un asunto que sólo podía conocerse si se abría para conocer su estado.

Indica que no se pueden satanizar las adiciones y mayores cantidades; que no es un “elefante blanco” porque la obra se terminó y es eficiente resolviendo las necesidades de la comunidad. Sobre la población, indica que era necesario tener la tendencia nacional, y que debía tenerse en cuenta los estudiantes del internado y la población flotante.

Indica que no se obró con dolo y por eso solicita la absolución.

Dr. Ernesto Cruz - LUIS FELIPE CONDE LASSO

Solicita la absolución, señala que se requiere certeza para condenar, que sobre el nuevo decreto de contratación de 2015 establece cuáles son los documentos del proceso de contratación. Hace referencia



igualmente al Decreto 1150 de 2007. Indica que la licitación es la modalidad más exigente de la contratación pública, y fue la que se usó para este caso, en la que se incluyó estudios, diseños y obra.

Hace referencia a los valores y objeto del contrato; que el contrato se cumplió *a pie juntillas*; que lo que incidió en los costos fue haber realizado una obra *futurista*; que cuando se trata de objetos complejos, en vez de hacer varias licitaciones, hacen una sola para darle rapidez al proyecto; que se hizo una vigilancia estricta por tratarse de recursos de regalías; que se hicieron compensaciones de obra; que todo no constituye una adición; que los procesos de licitación se hacen para contratar y no para no contratar; que el internado también se benefició de la obra; que las mayores cantidades de obra eran necesarias y diferentes de las adiciones, señalando que éstas son ítems necesarios que no estaban previstos, mientras que las mayores cantidades son ítems ya creados pero insuficientes.

Insiste en que las mayores cantidades de obra no son adiciones, y hace referencia a los valores de cada una de ellas.

Lee los estudios previos en la parte de la necesidad; señala que la Fiscalía no acreditó que la obra esté realizada para una cantidad de habitantes exagerada; indica que la obra se ejecutó conforme a las condiciones pactadas; hace referencia a las actas de inicio; y la entrega de los estudios por parte de Proicol, afirmando que hubo estudios “*por todo lado*”.

Afirma que hay atipicidad de la conducta, porque no se violaron los principios de transparencia ni el de planeación, y solicita la sentencia absolutoria.

Réplica de la Fiscalía



Indica que no se les imputó a los procesados que la obra haya quedado inconclusa; que el valor inicial del contrato no sufrió sobrecostos pero que sí hubo fallas de planeación por la omisión de los estudios de las normas RAS, que generaron un incremento exagerado porque superó el 125% del valor inicial, sin afirmar que se haya violado la norma que establece el límite para las adiciones.

Dr. Néstor Enrique Sánchez Arias - CARLOS EDUARDO DÍAZ GUTIÉRREZ

La Fiscalía no puede pretender que se sancione por hechos que no fueron objeto de acusación, y que como no se le imputó a los procesados la omisión de la aplicación de la norma RAS, entonces no puede existir condena en ese sentido. Fue el único apoderado que presentó intervención frente a la réplica de la Fiscalía.

Anuncio del sentido del fallo

El despacho anunció el sentido de fallo condenatorio para LUIS FELIPE CONDE LASSO y JOSÉ SEVEL CASTRO TOVAR y absolutorio para CARLOS EDUARDO DIAZ GUTIÉRREZ y HÉCTOR REPISO RAMÍREZ.

Audiencia de individualización de la pena

Fiscalía

Indicó las condiciones civiles, familiares y sociales de los procesados Luis Felipe Conde Lasso y José Sevel Castro Tovar. Señala que tienen otras investigaciones penales.

Sobre la determinación de la pena a imponer indica que debe ubicarse en los cuartos medios de 102 a 178 meses de prisión en la medida en que la acusación se hizo con circunstancias de menor y mayor



punibilidad, por la carencia de antecedentes penales y por obrar en coparticipación criminal. Sobre los subrogados penales afirma que no proceden porque la reglamentación de los mismos para la fecha de los hechos así:

La suspensión condicional de la ejecución de la pena debe aplicarse el artículo 63 del Código Penal antes de la modificación de la Ley 1709 de 2014, que establecía como requisito objetivo que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años y en este caso la pena mínima es de 64 meses, reiterando que debe aplicarse los cuartos medios. Sobre el requisito subjetivo dice que, aunque no tienen antecedentes penales, sus condiciones personales hacen necesaria la pena. Añade que si sería preciso aplicar también el inciso adicionado por el artículo 4 de la Ley 890 de 2004 a esa norma, el cual supedita su concesión al pago total de la multa, la cual dosifica en los cuartos medios también. Finalmente indica que el subrogado no procede tampoco aplicando la modificación de la Ley 1709 de 2014, pues el artículo 68A del Código Penal incluye los delitos dolosos contra la Administración Pública.

La prisión domiciliaria indica que no se cumple con el requisito objetivo de que la pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos, prevista en el artículo 38 del Código Penal, sin la modificación de la Ley 1709 de 2014, y si se aplicara la norma posterior tampoco se podría conceder por la prohibición señalada del artículo 68A ya mencionado.

Remitió el informe de arraigo, consulta web de la cédula de ciudadanía, consulta en línea de antecedentes disciplinarios y penales, consulta al sistema SPOA, y un título de magíster para JOSÉ SEVEL CASTRO TOVAR.

Víctima



Manifiesta que solicita que no se concedan beneficios en atención a la gravedad de los delitos.

Defensa de Luis Felipe Conde Lasso

Hace referencia a las condiciones civiles, familiares y sociales de Luis Felipe Conde Lasso, relacionando los documentos que remitió para acreditarlas. Indica que es pensionado y se encuentra imposibilitado para pagar la multa. Señala que es padre de María Alejandra Conde Arias, quien estudia Derecho y depende de la pensión de su padre y de su señora madre. Adjunta certificado de antecedentes disciplinarios y penales que dan cuenta de que carece de antecedentes de ese tipo. Dice que aportó prueba de matrimonio religioso vigente; dos declaraciones extrajuicio que indican que es casado, tiene dos hijas, su domicilio en Neiva y se dedica a la agricultura.

Sobre las investigaciones registradas en el sistema SPOA dice que la Corte Constitucional ha indicado que no se pueden tener en cuenta porque entonces se estaría ante un sistema penal peligrosista y cita un comunicado de prensa de dicha Corporación.

Sobre la punibilidad hace la distribución de cuartos dice que debe aplicar el mínimo porque en la acusación sólo se hizo alusión a las circunstancias de mayor punibilidad de la coparticipación criminal y la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad. Sobre esta última alude a la Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de febrero 23 de 2005, Rad. 19762, donde se indica que los elementos del tipo no pueden tenerse como agravantes del mismo, razón por la cual no puede tenerse en cuenta la condición de servidor público para efectos de la tipicidad de la conducta y para, además, la adecuación de la circunstancia de mayor punibilidad, toda vez que se afectaría el principio de *non bis ibidem*. Cita varias providencias en el



mismo sentido. Indica que este razonamiento es aplicable también a la causal de coparticipación criminal. Indica que en los alegatos de conclusión la Fiscalía no hizo referencia a estas circunstancias, y que no se sustentaron, sino que apenas se mencionaron, en la imputación, acusación y alegatos de conclusión.

Con respecto a la multa e inhabilidad hace la dosificación respectiva.

Sobre los subrogados dice que no solicita la suspensión condicional de la ejecución de la pena porque no se cumple con el requisito objetivo, tampoco la libertad condicional porque no ha estado detenido.

Sobre el artículo 38A del Código Penal, que estaba vigente para la época, por el principio de ultraactividad, dice que la vigilancia electrónica, que es una modalidad de prisión domiciliaria autónoma, indicando las modalidades de la misma según la sentencia que declaró exequible dicha norma, y que los requisitos son: que la pena impuesta no supere los 8 años de prisión, el delito por el cual se condena no está en la lista de los proscritos para el beneficio, carece de antecedentes y que se pague la multa. Sobre este último requisito señala que fue declarado exequible de manera condicional en la Sentencia C-185/11 en el entendido que en caso de demostrarse la insolvencia actual del condenado, el no pago previo de la multa no impedirá la concesión del subrogado de vigilancia electrónica.

Sobre la prisión domiciliaria del artículo 38B del Código Penal indica que también es aplicable esta norma que fue adicionada por la Ley 1719 de 2014, que establece como requisito objetivo que la sentencia se imponga por una pena mínima prevista en la Ley de 8 años de prisión, que se cumpliría al aplicar el cuarto mínimo, no se trata de un delito incluido en el artículo 68A y cumple con los demás requisitos subjetivos. Sobre el artículo 68A indica que fue incorporado con la Ley



1142 de 2007, o sea vigente para la época de los hechos, hasta cuando fue modificado por la Ley 1453 de 2011 que en el artículo 28 incluyó en el inciso 2º el delito de celebración indebida de contratos. Afirma que la Ley 1142 estuvo vigente hasta cuando entró en vigencia la Ley 1453 y sólo tenía como restricción que la persona fuera condenada por delito preterintencional o doloso en los 5 años anteriores, pero no tenía el inciso 2º que se incluyó a partir de la Ley 1453 de 2011, artículo 28. Entonces, también, por ultraactividad de la ley es que le es aplicable, porque por el principio de legalidad, estaba vigente para la época en que se cometió el delito.

Concluye que son aplicables dos subrogados: el 38A, vigente para la época, y el 38B, vigente actualmente, teniendo en cuenta que el artículo 68A, al cual hace referencia, fue adicionado por la Ley 1142 de 2007, para la época de los hechos.

Solicita que la detención de su prohijado no se ejecute hasta que el fallo quede ejecutoriado, como lo establece el artículo 450 del CPP cuando dice que, si el acusado es declarado culpable y no se hallare detenido al momento de anunciar el sentido del fallo, el juez puede disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia. Resalta el aparte del inciso 2º de la norma dice que “Si la detención es necesaria” para indicar que en la Sentencia C-342/17 se señaló que la regla es la libertad y la excepción la privación de la misma, por virtud de principios que menciona en detalle. Cita un auto penal de la Corte Suprema de Justicia AP4711-2017 radicado 49734 de 24/07/2017 que lee, donde básicamente dice que “resulta imperativo que la privación de la libertad se ordene en el mismo momento en que se anuncia el sentido del fallo”, aludiendo a la coherencia entre el sentido del fallo y el fallo. Dice que debe aplicarse el criterio de la Corte Constitucional. Lee el referido auto, en la parte donde cita el auto de 30/01/2008, rad. 28.918, donde dice “En todo caso cada situación deberá ser analizada en forma concreta; muy



probablemente no estarán cubiertas por la excepción (i) aquellas personas que han rehusado su comparecencia ante los jueces, (ii) quienes se han escondido o dificultado las notificaciones a lo largo de la actuación, (iii) los que han utilizado estrategias dilatorias en busca de beneficios, (iv) los procesados que han tenido que ser conducidos policialmente para que hagan presencia en la actuación y, (v) en general, cuando se den las mismas circunstancias que ameritan la imposición de una detención preventiva.” Por lo anterior hace referencia al arraigo del procesado, que es una persona de la tercera edad, que ha comparecido al proceso.

Reitera con insistencia los mismos planteamientos. Indica que la sentencia de constitucionalidad del artículo 450 del CPP, debe aplicarse de manera prioritaria.

Defensa de José Sevel Castro Tovar

Señala, para no ser repetitivo, que hace suyas las intervenciones del anterior apoderado, que no comparte la posición de la Fiscalía en lo relacionado con la aplicación de los cuartos medios porque el tipo penal exige un sujeto calificado - funcionario público y utilizar esa misma circunstancia para mayor punibilidad estima que es desproporcionado. Invoca el art. 3º del C. Penal para solicitar que se aplique el cuarto mínimo de movilidad.

Estima que por el principio de favorabilidad se puede aplicar el artículo 188 de la Ley 600 de 2000, el cual señala que -si se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena-, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia. Refiere que hay posiciones encontradas en la Corte Suprema de Justicia y en algunos jueces vía tutela, pues han encontrado que es posible aplicar el principio de favorabilidad entre la Ley 600 y la Ley 906, pues tratan el mismo tema específico. Cita la sentencia STC 4969 de 2020 del



30/07/2020, de la Sala de Casación Civil, la sentencia C-342 del 2017 y el Juzgado 20 Penal de Circuito de Bogotá en el proceso de Aida Victoria Merlano acogió esos planteamientos y concedió la prisión domiciliaria, por lo que ordenó librar la orden de captura pero que aquella orden se cumpliría cuando la decisión quedará ejecutoriada. Destaca la actitud del procesado en la comparecencia al proceso y estima que ese fue el criterio para que el despacho al momento de dictar el sentido del fallo permitiera que continuaran en libertad.

Hace relación a las condiciones profesionales de su prohijado, que la obra está prestando servicio a la comunidad de Praga y que por ello no es un peligro para la misma. Indica que tiene conformada una pequeña familia con su señora y sus hijos, uno de 12 y otro de 8 años, que de los registros civiles se corrió traslado previo a la audiencia, así como una certificación del colegio de que el procesado es el acudiente principal, que no cuenta con antecedentes penales.

Reitera que conforme a la anterior intervención que, dada la fecha de los hechos, que en el artículo 38A, vigente para la fecha de esos hechos, permitía la vigilancia electrónica, permitiendo que se aplique cuando la pena es de hasta 8 años de prisión.

De manera subsidiaria solicita que se le reconozca como padre cabeza de familia, de 2 menores de edad, que no se trata solamente de ser el padre y simplemente procrear para pedir esta figura, sino ver las calidades de la persona y el beneficio que le presta a los menores; que su representado es el que garantiza la unión familiar tanto por el apoyo emocional como económico, y que los menores de edad dependen 100% de lo que realiza, por lo que se puede considerar como padre cabeza de familia. Indica que la legislación no ha pretendido que para configurar la situación de padre cabeza de familia, que el cónyuge no exista, sino que es preciso ver quién está en mejor posición a efectos de poder soportar el apoyo familiar, pues la sanción es para el padre



y no para los hijos. Considera que se cumplen a cabalidad los presupuestos exigidos por la Ley 750 del 2002, aplicable a los padres de acuerdo a la sentencia C-184 de 2003; que para su concesión el procesado puede acceder a través de dos vías, el artículo 38 del C. Penal y la establecida en la Ley 750 del 2002; y que, en atención a la vida personal, laboral, familiar y social de su representado, es suficiente la reclusión en su residencia.

Reitera las condiciones del procesado, los derechos de los menores de edad, el fundamento constitucional de los mismos. Indica que se corrió traslado de las tarjetas de identidad, los registros civiles, una certificación del Colegio donde estudian y da cuenta que el acudiente es su representado, así como un contrato de prestación de servicios para acreditar que está laborando. Hace referencia al arraigo.

Traslado a la Fiscalía

Respecto de las solicitudes de la defensa de LUIS FELIPE CONDE LASSO, indicó que cuando solicita que se conceda la prisión domiciliaria con base en el artículo 38B del C. Penal en vigencia la Ley 1709 de 2014, haciendo referencia a que el requisito del numeral segundo, establecido como una de las exigencias concurrentes para la procedencia, se suple con el artículo 68A antes de la modificación de la Ley 1453 del 2011, en el artículo 28. Para ello, la fiscalía trae a colación la imposibilidad de mezclar los aspectos favorables de normas vigentes para construir una tercera ley aplicable, como lo establece la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SP 1500-2020, proceso 54332 de 17 de junio de 2020, que señala que pretender establecer una suerte de ley tercia, compuesta por los apartes que le favorecen al procesado y hacer una mixtura normativa, conduce a la suplantación de legislador, en este caso hablando de la suspensión de la ejecución de la pena. Afirma que la aplicación del artículo 38 B con la modificación de la Ley 1709 del 2014, debe hacerse bajo las



condiciones en las cuales él mismo está vigente, es decir, a partir de esa modificación y con las normas vigentes al momento de expedirse el mismo como es la norma del inciso segundo que lo proscribiera, solicitado que se denieguen los dos subrogados.

Respecto de la solicitud del doctor Carlos Ruiz también solicita que se niegue porque no se configuran los requisitos para la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, habida cuenta que de los elementos probatorios trasladados se entiende claramente la existencia de la cónyuge del señor CASTRO TOVAR, quién estaría en capacidad de asumir el sustento de los menores.

Defensa Luis Felipe Conde Lasso

Insistió en que se aplique por favorabilidad el artículo 68A que fue creado con la Ley 1142 de 2007 en su artículo 32 como una norma ultra activa, porque en ese tiempo, cuando se creó en el año 2007, no traía sino el primer inciso, que es que la persona no tenga antecedentes dentro de los 5 años anteriores. Posteriormente con la Ley 1453 de 2008, artículo 28, a ese artículo 68 se le incluyó el inciso segundo y se excluyó los delitos contra la administración pública.

El artículo 38B fue adicionado con la Ley 1709 de 2014, que en el artículo 23 hizo referencia al 68A. Ahí no hay una mixtura de normas, ahí lo que primero existió en el tiempo fue el artículo 68A, y después vino el 38B que reguló los requisitos de la prisión domiciliaria.

Defensa de José Sevel Castro

Insiste en que es viable diferir el cumplimiento las decisiones que se tome en la sentencia hasta tanto quede firme la decisión. Respecto de la prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia, recuerda que la norma no exige que la persona sea viuda o sean huérfanos,



simplemente se debe mirar el beneficio de los menores; que quien vela por esta familia, por su sustento económico, es su representado, y la fiscalía no presentó ninguna evidencia en contrario. Indica que la esposa del procesado tiene un título, pero no se demostró que trabajara pues es ama de casa.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

A Despachos Judiciales de esta categoría corresponde el juzgamiento de las conductas punibles objeto de este proceso, tal como lo señala el artículo 36, numeral 2º de la Ley 906 de 2004.

3.2. Planteamiento de caso

La Fiscalía plantea que los procesados son responsables por su intervención en dos conductas concretamente: una, por realizar unos estudios previos en los que se sobredimensionó la población beneficiaria, causando así la realización de una obra que no cumple con los fines de la administración pública; y otra, por liquidar el contrato con una adición superior a la permitida (50%).

La defensa se finca, respecto al primer punto, en que la estimación de la población beneficiaria se realizó conforme a la norma que regía ese tipo de proyectos, que era obligatoria, y sobre el segundo en que no es dable confundir mayores cantidades de obra con obras adicionales para calcular el límite del 50%.

Para resolverlo haremos una mención necesaria a la jurisprudencia sobre el tipo penal en cuestión, en particular a los principios de la contratación estatal; luego abordaremos lo concerniente a la *falta de planeación*, para establecer las reglas que se aplicarán al primer punto



relacionado con la sobreestimación de la población beneficiaria; y finalmente nos referiremos a la jurisprudencia tanto administrativa como penal que distingue entre obras adicionales y mayores cantidades de obra.

Será necesario referirnos también a la diferencia entre *falta de planeación* y *fallas en los diseños*, que el despacho considera que son conceptos diferentes. Así mismo se abordará la aplicación del principio de planeación en los procesos de contratación en los que la Ley 80 de 1993 permite la apertura de la licitación sin contar con diseños, porque el objeto del contrato es –precisamente– hacerlos, para luego ejecutarlos en la obra. Se hará también una referencia tangencial a la diferencia entre sobrecostos y sobredimensionamiento de una obra, frente al delito en cuestión.

3.3. Problema jurídico

Corresponde establecer si está probado más allá de toda duda la responsabilidad penal de los acusados en el delito que les fue imputado, y para ello habrá de determinarse si sus actos infringieron las normas señaladas por la Fiscalía para tipificar el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

3.4. Reglas aplicables al caso

a) Del delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales

Está tipificado así:

“Artículo 410. *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales*. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo



celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.” (Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004)

La norma citada fue declarada exequible en las sentencias C-917 de 2001 y C-652 de 2003, esta última en el entendido que, si la celebración indebida de contratos produce daño patrimonial al Estado, la inhabilitación para ejercer funciones públicas será intemporal. En reciente providencia de la Corte Constitucional, SU214/22, se refirió en extenso a este tipo penal. La estructura de la decisión se refiere, entre otros tópicos, a los siguientes:

- A. Historia, alcance y contenido del tipo penal de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales
- B. El interés general como cimiento de la contratación pública
- C. El contrato de obra pública
- D. (...)
- E. El contenido y alcance de las adiciones contractuales y de los contratos adicionales a la luz de la Ley y de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia
 1. Los conceptos de adición contractual y contrato adicional en las leyes que han regulado la contratación pública
 2. La diferencia entre las mayores cantidades de obra y las obras adicionales a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado
 3. Los conceptos de adición y contrato adicional en la jurisprudencia y los conceptos del Consejo de Estado



4. Los conceptos de adición y contrato adicional en la jurisprudencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado
5. Los conceptos de adición y contrato adicional en la doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado
6. Los conceptos de adición y contrato adicional en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

Como se observa, se trata de una providencia que recoge los principales temas objetos de la presente decisión. Haremos referencia inicial a la tipificación de la conducta y posteriormente, en cada tema, traeremos nuevamente a colación esta providencia para contrastarla con las demás que se consideran pertinentes.

Respecto de los verbos rectores las conductas delictuales tipificadas, son tres: (i) *tramitar* contratos sin observación de los requisitos legales esenciales; (ii) *celebrar* contratos sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales; y (iii) *liquidar* contratos sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales. La tramitación “*corresponde a la fase precontractual, comprensiva de los pasos que la administración debe seguir desde el inicio del proceso hasta la celebración del contrato*”.¹⁴ Celebrar el contrato significa formalizarlo “*para darle nacimiento a la vida jurídica, a través de las ritualidades legales esenciales*”, y liquidarlo comprende “*una actuación administrativa posterior a la terminación del contrato, por cuyo medio las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto derivado de su ejecución*”.¹⁵

¹⁴ Velásquez, Gomez, Iván; Velásquez Gil Víctor Javier, Delitos contra la Administración Pública – Jurisprudencia temática 2001-2018 Corte Suprema de Justicia, Vol. 1, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 1ra Edición, 2019, Medellín, p. 232.

¹⁵ Ibidem.



No están comprendidas las acciones u omisiones que se den en el marco de la ejecución del contrato.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha agrupado estas conductas en dos categorías, al señalar que el tipo penal “[e]ncierra dos modalidades alternativas de ejecución: la primera, no observar los requisitos legales sustanciales en el trámite, lo que involucra todos los pasos previos hasta su celebración; y, la segunda, al momento de su formalización o de su liquidación, omitir verificar que se hayan satisfecho”.¹⁶

Como -con énfasis- lo indica la Corte Constitucional, el interés general es el cimiento de la contratación pública.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SP17159-2016 se ha referido a la tipificación de este delito, en particular respecto del ingrediente normativo, que es quizás el que genera mayor controversia, de la siguiente manera:

“5.3.1 En relación con el ingrediente normativo *requisitos esenciales*, no cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de ley aplicables a la contratación estatal realiza el tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El quebrantamiento de la legalidad en las fases de tramitación, celebración o liquidación del contrato ha de recaer sobre aspectos *sustanciales*, cuya desatención comporta la ilicitud del proceso contractual, basada en el quebranto de alguna o varias máximas que deben regir la contratación estatal, en tanto concreción de la función administrativa.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Primera Instancia, *Sentencia del 17 de marzo de 2022*, rad. 00267



A fin de identificar cuáles requisitos pertenecen *a la esencia* del contrato estatal, son aplicables tres criterios, complementarios entre sí, que se extraen tanto de la teoría *general* del negocio jurídico como de los postulados rectores del Estatuto de Contratación Estatal.

El primero de ellos se basa en los arts. 1501 y 1741 del C.C. Conforme a la primera de estas normas, son de *la esencia* de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente. (...).

El segundo criterio se fundamenta en las causales de nulidad absoluta del contrato *estatal*, previstas en el art. 44 de la Ley 80 de 1993. (...).

En tercer término, como complemento de las anteriores pautas, un requisito contractual puede catalogarse como esencial a partir de la valoración sobre el impacto que su inobservancia pueda tener en la materialización de los *principios rectores* de la contratación estatal. Sobre esa base, la jurisprudencia¹⁷ tiene dicho que las máximas constitucionales y legales que gobiernan la contratación administrativa integran materialmente el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Ello, por cuanto tales principios constituyen límites del ejercicio funcional del servidor público en materia de contratación; por ende, la violación de los requisitos legales esenciales del contrato tiene que examinarse con remisión a aquéllos. Pues la contratación estatal, como actividad reglada, debe adelantarse ajustada a esos postulados *fundamentales* (arts. 23 al 26 y 29 de la Ley 80 de 1993).

¹⁷ En este sentido se ha expresado la Corte Suprema en reiterada jurisprudencia (CSJ SP, 19 dic. 2000, rad. 17088), así como la Corte Constitucional (sents. C-197/01, C-1514/00, C-126/08 y C-429/97).



Sobre la incorporación de los principios que rigen la contratación con el Estado a los tipos constitutivos de celebración indebida de contratos, la Sala ha expresado:

Los principios rectores irradian toda la materia de que tratan en la ley o código donde estén contenidos; y si son constitucionales, abarcan toda la legislación nacional. Por ello, sí es factible para efectos de tipicidad en el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, *desentrañar* cuáles son esos requisitos legales esenciales *con apoyo* en los principios de la administración pública consagrados en el artículo 209 de la Carta y en los principios de la Ley 80 de 1993.”

Respecto a los actos de ejecución, la misma Corporación en Sentencia SP 3641 -2018, tuvo la oportunidad de precisar lo siguiente:

“Es cierto que la Corte ha señalado que las irregularidades en la ejecución del contrato son impunes desde la perspectiva del tipo penal de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales... Pero eso no significa que todo acto realizado con ocasión de la realización del objeto del contrato sea un acto de ejecución que carece de control desde la perspectiva penal y en concreto desde la matriz del tipo penal que se analiza.

Al respecto se debe distinguir lo siguiente: existe contrato adicional cuando se modifica su objeto, es decir, cuando se agrega algo nuevo o se amplía su objeto contractual. Desde este punto de vista, cualquier modificación del objeto del contrato implica celebrar un nuevo contrato. (...).

Por lo tanto, **la premisa planteada por el demandante según la cual la adición del contrato es un acto de ejecución y por tanto penalmente impune, es errónea.**” (Resalto)



b) La falta de planeación y los estudios previos

Señala la H. Corte Suprema en Sala de Casación Penal, en Sentencia SP3130-2021, al respecto, lo siguiente: “...*por involucrar recursos públicos, la actividad contractual de ninguna manera puede ser improvisada o librada al arbitrio del servidor público, sino que, entre otros aspectos, ha de contar con estudios o análisis de conveniencia y oportunidad debidamente documentados, que justifiquen la necesidad del contrato y sus posibilidades de realización*¹⁸.” Y añade: “Pues, el principio de planeación¹⁹ es corolario de los presupuestos constitucionales inherentes a la función administrativa²⁰.” (Subrayo)

Es cierto que el principio el principio de planeación no está previsto de forma expresa en la Ley 80 de 1993, pero el Consejo de Estado ha señalado que “*su contenido y alcances bien pueden delinearse como consecuencia de la hermenéutica armónica de un conjunto de disposiciones de rango tanto constitucional —artículos 2, 209, 339 a 353 de la Carta Política— como legal —artículos 25 (numerales 6, 7 y 11 a 14) y 26 (numeral 3) de la Ley 80 de 1993—, con remarcado acento tras la expresa catalogación de la contratación estatal como mecanismo de promoción del desarrollo por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007*”.²¹

La norma que exige el contar con estudios y diseños previos a la apertura de los procesos de selección contractual, está en las reglas del principio de *economía*. Este principio se concreta en los estudios

¹⁸ Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado que “*la contratación adelantada por el Estado no puede ser el producto de la improvisación o de la discrecionalidad de las entidades o sus funcionarios, sino que debe obedecer a un procedimiento previo, producto de la planeación, orientado a satisfacer el interés público y las necesidades de la comunidad, fin último que se busca con la contratación estatal. Lo contrario conllevaría al desvío de recursos públicos o al despilfarro de la administración al invertir sus escasos recursos en obras o servicios que no prioritarios ni necesarios*” (C.E. S.C.A. Secc. 3ª, sent. 1º dic. 2008, rad. 15.603).

¹⁹ Cuya observancia también constituye un requisito esencial de la tramitación de los contratos estatales (CSJ SP 9 feb. 2005, rad. 21.547 y SP 10 oct. 2007, rad. 26.076).

²⁰ CSJ SP513-2018, 28 feb. 2018, rad. 50530.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, *Sentencia de 5 de junio de 2008*, rad. 8031. En igual sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, *Sentencia de 10 de diciembre de 2015*, rad. 51489 y Consejo de Estado, Sección Tercera, *Sentencia del 22 de noviembre de 2021*, rad. 66001-23-31-000-2010-00240-01(AP).



previos que hacen parte esencial de los contratos, como bien lo señala la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SP3478-2021 en la que indica:

“...por la importancia superlativa de los estudios previos en la concreción de los principios de economía, planeación, transparencia y selección objetiva; esta Corte tiene sentado, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado, que esa formalidad legal precontractual ostenta carácter esencial, inclusive en la modalidad de contratación directa; por lo que, su inobservancia tiene la potencialidad de actualizar el supuesto típico de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.” (Subrayo)

Así las cosas, la importancia de los estudios previos es mayúscula a efectos del buen suceso de la contratación estatal y, también, en los eventos en que se adelanta un proceso penal, para establecer si se incurrió en el delito en cuestión.

c) El principio de planeación en el evento en que se contrata la obra y los diseños de manera simultánea

El curso *normal* de un proceso de contratación, o –mejor, quizás– *el más usado*, es la obtención de los diseños antes de iniciar el trámite del proceso de selección del contratista. Es por ello que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SP869-2020, señala:

“Si el principio de planeación debe estar presente en todas las etapas contractuales y propende por evitar la improvisación, ello indica que los servidores públicos encargados de adelantar el trámite deben contemplar, antes de la suscripción del contrato, todas las aristas que pueden atentar contra el cabal desarrollo del objeto, y no después, como ocurrió en este caso, donde fue necesario suspender las obras y reiniciarlas después...” (Subrayo)



Pero la Ley 80 de 1993, en su norma original, sin las posteriores modificaciones, estableció la posibilidad de que los diseños se contraten de manera *simultánea* con la obra:

“Artículo 25. *Del principio de economía.* En virtud de este principio:
(...)

12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia.

La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes.” (Resalto)

Posteriormente la Ley 1150 de 2007, que reformó el régimen de contratación pública, en su artículo 32, derogó ese inciso 2º del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993. Dispuso:

“A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993: (...) la expresión “la exigencia de los diseños no regirán cuando el objeto de la contratación sea la de construcción o fabricación con diseños de los proponentes” del inciso segundo numeral 12 del artículo 25...”
(Subrayo)

Esta derogatoria empezó a regir seis meses después de la publicación de dicha Ley (que se realizó en el Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007), es decir, el 17 de enero de 2008. Posteriormente, el denominado Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 de 2011, bajo el rubro de *maduración de proyectos*, nuevamente modificó este numeral y estableció reglas para los eventos en que se contratara la obra y el



diseño de manera simultánea, pero no es aplicable al presente asunto por la fecha de los hechos.

Ahora bien, en los decretos reglamentarios de la Ley 80 de 1993 se destaca el Decreto 66 de 2008, vigente a partir del 16 de enero de ese año, que estableció en el artículo 54, en el inciso 4º, lo siguiente:

“Si el objeto contractual a adquirir es de tipo complejo, de manera que involucre además de servicios de consultoría, otras prestaciones, como por ejemplo en el caso de ejecución de proyectos que incluyen diseño y construcción de la obra, la selección deberá adelantarse mediante licitación pública o selección abreviada, según corresponda, de conformidad con lo señalado en la ley.”
(Subrayo)

Esta norma tuvo una vigencia fugaz y fue derogada por el Decreto 2474 de 2008, vigente desde el 7 de julio de 2008, y aplicable entonces para la fecha de los hechos de este proceso. En el párrafo 4º del artículo 3º señaló:

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

Esta norma fue demandada ante el Consejo de Estado, quien se pronunció así:

“Señala el actor que la derogatoria efectuada por la ley 1150 de 2007 del artículo 25 (numeral 12, inciso segundo) de la ley 80 de 1993, conlleva que siempre que se vaya a iniciar un proceso de selección la entidad debe contar con los diseños y estudios previos y, así



mismo, que no se pueden celebrar contratos que involucren el diseño y la construcción, motivo por el cual las disposiciones demandadas deben ser anuladas, ya que reviven esa disposición derogada al permitir que se celebren contratos con ambos objetos contractuales (diseño y construcción).”²²

Como se ve, el tema es relevante porque se discute precisamente si, conforme a las reglas de la contratación estatal, era posible o no contratar diseños y obra en un mismo contrato. El Consejo de Estado procedió a resaltar la importancia de la planeación en los procesos de contratación estatal, y luego de citar expresamente la derogatoria de ese aparte por cuenta de la Ley 1150 de 2007, a que nos hemos referido, dijo:

“De esta derogatoria el actor concluyó: i) que las entidades no pueden contratar sin realizar estudios previos y ii) que las entidades no pueden adelantar procesos de selección que involucren en su objeto el diseño y la construcción simultáneamente.

Frente a lo anterior la Sala comparte la primera de esas conclusiones, esto es, que previo al inicio de todo proceso de selección o a la firma de cualquier contrato, las entidades deben contar con los estudios, diseños y proyectos requeridos.

En efecto, el inciso segundo del numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 contenía lo que se puede llamar una excepción a esa regla general de los estudios y documentos previos, por lo que, al sustraerse del ordenamiento jurídico la excepción, queda vigente y rige la norma general.

Lo anterior se encuentra respaldado en otras disposiciones de la misma ley 80 de 1993; en efecto, el artículo 30 (numeral 1)²³ ordena que la resolución de apertura esté precedida de los estudios de conveniencia y oportunidad, técnicos y económicos, realizados por

²² Sentencia de 9 de marzo de 2016, Magistrado Ponente Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A

²³ “De la estructura de los procedimientos de selección”.



la entidad respectiva y que cuando sea necesario, además, tales estudios estén acompañados de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad y factibilidad.

Por su parte, el artículo 26 (numeral 3) del mismo estatuto contractual deriva responsabilidad tanto para la Administración como para los servidores públicos por el incumplimiento del deber legal de elaborar diseños definitivos, estudios completos, planos y demás documentos necesarios para la contratación, previamente al procedimiento de selección.” (Subrayo)

A continuación, la Corporación añade otros argumentos y conclusiones relacionadas con la importancia de la planeación. En otro aparte relevante añade:

“En este orden de ideas, la elaboración de diseños, planos del proyecto y estudios completos siguen siendo indispensables para conocer el monto de la inversión y de esta manera determinar el procedimiento de selección que debe cumplirse, con lo cual se evita la pretermisión de las reglas y requisitos exigidos para la escogencia del contratista que resultan esenciales para adelantar la contratación en condiciones de validez y, además, para impedir que se pongan en riesgo los recursos públicos, puesto que de no contar con los documentos técnicos tampoco se conocerá el alcance del proyecto y fácilmente podría incurrirse en una contratación por un mayor valor del que realmente se requiere invertir en el respectivo proyecto.” (Subrayo)

Afirma que la derogatoria de la Ley 1150 de 2007 estaba orientada “*hacia el fortalecimiento de los procesos de planeación*”, como lo señala expresamente la exposición de motivos del proyecto de ley 20 de 2005 ante el Senado. No obstante, concluye lo siguiente: “...*en tanto que no se encuentra una disposición que prohíba o limite la contratación de objetos simultáneos, las entidades pueden pactar libremente la*



contratación del diseño y la obra en un solo objeto contractual, pues ello dependerá de las necesidades que la entidad contratante requiera satisfacer.” (Resalto) y luego precisa:

“En conclusión, encuentra la Sala que no le asiste razón al demandante, pues, como quedó visto, ni la ley 80 de 1993, ni la ley 1150 de 2007 prohibieron en modo alguno la celebración de contratos que tengan diversos objetos, entre ellos el diseño y la obra; por el contrario, avalan el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, en virtud del cual éstos pueden celebrar cualquier tipo contractual o estipular el objeto contractual que se requiera satisfacer, todo dentro del marco constitucional y legal, así las cosas se tiene que las disposiciones demandadas no son violatorias de la ley 80 de 1993, ni de la ley 1150 de 2007 en ese aspecto.”

Finalmente, la Ley 1474 de 2011 incluyó de manera expresa la contratación de diseño y obra en un mismo contrato, bajo la regla de *maduración de proyectos*, norma en todo caso que no resulta aplicable al presente asunto, como ya se indicó. La decisión antes citada no podía ser conocida tampoco por los procesados, debe señalarse, porque fue proferida en el año 2016, varios años después de los hechos.

Pues bien, *a priori* resultaría contradictorio afirmar que “*previo al inicio de todo proceso de selección... las entidades deben contar con los estudios, diseños y proyectos requeridos*” (subrayo), pero que “*las entidades pueden pactar libremente la contratación del diseño y la obra*” (resalto). Ambos apartes de esa providencia parecen estar enfrentados, pues sugiere que sólo sería posible contratar diseños cuando ya se cuenta con ellos, con lo que al parecer quedaría contratado entonces un servicio que no se necesita.



Sin embargo, esto no parece extraño para la doctrina que, refiriéndose a la legislación de la época, indica: “*Consideramos que la principal modificación del principio de planeación... es la obligación por parte de las entidades estatales de tener sus propios diseños así quiera contratar diseños y construcción simultáneamente*”²⁴ (Subrayo).

Y actualmente la Ley 1474 de 2011 señala:

“Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.” (Subrayo)

Nótese que tanto la ley citada como la doctrina (la primera no aplicable al asunto por la fecha de los hechos, pero el primero sí porque se refiere a la legislación de la época), ambos coinciden en que -para contratar obra y diseños de manera simultánea-, se requiere contar con diseños previos.

Sin lugar a dudas, lo cierto es que para contratar diseños y obra en un solo contrato se requiere, siempre, en todos los casos, un *proceso de planeación*. La autorización del parágrafo 4º del artículo 3º del Decreto 2474 de 2008, que estaba vigente para la época de los hechos, no exonera en manera alguna de la obligación de realizar una correcta planeación del objeto contractual, según la complejidad de cada caso. En consecuencia, aunque el objeto del contrato incluya diseños y obra, su alcance debe estar debidamente delimitado como resultado de la planeación del mismo.

²⁴ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. *Manual de Contratación de la Administración Pública*. 3ª Ed. U. Externado. pág. 527.



d) Diferencias entre falta de planeación y fallas en los diseños

Esa diferencia que hicimos en el apartado anterior, entre contratos que incluyen el diseño y la obra, y los que no, nos permite hacer una reflexión sobre la diferencia entre la *falta de planeación* y las *fallas en los diseños*. Mientras el primero es imputable a la administración, por haber faltado a las reglas que rigen el proceso de planeación y tiene efectos penales, el segundo es responsabilidad del consultor encargado de los mismos. Es por ello que no necesariamente existe responsabilidad penal en un servidor público que tramite, celebre o liquide un contrato en que se presenta una *falla de diseño*, si el proceso de planeación se surtió debidamente, toda vez que planear y diseñar son actividades relacionadas pero distintas.

Considérese por ejemplo una obra compleja, donde varios *expertos* (especialistas, magísteres, etc., con *experiencia* en asuntos de ese grado de dificultad), participan en la realización del diseño y son vigilados por una interventoría o una supervisión con una idoneidad profesional acorde, y –pese a todo ello– por la falibilidad propia de los seres humanos, se incurre en una falla. En tal evento es plenamente posible que el proceso de planeación haya sido acorde con la normatividad, ajustado a criterios razonables, pero que en la ejecución del contrato se advierta una falla propia del diseñador, que por su alto nivel de experticia no era posible advertir para de los servidores públicos que intervienen en el proceso de contratación. En este caso podrían presentarse fallas en los diseños, sin incurrir en falta de planeación.

Esta diferencia es importante, para señalar igualmente que es posible incurrir en una falta de planeación, en procesos de contratación que incluyen obras y diseño. En efecto, aunque no se tengan los diseños definitivos, se requiere que se haya adelantado un juicioso proceso de planeación que permita definir el alcance del contrato de tal manera



que se tenga certeza de sus elementos esenciales. En este evento, los diseños son parte de la ejecución contractual y no de la planeación del contrato, lo cual denota, con mayor razón, la diferencia entre la falta de planeación y las fallas en los diseños.

Es decir que, así como es posible que haya fallas en los diseños que no entrañen una falta de planeación, de la misma manera puede presentarse la situación contraria: que falte la planeación, aunque no haya fallas en los diseños -que se tiene previsto obtener durante la ejecución del contrato-.

e) Diferencias entre contrato adicional y mayores cantidades (precisiones terminológicas)

• Los conceptos no han sido uniformes en la jurisprudencia

Como uno de los planteamientos de la defensa está orientado a sostener que en este caso la limitación aplica sólo para las “*obras adicionales*” y no para las “*mayores cantidades*”, el despacho hará precisiones para definir el marco teórico con el que resolverá el presente asunto desde esa perspectiva. Empecemos por señalar que, aunque alguna jurisprudencia considere que se trata de conceptos elementales, lo cierto es que no se trata de un punto pacífico en la jurisprudencia administrativa, como lo señala el profesor JOSÉ LUIS BENAVIDES en su obra *Contratos públicos: estudios* cuando indica:

“La caracterización general de las adiciones a los contratos estatales no es tarea fácil. Por una parte, el Estatuto contractual actual tan solo contiene la expresión general del texto transcrito, lo que contrasta con la caracterización de los contratos adicionales que habían realizado los antiguos estatutos contractuales, esto es, los decretos 222/83 y 150/76. Por otra parte, la jurisprudencia y la



doctrina oficial del Consejo de Estado no han sido uniformes y nítidas en la caracterización de las figuras jurídicas vinculadas.”²⁵

El referido autor explica, más adelante, que “...*el Consejo de Estado admitía en el año 2010 que no había unanimidad sobre la noción, en la medida en que el contrato adicional no está legalmente definido*”²⁶.”

- **Los precios unitarios y las mayores cantidades**

Digase en primer lugar que puede existir contratos de obra *sin precio definido, pero determinable*. Entre ellos, los contratos por *precios unitarios*. Valga recordar que la forma de pago es un asunto que la Ley ha dejado a la libre confección de los contratantes, quienes en muchos casos acuden -en ejercicio de esa libertad- a formas consagradas en estatutos derogados. Es precisamente el caso de los *precios unitarios* que fueron regulados en el artículo 78 del otrora vigente Decreto 150 de 1976 y 89 del Decreto 222 de 1983. El primero de ellos señala:

“Artículo 78. *De la definición del contrato a precios unitarios*. En estos contratos se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije. (...)”

La segunda norma mencionada indica:

“Artículo 89. *De la definición del contrato a precio unitario*. Los contratos a precios unitarios son aquellos en los cuales se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras

²⁵ Ed. Universidad Externado de Colombia, 2014, pág. 357. Subrayo.

²⁶ CE, secc. III, Sent. 04/02/10, exp. 16022.



ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije.”

El Consejo de Estado en Concepto 1439 de julio 18 de 2002 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, los explicó así:

“...en los contratos a precio indeterminado pero determinable por el procedimiento establecido en el mismo contrato (precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos), la cláusula del valor en el mismo, apenas sirve como indicativo de un monto estimado hecho por las partes, pero no tiene valor vinculante u obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto. En estos eventos, tal cláusula sólo cumple la función de realizar un cálculo estimado del costo probable, esto es, ese estimativo necesario para elaborar presupuesto o para efectos fiscales; pero el valor real del contrato que genera obligaciones mutuas sólo se determinará cuando se ejecute la obra y, aplicando el procedimiento establecido, se establezca tal costo.”

Como se observa, en este tipo de contratos donde el precio es *determinable* a través del método de los *precios unitarios*, las mayores cantidades requeridas constituyen la aplicación de una cláusula ya pactada que es la forma de pago. Así lo explica el Consejo de Estado en el concepto antes citado cuando indica:

“Con base en lo expuesto brevemente, es fácil concluir que es un error celebrar contratos adicionales a los contratos principales celebrados por alguno de los sistemas de precios determinables, para poder ejecutar obras cuyo costo de ejecución sobrepase el estimado inicialmente. En efecto, el error consiste en pensar que ese precio estimado inicialmente es el verdadero valor del contrato, pues, como se explicó, sólo es un estimativo pero el verdadero valor se determinará una vez concluya la obra. Por lo mismo, no se trata



de que se esté adicionando el contrato; no. Sólo se está procediendo conforme a lo previsto, esto es, aplicando el procedimiento de precios unitarios a las cantidades de obra ejecutadas y, por consiguiente, si son más cantidades de obra a las previstas, pues el valor del contrato es mayor, pero así fue como se convino.

Por lo mismo, no se trata de que exista un "cambio" o "adición" en el contrato, sino de la aplicación de las reglas contractuales previamente determinadas en el contrato original. Es una operación matemática y no más.

Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera "adición" a un contrato cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, en razón a que el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada; en otros términos, los mayores valores en el contrato no se presentan debido a mayores cantidades de obra por cambios introducidos al alcance físico de las metas determinadas en el objeto del contrato, sino que esas mayores cantidades de obra surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato." (Subrayo)

- **Contratos adicionales y adiciones, sí son sinónimos**

El asunto no siempre estuvo claro, como se advierte en la Sentencia SP18532-2017 donde se hizo una distinción entre *adición* y *contrato adicional*, que para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia son en realidad expresiones sinónimas. La doctrina lo explica de la siguiente manera:



“11. CONTRATO ADICIONAL

Sea lo primero mencionar que no siendo la Ley 80 de 1993 un estatuto casuista ni reglamentario..., sino un cuerpo sistematizado de principios orientadores, no causa extrañeza que algunas materias que anteriormente eran objeto de larga ordenación, ahora sean regulados en breves, mas no imprecisos, artículos. Ejemplo de ello es lo relacionado con los contratos adicionales que a diferencia de su antecesor, el inciso 2 del parágrafo único del artículo 40 del estatuto vigente, simplemente se limita a señalar: los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales. (...)

Aunque el artículo 40 no lo señale en forma expresa, debe entenderse que la adición requiere de un texto escrito donde las partes consignen tal acuerdo modificadorio. Denominarlo contrato adicional o adición al contrato, resulta totalmente indiferente.²⁷

El profesor JOSÉ LUIS BENAVIDES en la obra ya citada, al respecto indica:

“La caracterización cualitativa formulada por el Consejo de Estado comportó, por el contrario, que los contratos adicionales debían, necesariamente, modificar el objeto contractual, en la medida en que los cambios menores se consideraron simples *adiciones*, como hemos visto. La doctrina y la jurisprudencia posteriores a la Ley 80/93 haría una fusión entre la *adición de contratos* a los *contratos adicionales*, con las características de estos últimos, que la misma doctrina oficial había enunciado.”²⁸

²⁷ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Legis. 3ª Ed., pág. 589. Subrayado del suscrito.

²⁸ Ob. Cit., pág. 367. Subrayo.



Para evitar confusiones y para efectos del presente fallo, precisemos entonces que *adición* y *contrato adicional* son sinónimos, especialmente teniendo en cuenta que -ante los diferentes criterios jurisprudenciales-, debe adoptarse el que más favorable resulte a los procesados, quienes no pueden asumir la carga de las divergencias que en ese sentido tengan las Altas Cortes. Particularmente la Corte Constitucional en la sentencia tantas veces citada, SU214-22, explica que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado “*ha usado indistintamente ambos conceptos...*”²⁹

- **Mayores cantidades y adiciones, la discusión**

En ese sentido la posición no ha sido pacífica, no sólo en el seno del presente proceso judicial, sino en la jurisprudencia. El Consejo de Estado en Sentencia de 18 de septiembre de 2003, por ejemplo, señaló:

“No se desconoce que, en algunas obras públicas, por su misma naturaleza, es muy difícil determinar con exactitud la cantidad de obra que se debe ejecutar para el logro del objeto contractual..., ya que puede variar resultando mayor o menor cantidad de la calculada inicialmente, por lo cual es común que la forma de pago pactada sea la de precios unitarios, de tal forma que el valor a pagar finalmente, sea el resultado de multiplicar el precio unitario de los diferentes ítems por la cantidad de obra realmente ejecutada...

(...)

Se tiene entonces que, en la medida en que surgiera mayor cantidad de obra necesaria para la ejecución del objeto contractual, ella representaba un costo superior al previsto y calculado, por lo cual para su reconocimiento, había necesidad de efectuar aumentos al valor inicialmente pactado, mediante la celebración de contratos

²⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, *Concepto del 18 de julio de 2002*, Rad. 1.439.



adicionales, que lo son precisamente en el valor a pagar, no en el objeto a ejecutar.”³⁰

En esta decisión, la Corporación considera que las mayores cantidades implican contratos adicionales o adiciones, y esto es absolutamente relevante porque entonces cuentan para el cálculo del límite del 50%. Esa posición coincide con la del autor JOSÉ LUIS BENAVIDES en la obra ya citada³¹, y con la unificación de jurisprudencia de la tantas veces mencionada sentencia SU214-22.

Pero sin lugar a dudas esa no es una posición pacífica. Mírese para el efecto la posición de la Sala de Consulta y Servicio Civil en el Concepto de 16 de febrero de 2022 -reciente-, en el que señaló:

“En síntesis, existe una posición mayoritaria en la doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil y en parte de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que concluye que la adición del valor de los contratos estatales, a que se refiere el inciso segundo del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, se admite en dos casos: i) para agregar al objeto inicial del contrato bienes, obras, servicios o actividades no previstas inicialmente en dicho objeto, en las condiciones mencionadas en la celebración del negocio, y/o ii) para modificar el precio del contrato, también en las condiciones establecidas en dicha celebración.

En consecuencia, no procede hablar de contrato adicional cuando existen mayores cantidades realmente ejecutadas en los contratos de obra a precio unitario.” (Subrayo)

El asunto es de trascendencia en la medida en que tal posición permitiría, hipotéticamente, aumentar el valor inicialmente señalado

³⁰ Sección III, Rad. 70001-23-31-000-1996-05631-01(15119). Subrayo.

³¹ En la página 387 afirma: “Una vez superada la distinción entre contrato adicional y adición de contrato y la consecuente particularidad de los contratos a precios unitarios, las *adiciones* del párrafo del artículo 40 de la Ley 80/93 comprenden cualquier aumento del valor o costo del contrato.” (Subrayo)



sin ningún límite cuantitativo a través de la aplicación de la cláusula de la forma de pago de precios unitarios. El autor JOSÉ LUIS BENAVIDES, ya citado, al respecto señala:

“La concepción de las mayores cantidades de obra, como expresión del contrato original sin valor determinado, aunque determinable, dio lugar a la ampliación ilimitada de estos contratos. El análisis de los casos en los que el Consejo de Estado aplicó esta noción permite constatar el aval jurisprudencial de situaciones chocantes. Así, una de las sentencias más citadas (sent. 06/08/87, exp. 3886) legitimó la ampliación del valor del contrato en un 154,5% respecto de su valor original. Pese al substancial aumento de cantidades de obra el Consejo de Estado consideró que en este caso no había modificación ni de su valor ni de su objeto...”³²

Es así como este autor hace una relación importante de decisiones del Consejo de Estado en que los valores superaban porcentualmente de manera importante el 50% establecido. En ese sentido valga traer a colación que un testigo de la defensa hace referencia al Concepto No. 1.920 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de 9 de septiembre de 2008, Rad. 1001-03-06-000-2008-00060-00. Dicha providencia señala:

“Tratándose de contratos de obra con pago a precios unitarios, el "valor inicial" es aquél, estimado o aproximado, por el que se firmó el contrato, según se explicó atrás, representado en salarios mínimos legales mensuales. El uso de la expresión "valor inicial", que hace el inciso segundo del párrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993, excluye los mayores valores que se hayan dado a lo largo de la ejecución de la obra por razón de mayores cantidades de obra a los precios unitarios pactados, sin perjuicio de que la conversión a salarios mínimos legales mensuales, vigentes para la época de la

³² Ob. Cit. Pág. 375.



adición, permita que la obra objeto del contrato adicional exceda el 50% del valor inicial representado en términos absolutos.”

Como se ve, la providencia se enfoca en establecer cuál es el valor que se tiene en cuenta para aplicar el 50% sobre las adiciones, pero nada dice sobre si se aplica o no a las mayores cantidades de obra. La doctrina antes citada del autor LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA señala:

“Como bien lo ha advertido la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado y en mayor medida los Tribunales de Arbitramento... cuando en un contrato de obra pública se han pactado mecanismos de ajuste, el mayor valor resultante de su aplicación no significa un aumento del valor real inicialmente convenido. (...)

Las razones expresadas conducen a concluir que las hipótesis planteadas no requieren en ningún caso de la suscripción de un contrato adicional, y en consecuencia no se encuentran limitadas por la frontera legal del 50% del valor inicial a que alude el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Igual y mayoritariamente aunque no reiterada, el Consejo de Estado ha sostenido la improcedencia del contrato adicional cuando el objeto del contrato abarque una obra claramente determinada solo que para concluirla se requiere de una mayor cantidad de obra de las estimadas inicialmente en contratos pactados a precio unitario (...)”

En este estado de la cuestión, debemos reconocer la existencia de islotes interpretativos sobre este tópico, en los cuales y contraviniendo lo expuesto, el Consejo de Estado, por supuesto de manera errada, ha considerado que la mayor cantidad de obra de un contrato de obra pública a precios unitarios, debe ampararse bajo el ropaje de un contrato adicional y, en consecuencia aplicando el límite del 50%.”³³

³³ Ob. Cit., pág. 591 y 592.



La Corte Constitucional en la Sentencia SU214 de 2022, como ya advertimos, hizo un análisis muy extenso sobre estos conceptos, contrastándolos en la jurisprudencia de las diferentes Salas del Consejo de Estado y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. En conclusión, en lo tocante a este tema, señaló:

“...resulta relevante aclarar que, aunque la jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido que los contratos pactados por el sistema de precios unitarios permiten ejecutar mayores cantidades de obra de los ítems pactados sin que haya necesidad de suscribir un contrato adicional, **ello, en modo alguno, significa que la administración puede obviar el principio de planeación** que, naturalmente, aplica a todos los contratos públicos. Así pues, en los contratos pactados por el sistema de precios unitarios, las mayores cantidades de obra no deben ser consecuencia de una deficiente planeación del contrato. Además, **las mayores cantidades deben ejecutarse en consideración del inciso final del artículo 40** de la Ley 80 de 1993 que dispone que “[l]os contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”, pues, esta restricción aplica **con independencia de la modalidad contractual de que se trate y del sistema de precios pactado.**” (negritas del despacho)

De lo anterior debe dilucidarse, entonces, como conclusión, que han existido dudas y debates en torno a los conceptos de: 1) adicional; 2) adición; y, 3) mayores cantidades de obra en contratos a precios unitarios. Además, que dichos conceptos han sido tenidos en cuenta, para establecer, en unos casos, que no se aplican las mayores cantidades de obra al tope del 50% establecido para las adiciones; y, en otros, que sí se aplican.



En ese sentido debe señalarse que el principio de **tipicidad** requiere que, aunque se trate de un tipo penal en blanco, la comprensión del ámbito de aplicación de la conducta punible descrita en el art. 410 del CP esté debidamente delimitada. Es por ello que, entre las dos interpretaciones posibles, el despacho aplicará aquella que resulta menos estricta a efectos de establecer la punibilidad de la conducta. Además, en aplicación del referido principio, debe reconocerse que la norma se refiere -literalmente- a *adición*, no a mayores cantidades de obra.

El despacho, en conclusión, en consonancia con el criterio menos restrictivo respecto del procesado ante las divergencias jurisprudenciales en torno a las reglas de la contratación estatal, asumirá -como ya se indicó- que adicionales y adiciones son sinónimos, por una parte, y que las mayores cantidades no se cuentan para establecer el límite del 50%, como regla de interpretación para los contratos celebrados en esa época.

Al margen debe decirse que lo anterior no significa que esa sea la posición actual de la jurisprudencia, pues -por virtud de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional que se acaba de citar- esas diferencias de conceptos están resueltas y el criterio adoptado es el más restrictivo.

- **Adicionar es una facultad excepcional**

Los procesos de selección contractual evalúan la capacidad financiera, la experiencia, etc., y se exige que sean *proporcionales* a la obra a contratar. Si su valor se aumenta, por adiciones o mayores cantidades (deficiente estimación de los presupuestos), al final el contratista estará ejecutando una obra de mayor entidad, para la cual no fue sometido a un proceso de selección. Esto afecta el principio de selección objetiva. Con razón la doctrina con vehemencia señala:



“Con respecto a las precisiones técnicas de las obras por ejecutar, observamos que una de las más frecuentes fallas del pliego consiste en los errores en cuanto a las cantidades de obra por ejecutar, consecuencia de la falta de estudios completos de tales obras. (...). Así, en muchas ocasiones se abre a licitación una cierta obra, pero el adjudicatario termina ejecutando en realidad otra diferente a aquella para la cual presentó su oferta...

En estas condiciones, y como consecuencia de la imprecisión de los estudios previos a la licitación, la entidad termina haciendo una evaluación completamente descaminada, y otorgando puntajes, haciendo promedios y cálculos acerca de las excelencias de las propuestas, sobre una base irreal. En efecto, cada contratista ofrece precios calculándolos sobre las cantidades y unidades de obra que trae el pliego de condiciones. Pero si estas cantidades y unidades de obra resultan ser notablemente diferentes de las que se van realmente a ejecutar, tanto las ofertas presentadas como las evaluaciones realizadas, están basadas en datos errados y no pueden conducir a encontrar realmente la oferta más favorable... Si no conocemos los pormenores, y las características de las obras que realmente van a ejecutarse, mal podríamos decir cuál propuesta es la más conveniente.” (subrayo) ³⁴

También el autor LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA indica:

“Una primera conclusión a que se llegaría después de la lectura de esta disposición es que más que una autorización para suscribir contratos adicionales, lo que ella contiene es una prohibición para adicionar el valor inicial del contrato en más de un 50%. Esta forma normativa de presentación no es casuística sino que denota algo fundamental. Ello es que la adición de los contratos es excepcional porque lo lógico y normal es que el objeto pactado cubra todo lo que

³⁴ ESCOBAR ENRÍQUEZ, Álvaro B., *El contrato estatal de obra*, Ed. Gustavo Ibáñez, 1999, pág. 323.



la entidad requiere y que el precio corresponde a ese objeto. En estricto rigor las adiciones por falta de previsión o adecuados estudios repugnan a un adecuado principio de planeación y si bien en aras de la tutela del interés público podrían ser de recibo, deben generar también responsabilidad para los servidores públicos comprometidos. Esa excepcionalidad debe presidir el análisis de la figura.”³⁵

Debe decirse que, al ser una facultad excepcional, puede ser ejercida sólo si se presentan determinadas exigencias, es decir, dentro de límites más allá del tópicu cuantitativo del 50%. Porque suele pensarse que ese es el único límite, o que dentro de ese margen son posibles y admitidas conductas que se enmarcan en la falta de planeación. Pero nada más equivocado. Ese porcentaje está previsto para obras que reúnan una condición esencial: que sean absolutamente **necesarias**. Así lo explica la Corte Suprema cuando indica:

“La ejecución de las obras adicionales o complementarias (en el contrato adicional) no hacen parte del objeto principal, son una variación del mismo, se trata de obras nuevas, diferentes de las contratadas, o de ítems o actividades no contempladas o previstas inicialmente, pero cuya ejecución en determinadas circunstancias resultan **necesarias**. Para su reconocimiento es imprescindible la suscripción de un contrato adicional.³⁶” (SP18532-2017, resalto)

Y este criterio de *necesidad* aplica no sólo para los adicionales sino también para las mayores cantidades de obra. En efecto, las obras adicionales o adiciones, deben ser obras no previstas en el contrato inicial, pero que resultan necesarias para la funcionalidad de la obra *inicialmente contratada*; y las mayores cantidades son las que resultan imprescindibles para terminar la obra *inicialmente contratada*.

³⁵ Ob. Cit. pág. 589. Subrayado del suscrito.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, No. 2034904 de 18-IV-02, y Rad. No. 20074009 de 31-VIII-011.



Este punto es muy importante porque servirá de fundamento basilar a la decisión que aquí se profiere. Se trata de aplicar, en ambos conceptos, adiciones y mayores cantidades, el mismo criterio de necesidad, para evitar incurrir en contrataciones irregulares de obras que no estaban previstas inicialmente y que terminan contratándose de manera directa sin procesos de selección.

En efecto, si la obra a realizar son 100 metros de pavimento, las adiciones deben ser obras -distintas al pavimento- que resulten necesarias para el buen funcionamiento de *esa cantidad* de metros; y las mayores cantidades son aquellas que resulten imprescindibles, para cumplir *esa meta* de metros pavimentados. Lo que resultaría inaceptable es que se pretenda construir otros 50 metros, aduciendo mayores cantidades, u obras adicionales, cuando ellos no son *necesarios* para el funcionamiento de la obra inicialmente prevista, ni para cumplir con la cantidad señalada.

Es por ello que, en el citado Concepto de 16 de febrero de 2022, el Consejo de Estado señaló:

“Desde este punto de vista, es importante señalar que, conforme a la doctrina de la Sala y la posición mayoritaria de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el poder de modificación de los contratos estatales debe respetar la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto.” (Subrayo)

En ese mismo sentido, el autor JOSÉ LUIS BENAVIDES en la obra ya citada, indica que “...**una adición sin vínculo directo y necesario con el contrato principal constituye en realidad una anexión de un objeto contractual diverso que debería ser objeto de un proceso de contratación independiente.**”³⁷

³⁷ Ob. Cit. Pág. 387. Resalto.



En consecuencia, los 50 metros de pavimento -del ejemplo-, deben ser objeto de otro proceso licitatorio, pues el contratista fue seleccionado sólo para construir 100 metros. Su capacidad financiera, su experiencia, su capacidad operacional, fue seleccionada exclusivamente para ese propósito. Añadir objetos no contratados, bajo el ropaje de una adición, o de mayores cantidades, es evadir el proceso de selección objetiva y obrar mediante una encubierta contratación directa.

Como se puede advertir, el criterio de *necesidad* es de la mayor importancia y orienta la pertinencia de una obra adicional (adición), o de mayores cantidades de obra. Pero para establecer si efectivamente se precisa esa obra, el *alcance* del contrato debe estar definido. De otra manera, ante una obra con un grado de indeterminación en ese punto, el juicio de necesidad resultará caprichoso o imposible.

Para insistir en este punto, que se considera de importancia superlativa, citemos al Consejo de Estado que en Concepto 1.121 de la Sala de Consulta y Servicio Civil 26 de agosto de 1998, expresó:

“La adición del contrato puede entenderse como una modificación del mismo [...]. Es un instrumento apropiado para resolver las situaciones que se presentan cuando en desarrollo de un contrato se establece la necesidad de incluir elementos no previstos expresamente en el pliego de la licitación y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a éste y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer. En estos casos, puede acudir a una adición del contrato inicial con las limitaciones previstas en la ley.” (Subrayo)

Esa necesidad sobre la cual hacemos énfasis debe, en todo caso, respetar el principio de planeación, es decir, debe tratarse de obras



que resultaron *imprevisibles*. Así lo precisa la providencia antes citada en otro aparte donde indica:

“Si bien es cierto que el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 omite definir la adición de los contratos estatales si los autorizó hasta el 50% del valor inicial, siempre y cuando, obviamente, respete los principios de planeación y economía. Es decir, procede cuando en desarrollo de la ejecución del contrato surjan circunstancias excepcionales imposibles de prever en el proyecto y en los estudios técnicos iniciales, sin que con ello se autorice hacer nugatorio el proceso licitatorio establecido por la ley.³⁸” (SP18532-2017, subrayo)

En Sentencia SP869-2020, la Corte reiteró el anterior concepto.

Corolario de lo expuesto, *el alcance* del contrato debe estar determinado a tal grado que sea posible -posteriormente- establecer si se requiere una adición o mayores cantidades de obra. Es inadmisibles que se contrate un pavimento, sin delimitarlo, o un alcantarillado, o cualquier obra, en general, sin que puedan conocerse los contornos del objeto contractual, pues entonces no podrá ser posible determinar la *necesidad* o no de modificaciones orientadas a lograr el propósito inicial del compromiso contractual.

- **El concepto de ítems no previstos**

Hemos señalado que las *mayores cantidades* no son más que aquellas necesarias para lograr las metas del contrato conforme al objeto *inicialmente* previsto. Y que la *adición* o el *contrato adicional* se refiere a obras admitidas excepcionalmente por ser absolutamente *necesarias* para la funcionalidad de la obra *inicialmente contratada*. Ahora corresponde referirnos al concepto de *ítems no previstos*.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad. 20001602 52001-23-31-000-2002-01023-02-0506-08.



Para tal efecto debe señalarse que en los contratos por precios unitarios se usa como herramienta básica el *presupuesto* que es una lista de actividades, unidades de medida, cantidades y precios unitarios. Cuando las cantidades varían, éstas se colocan en otra columna en las que se indica si aumentan o disminuyen. Al final las mayores cantidades son el resultado de una simple multiplicación.

Puede resultar también, que se requieran *ítems no previstos* en el contrato inicial, sobre los cuales las partes deben negociar, directamente los precios, pues ellos *no fueron el resultado del proceso de selección contractual y de la competencia propia del mismo*.

Existe un error generalizado al pensar que estos *ítems no previstos* son conceptualmente equivalentes a *obras adicionales* y que, por tal motivo, son los únicos que cuentan para calcular el límite del 50%. Para explicarlo mejor acudo al ejemplo: si para pavimentar 100 metros, fue necesaria una obra adicional, es posible que para realizarla se necesiten los mismos ítems ya pactados, y no por ello se trata de una operación de mayores cantidades en los precios unitarios. Será en todo caso, una obra adicional o adición.

Y también es posible que la obra adicional no sólo requiera de ítems *no previstos*, sino también de aquellos que sí estaban previstos, es decir, que sí estaban enlistados dentro del presupuesto. En esos casos, unos y otros deberán sumarse para establecer el valor de la obra adicional. Lo que resultaría irregular, es que se cuenten únicamente los ítems *no previstos* de esa obra adicional para calcular el límite del 50%, y que a los ítems que sí estaban en el presupuesto se traten como mayores cantidades. De esa manera se camuflaría una parte del valor de las obras adicionales en las supuestas mayores cantidades.



Así, conforme al ejemplo propuesto, la pavimentación de 100 metros, donde el metro cúbico de concreto sea el ítem principal, si las obras adicionales (v. gr., alcantarillas) requieren también metros cúbicos de concreto, esos metros se cuentan como adición y no como mayores cantidades.

f) El alcance del contrato como criterio clave

Pese a que se hizo referencia insistente a los diferentes criterios jurisprudenciales que gravitan sobre el entendimiento correcto de las expresiones que tienen relación con el límite del 50% del valor del contrato, tantas veces mencionado, existen, en todas ellas, criterios coincidentes, sólidos, aceptados de manera pacífica y que servirán de orientación a la decisión que adelante se tomará. Son dos en particular: a) que el principio de planeación es un pilar de la contratación y un deber categórico para quienes intervienen en ella; y b) que el objeto del contrato es inmodificable, en su esencia.

Ambos puntos, como se observa, están relacionados con lo que en algunas providencias se menciona como el “*alcance*” del contrato. En efecto, si -como se indicó- adicionar es una actividad excepcional; si el principio de planeación exige la mayor certeza posible sobre la obra a realizar; si las obras adicionales o las mayores cantidades deben ser las necesarias para la ejecución del objeto inicialmente previsto, es elemental concluir que dicho objeto **debe estar definido**.

g) Sobrecostos y sobredimensionamientos de la obra

El despacho considera importante hacer una sucinta referencia a estos dos términos, pues se han mencionado en este asunto a veces como sinónimos pese a que, en criterio del suscrito funcionario, son diferentes. Para efectos de una correcta interpretación del presente



fallo, entonces, y en el marco de un contrato por precios unitarios, habrá de considerarse que son conceptos distintos.

El *sobrecosto* es el pacto de un valor unitario mayor al que es propio del mercado en el lugar y tiempo de ejecución contractual, mientras que hay *sobredimensionamiento* cuando se diseña y ejecuta una obra que excede la necesidad y por tanto implica un costo mayor. En un determinado caso puede que se presente una u otra, o ambas, pues no son excluyentes.

Ahora bien, mientras el *sobrecosto* puede conllevar un *peculado por apropiación*, el sólo *sobredimensionamiento* excluiría esa conducta penal. Pero, ambas pueden implicar una celebración de *contrato sin requisitos legales esenciales* por faltar al principio de planeación.

En los dos casos se trata de un pago superior al que sería el correcto si no se cometieran esas irregularidades, por lo que es fácil tenerlas por sinónimas, pero hacer esta diferenciación puede servir a la claridad del fallo.

3.5. Estimación y desestimación de las pruebas

3.5.1. Revisión de contenido

a) De la Fiscalía

DARÍO ESQUIVEL SUÁREZ

Se inició con el denunciante, quien dijo ser veedor y haber presentado alrededor de 47 denuncias respecto del procesado LUIS FELIPE CONDE LASSO. Dijo que en algunas ocasiones obtenía los documentos mediante tutela para formular esas denuncias. Dijo no recordar el contrato 064 de 2008 y por ese motivo se le puso de presente la



denuncia respectiva para refrescar memoria y tuvo la oportunidad de leerla.

Indicó que uno de los puntos por los que formuló la denuncia era que no se precisaba el valor de los diseños y cuánto es el tiempo de cada etapa; y otro, que se estableció una población beneficiaria de 1.360 familias cuando Praga en ese momento contaba con 845 personas, incurriendo en sobrecosto y detrimento patrimonial.

Consideró que se trasgredió la obligación de tener los diseños de manera previa a la apertura de las licitaciones.

Dijo haber allegado la copia del acta con el cuadro de cantidades finales, la copia del contrato y modificación del contrato, una copia de un diario, la fotocopia de regalías de Planeación Nacional, la copia del certificado de tradición, acta de visita al proyecto, así como copia de la Resolución 205 de agosto 20 de 2008 de adjudicación del contrato, de los estudios previos, certificación del SISBEN sobre el número de habitantes, copia del presupuesto de obra de los pliegos de condiciones.

Dijo no recordar el contenido de la Resolución 205 de 2008, la que se le puso de presente y se ordenó incorporarla como elemento material probatorio.

En el conainterrogatorio de la defensa de LUIS FELIPE CONDE LASSO el testigo indica que no pudo presentar observaciones al proceso de contratación porque en la alcaldía había un “ogro”, que pedía asesoría de profesionales para hacer la denuncia, imprimirla, para establecer el sobredimensionamiento de la obra, y que de eso también se dio cuenta por su conocimiento de la población. Dijo que la obra “*no es que ahí no haya servido ni se ha quedado corto, es que no sirve*”. Dice que las obras de la licitación se ejecutaron a medias; que el sobrecosto



no lo dice él, sino la Contraloría Departamental, que concluyó que había uno de “*seiscientos sesenta y seis y pico*” millones de pesos.

En el contrainterrogatorio de la defensa de JOSÉ SEVEL CASTRO, indicó que recibía asistencia de estudiantes de derecho y que la cantidad de personas de Praga era de 847 personas según el Dane. Dijo que estima que en ese momento no había unos 500 habitantes, y que esa era una apreciación personal. Dijo que la obra no la visitaba desde hacía unos tres años, y que la obra no sirve.

En el contrainterrogatorio de la defensa de CARLOS EDUARDO DÍAZ, dijo que no tenía trato con el Alcalde al ser preguntado si tenía malas relaciones con él, dijo que no se podían tratar, reafirmó que presentó 47 denuncias contra él.

En el contrainterrogatorio de la defensa de HÉCTOR REPIZO RAMÍREZ, dijo que la Resolución de adjudicación que mencionó la obtuvo de la página web del Municipio, dijo que en Praga hay un colegio y que los estudiantes son de Santa Rita, la Unión, Mesitas y Aipe.

DIANA PATRICIA RAMÍREZ GÓMEZ

Afirmó ser ingeniera civil y trabajar para la Fiscalía General de la Nación, que hizo cursos de contratación estatal, delitos contra la administración pública, así como sobre pavimentos. Señaló sus funciones, dijo recordar algo el informe, pero que lo necesitaba para dar respuesta a las preguntas.

Hizo visita al lugar de los hechos, verificación de la información, análisis de costos, análisis de la propuesta de los oferentes y verificación de la calidad. Con respecto a la primera, dice que realizó una visita a la obra el 25 de octubre de 2012, dijo que hizo inspección a todas las obras ejecutadas, como fue la planta de tratamiento y parte



de la red de alcantarillado que se construyó y algunas que se renovó, porque pues en ese momento el municipio no contaba con esa red de alcantarillado para poder hacer tratamiento a las aguas residuales. Procedió a leer el acta. Narra también el contenido de las 8 fotografías que tomó.

Sobre los resultados de las labores de análisis de costos dijo que logró establecer que el valor inicial del contrato se aumentó en un 125% debido a obras adicionales que se requerían para la ejecución total del proyecto, “*evidenciándose la falta de planeación*” y verificación de las condiciones topográficas, sociales y de infraestructura de la población; que las obras fueron ejecutadas en su totalidad conforme al acta de liquidación final de obra, proyecto que se encuentra funcionando y en buenas condiciones constructivas, acorde con las especificaciones técnicas del contrato; los precios pagados al contratista por un valor unitario son acordes a los establecidos en el mercado de la construcción para el año 2008, teniendo en cuenta las dificultades de distancia, estado de la vía y orden público en el centro poblado de Praga, por lo que el contrato no presenta mayor valor en los precios pagados en la liquidación de obra.

Dijo que, para realizar los análisis de costo, la fuente verificable fue los precios de la Gobernación del Huila para el año 2008, teniendo en cuenta que el contrato fue firmado en ese año. Procedió a leer las cifras del documento, destacando el despacho los siguientes datos:

Valor	Detalle
\$143.990.800,00	Etapa de diseño
\$1.680.034.849,33	Esta de obra
\$1.824.025.649,33	Valor total del contrato inicial
\$1.319.260.787,45	Valor mayores cantidades de obras
\$795.296.129,13	Valor de obras adicionales
\$3.794.591.765,91	Valor final de las obras contratadas



\$3.938.582.565,91 Valor final (diseños y construcción)

Leyó cada uno de los ítems del presupuesto, lo cual terminó en la siguiente sesión de audiencia. Dijo que su trabajo era verificar que las obras contratadas se hubieran ejecutado según la unidad de medida y en la oficina se hacen las operaciones matemáticas, revisa las guías de precios de la Gobernación, entre otras, para establecer si hay sobrecostos. Señaló que revisaba la documentación y a continuación revisaba la obra.

Explicó que la unidad era la forma de medida y que la cantidad era el número de actividades a realizar de ese ítem. Dijo que el contrato era por precios unitarios, que fue firmado en 2008, que se contrató diseño y obra, que para 2012 la obra ya se había realizado, explicó que era un aliviadero, área tributaria y otros conceptos. Dijo que la obra estaba en funcionamiento, que el agua salía a una quebrada con buen aspecto. Se le solicitaron más conceptos que explicó en detalle. Dijo que las excavaciones y rellenos se habían calculado cantidades muy pequeñas y que en la finalización del contrato aumentaron considerablemente.

Dijo que en los contratos por valor unitario siempre hay diferencias en el acta de recibo final, que son muy mínimas, no como pasó en este caso, que el valor ascendió al 125% del valor inicial porque faltaron muchas cantidades de obra e ítems necesarios para lograr cumplir con el objeto contractual.

Señaló que se presentó un solo proponente a la licitación y que por eso no hubo comparación de precios, indicó el precio inicial, el plazo pactado. Que revisó los precios de mercado para saber si había sobrecostos. Dijo que lo ideal era que las mayores cantidades no debían ser tan grandes como las que se presentaron en este caso.



Reiteró que la obra se ejecutó, que no hubo sobrecostos, y que hubo una “*mala planeación*” porque la obra se concibió por un valor muy inferior al que finalmente costó; que no era normal que se ejecutara esa cantidad de obras no previstas en el contrato, por lo que afirma que hubo “*falta de planeación*”.

En el contrainterrogatorio del defensor de CARLOS EDUARDO DÍAZ, señaló que la obra estaba bien construida, que los materiales eran los que correspondían a la naturaleza de la obra y que las cantidades eran las necesarias para terminar la obra.

En el contrainterrogatorio del defensor LUIS FELIPE CONDE LASSO, explicó de nuevo el sistema de contratación por precios unitarios; que no hubo sobre costos en los precios unitarios pactados; que podía haber mayores o menores cantidades de obra en la ejecución del contrato; que podía haber ítems no previstos; dijo que para establecer si se sobrepasó el porcentaje permitido de adicionar se tiene en cuenta tanto las mayores cantidades de obra como los ítems las obras adicionales, y reiteró esa respuesta señalando que el valor inicial del contrato se aumentó en este caso en un 125%, que imagina que hubo una concertación al respecto. Respecto a los ítems representativos que aumentaron, dijo que en el acta de recibo final estaba esa información; que en las obras representativas los precios unitarios finales “*nunca van a ser exactas*” a los pactados inicialmente, pero que cuando hay “*diferencias abismales*” se “*evidencia una falta de planeación*”

En el contrainterrogatorio de los otros dos procesados se unió por la defensora de los mismos. La testigo indicó que hizo una inspección judicial a Praga, donde vio que la obra estaba en funcionamiento tanto en las casas como en el colegio y en el descole de la planta de tratamiento, que el contrato incluía diseño y obra, indicó las etapas de un proyecto y el tipo de información que debía recaudarse antes, tales como cuáles son los beneficiarios, los sectores, las redes si están



funcionando o no, luego se hace un presupuesto de obra, y luego los diseños para luego construirlos; que las etapas son prefactibilidad, factibilidad, estudios y diseños; al preguntársele desde qué etapa inicia el Municipio teniendo en cuenta que el contratista es quien hace los diseños, indicó que es al Municipio quien debe iniciar desde la primera etapa, porque está a cargo de todo el proyecto; que la Entidad debe contar con estudios previos, entre ellos los estudios de suelos. Reiteró que no hubo sobre costos, y explicó de nuevo el concepto de mayores cantidades de obra.

Se incorporó el informe y el análisis que hizo la ingeniera. Luego el despacho preguntó y la testigo señaló que ella estimaba que los contratos no podían ser adicionados por más del 50% y que por eso así se lo informó al fiscal para que establezca qué efectos jurídicos puede tener esa circunstancia. Dijo que, atendiendo a que se le confió al contratista el diseño de la obra, el presupuesto del Municipio podía variar; que no es común que se contrate diseño y obra, que lo normal es que los diseños se obtengan antes; dijo que no sabía si estaba prohibida o permitida esa modalidad de contrato; que el presupuesto de la obra en este tipo de contratos quedaría determinado finalmente por lo que diseñara el contratista; dijo desconocer cuánto tenía presupuestado el Municipio para la obra; indicó que se presentaron dificultades por la topografía del terreno y que incluso fue necesario hacer otra planta de tratamiento para sacar las aguas residuales de una parte que era alta; que en las obras se presentan inconvenientes pero que ahí lo que faltó fue cerciorarse en el momento de diseñar, que había una parte del Municipio que tenía una altura mayor por lo que tuvo que hacerse otra red independiente con una planta de tratamiento pequeña, para esas aguas. Al ser preguntada si esas obras adicionales se le impusieron al contratista, dijo que imaginaba que se concertaron. Explicó que algunas obras adicionales fueron necesarias por situaciones que se encontraron en el campo como unas redes que



no funcionaban; que le causó curiosidad la forma como subió el valor y la red adicional con su respectiva planta.

JORGE ARMANDO GALINDO RODRÍGUEZ

Dijo laborar para el CTI, es tecnólogo en gestión empresarial, técnico profesional en contabilidad y finanzas y estaba estudiando derecho, que hizo curso de policía judicial en el DAS. Se le puso de presente el informe que rindió para refrescar memoria. Dijo que hizo varias actividades de investigación: la identificación plena, la verificación de arraigo, antecedentes penales y disciplinarias, capacidad económica, representación legal, la verificación de hechos, entre otros, incluyendo la contratación de los miembros del proponente plural en el proceso de licitación objeto de este proceso.

En el contrainterrogatorio del defensor LUIS FELIPE CONDE LASSO, señaló que no tenía la misión de aportar la información que le fue preguntada, como de inhabilidades, irregularidades en la creación del consorcio o el estado de la obra.

JAIRO ANDRÉS OSORIO CAMPO

Indicó que trabajó en la unidad de delitos contra la Administración Pública en la Fiscalía General de la Nación, se le puso de presente el informe de campo que realizó el testigo; explicó cuáles fueron las tareas que le fueron encargadas; se refirió a los documentos que obtuvo como la tarjeta decodactilar para la identificación de los procesados, la existencia de otra investigación penal por interés indebido en la celebración de contratos en la la Fiscalía 20 Seccional, por lo que solicitó a los investigadores del CTI Marcela Bolívar y Jorge Armando Galindo, la expedición de copias, documentos sobre el arraigo, la calidad de servidores públicos, antecedentes penales y disciplinarios, la existencia de una investigación disciplinaria en



contra de LUIS FELIPE CONDE LASSO en desarrollo del contrato 64 del 25/08/2008, por falta de planeación, presentándose adiciones posteriores que superaban el 100% del contrato.

Indicó que presentó un análisis de la licitación pública afirmando que se afectaron los principios de transparencia y selección objetiva, pues no era correcto que quien realizó los estudios y diseños fuese quien hubiese realizado las obras, que el municipio debió hacer un concurso de méritos para los estudios previos, diseños, planos y cantidades, fin de evitar futuras modificaciones sobre costos e imprecisiones. Señaló que la licitación se realizó en forma correcta. Hizo referencia al principio de planeación regulado en el Decreto 2424 del 2008, y a providencias del Consejo de Estado que destacaban la importancia de los estudios previos, lo cual explicó en detalle.

Dijo que realizó inspección a la oficina de Archivo de la Alcaldía Municipal de Aipe para obtener la documentación soporte de la licitación pública 001 el 2008, así como el contrato de obra pública número 64 del 2008, así mismo que procedió a la práctica de la cadena de custodia sobre dichos documentos. Sobre los ítems contratados dijo que era necesario el apoyo de un profesional. Sobre el crecimiento del número de habitantes del centro poblado de Praga de 2000 a 2008, solicitó al DANE el estudio de proyección poblacional, obteniendo que para 2005 era de 625 habitantes y sobre las proyecciones 2015, 2020 y 2025, dicha Entidad allegó información sobre un estimado total sobre el “resto de la población del municipio”, es decir, de todos los demás corregimientos y veredas, no directamente de Praga, lo que significaba que habría que establecer cuál es el número total de veredas y corregimientos pertenecientes a Aipe para lograr establecer un estimado de proyección únicamente para Praga, lo cual considera que no correspondería a una información oficial y veraz.



Se refirió a la inspección de 16 de abril de 2012 relacionando los documentos que obtuvo en esa ocasión. Relacionó la forma en que se realizó la cadena de custodia de los elementos que obtuvo. Se dispuso la incorporación del oficio de 2 de octubre de 2012 del DANE, dando respuesta a la información requerida sobre el crecimiento poblacional del centro poblado de Praga, así como el Acta de inspección a lugares, el formato de cadena de custodia de ingreso al almacén de evidencias, como elementos probatorios 10 y 11.

El oficio del DANE a que se hizo referencia señala en su segundo folio que para ese centro poblado en el censo de 2005 había 625 personas, discriminándolas por edad y sexo. Y hace referencia a las estimaciones y proyecciones de población de los años 2000 a 2020, indicando que para 2008 habría unas 21.604 personas; para 2015, 26.235; y, para 2020, 29.965.

En la siguiente sesión hizo referencia al proceso de la cadena de custodia y lee una certificación del Secretario de Planeación, el señor JOSÉ SEVEL CASTRO TOVAR, de 10 julio de 2008, donde hace constar que la visita del contratista al lugar de la obra; luego se refiere al contrato de obra de 25 de agosto de 2008 y a los firmantes, leyendo varios apartes; igual sucedió con el acta de inicio, acta de inicio de la etapa de estudios y diseños, así como el acta de terminación de dicha etapa, el acta e recibo de los mismos, acta de inicio de la etapa de construcción, documento contentivo del oficio remitido del estudio que presentó el contratista al Alcalde, un cuadro comparativo del presupuesto inicial y final de la obra en el que lee los ítems nuevos y los valores finales. Luego se refirió al plan de manejo ambiental realizado por el contratista tomando como base la ficha EBI donde se indica que se trata de 344 habitantes. Continúa con el estudio y diseño de la obra a realizar, lee el siguiente párrafo:



“En la actualidad hay una emigración, debido a la reducción del área agrícola del café, se motivada por el cambio drástico de temperatura regional. El crecimiento urbano se encuentra en estancamiento, las construcciones presentan un grado de deterioro y algunas casas se encuentran desocupadas...”

Lee también el aparte del área de expansión urbana donde se indica que *“Encontramos un número de habitantes de 483 y el número de viviendas son 122.”* Sobre el alcantarillado rural de Praga lee los apartes donde indica que hay 115 domiciliarias, una longitud de la red de 2.483 metros y 66 viviendas de usuarios. El despacho dispuso la incorporación de los documentos publicitados por el testigo de acreditación, como evidencia No. 13.

Continuó con el acta No. 5 de fijación de precios no previstos, y luego con un oficio suscrito por el representante de la Unión Temporal contratista de 4 de diciembre de 2008, dirigido al procesado que fungía como Secretario de Planeación y supervisor del contrato, donde remite dicha acta, exponiendo los motivos por los cuales es preciso pactarlos. Allí señala que se realizó el diagnóstico de la red existente y el diseño de la red proyectada a fin de dar cobertura y continuidad en el servicio que se presta a la población de Praga, dando resultado *“la necesidad de proyectar nuevos tramos de la red principal”*, variando las cantidades de tubería y causándose así la necesidad de nuevos ítems por los siguientes motivos:

- h) Es necesario para dar un buen servicio a los usuarios la demolición de las cajas de aguas negras existentes y posterior reposición de las mismas así como la construcción de las cajas de las domiciliarias en los sitios en donde no existen, ya que las cajas existentes además de encontrarse en muy mal estado no se adecúan al alineamiento de la nueva red.



- i) Debido al mal estado y calidad de los pozos existentes, se hace necesaria la demolición y posterior reconstrucción de los pozos existentes y la construcción de los pozos nuevos estimados en el diseño.
 - j) Por requerimientos técnicos del diseño se ve la necesidad de construir cámaras de caída en los pozos en donde la tubería de entrada y la de salida tienen diferencias de altura superiores a 70cm.
 - k) Los diámetros de la tubería de la red principal arrojados por el diseño son de 8", 10" y 12", teniendo a la de 8" como la de mayor longitud. Este ítem no está contemplado en el presupuesto contractual.
 - l) Al tener que colocar tubería de 8" en la mayoría de los tramos de la red principal, se hace necesario que en las domiciliarias de estos tramos se deba colocar Sillas Yee de 8"x6".
 - m) La instalación de válvulas de purga de 4" y 6" en la planta de tratamiento de aguas residuales a construir se hace necesaria para que el sistema de lavado y mantenimiento tanto de los tanques como de los filtros del sistema de tratamiento de las aguas residuales a construir.
 - n) Otro ítem no contemplado pero igualmente necesario es la construcción de la malla de tubería PVC-P con tubería de 4" perforada cada 15cm y unida con codos y tees del mismo diámetro. Este sistema se requiere como parte del sistema de filtros de la planta de tratamiento.
- Estos ítems se ponen a consideración para dar en servicio la obra contratada con los recursos asignados contractualmente. Es por ello que se anexa un cuadro de compensación de cantidades de obra en donde se refleja la obra a ejecutar con los recursos del contrato.

Luego hace referencia al cuadro de compensación de obras donde el valor de las obras estimadas inicialmente coincidía exactamente con



los valores de las cantidades finales estimadas. Es decir que las modificaciones no implicarían un mayor pago.

A continuación, se refiere a la modificación 01 al contrato y a la primera acta parcial de obra ejecutada de 10 de diciembre de 2008 donde se dispuso pagar \$318.036.618. Luego, la segunda acta parcial de obra de 22 del mismo mes por \$358.306.921. En ambas actas se amortizó proporcionalmente el anticipo. Se autorizó la incorporación de estos documentos.

En la siguiente sesión de audiencia siguió con el informe de interventoría técnica del entonces Secretario de Planeación al Alcalde Municipal, procesados, 22 de diciembre de 2008, leyendo varios acápite como el 2.1, 3 y 5, y las fotografías anexas, así como el cuadro de avance de obra anexo refiriéndose a los ítems más representativos del % de avance y el total. Documentos que se incorporaron como prueba No. 15.

Se refirió luego al oficio del interventor de la etapa de diseños y al informe final de interventoría, los cuales se incorporaron como evidencia 16. Las partes precisaron, en esa ocasión, que los soportes de las estipulaciones pueden tenerse como prueba documental para uso de las partes.

Siguió el testigo refiriéndose a 4 certificados de disponibilidad presupuestal de 19 de marzo de 2009, así:

No.	Valor	Objeto
468	\$795.296.129,13	Adición contrato 064 de 2008
469	\$873.453.062,48	Mayores cantidades contrato 064 de 2008
470	\$100.000.000,00	Mayores cantidades contrato 064 de 2008
472	\$345.807.724,00	Mayores cantidades contrato 064 de 2008



Igualmente se pusieron de presente los respectivos registros de los compromisos presupuestales de 27 de marzo de 2009. Se incorporaron como evidencia 17 y 18.

En otra sesión de audiencia se continuó con las facturas y ordenes de pago de las actas parciales 18, 19 y 20; certificado de disponibilidad presupuestal por las reservas de la vigencia anterior; factura por acta final de obra, orden de pago sin firmas y el acta 21 de recibo final de obra ejecutada; acta de liquidación 22; oficio dirigido por el contratista al Interventor externo de la USCO, que coincide parcialmente con el que en su momento se envió al Secretario de Planeación Municipal y en el que se eliminan los siguientes:

- o) La instalación de válvulas de purga de 4” y 6” en la planta de tratamiento de aguas residuales a construir se hace necesaria para que el sistema de lavado y mantenimiento tanto de los tanques como de los filtros del sistema de tratamiento de las aguas residuales a construir.
- p) Otro ítem no contemplado pero igualmente necesario es la construcción de la malla de tubería PVC-P con tubería de 4” perforada cada 15cm y unida con codos y tees del mismo diámetro. Este sistema se requiere como parte del sistema de filtros de la planta de tratamiento.

Pero se añade el pavimento de las vías y los lechos de secado, así como a la planta de tratamiento. Explica a continuación lo que considera son “mayores y menores cantidades de obra”, el acta 10 anexa, el cuadro de mayores y menores cantidades. Todo lo anterior que sirvió de insumo a la modificación al contrato de 27 de marzo de 2009, de la cual leyó el aparte 5 de las consideraciones, la cláusula 1ª y la imputación presupuestal. Se incorporaron al proceso por el despacho.



Se refirió al informe de investigador de campo de 1º de noviembre de 2016 sobre información de la población del SISBEN, obteniendo información en Excel, donde aparece una población de 244 habitantes con corte a febrero de 2008 e impresión del correo electrónico donde se consigna ese número de personas. Adjunta el oficio remitido de 3 de noviembre de 2016 de un certificado con corte a octubre de 2016 con 744 habitantes y otro con corte a 2011 por 329 habitantes en CD. Estos documentos se incorporaron.

En el contrainterrogatorio de LUIS FELIPE CONDE LASSO, donde se le preguntó por sus estudios, su condición de investigador, la forma como recolectó la información, en cuáles de ellos intervino y los hallazgos sobre el valor que lo llevaron a considerar que había una irregularidad en el contrato. Se le preguntó cuáles eran los valores por mayores cantidades y cuál por la adición del contrato y dijo que el Municipio no hizo un análisis profundo del valor de la obra. Se le puso de presente la comunicación del contratista de 17 de marzo de 2018; le dio lectura a la justificación que se consignó en ese documento. Igualmente, se le puso de presente el informe de la Ingeniera Civil donde se afirma que no hay sobre costos.

Se le preguntó si la obra se contrató, ejecutó y liquidó correctamente, dijo que no sabía; se le preguntó si encontró irregularidades en la ejecución y señaló afirmativamente relacionada con el aumento del valor del contrato en un 125%; se le indagó si dentro de ese porcentaje estaba un contrato adicional y las mayores y menores cantidades de obra y dijo que los imprevistos debieron ser calculados al momento de presupuestar la obra, al momento de los estudios previos; sobre si la adición superaba el 50% del contrato inicial dijo que no recordaba los detalles del valor.

Sobre la cantidad de habitantes dijo que solicitó información a una Entidad, y se procedió a refrescar memoria utilizando los estudios del



contratista, donde indicaba que para estimar la población el EOT, la información censal del DANE entre 1998 y 2005, leyendo la fórmula aplicada con un periodo de diseño de 15 años. Se le puso de presente la información del DANE obtenida en la investigación, repitiendo los datos señalados en su momento en el interrogatorio.

En el redirecto de la Fiscalía se hizo referencia a una desproporción en el aumento del contrato, refrescándole memoria en los valores y recordando un número importante de documentos hasta que se hizo una moción de orden al respecto. La defensa formuló como contraredirecto una sola pregunta orientada a establecer en detalle el objeto del contrato, que fue respondida afirmativamente.

En el siguiente *contrainterrogatorio* se le preguntó si en la población se tuvo en cuenta el internado de Praga, incluida la población flotante, dijo que sólo solicitó información al DANE, que no tuvo en cuenta la información del SIMAT. Sobre la diferencia entre mayores cantidades de obra y adición de un contrato dijo que los primeros era imprevistos que se van presentando y las adiciones son los valores presupuestales por razón de esos imprevistos. Hizo referencia también a que el diagnóstico de la situación real se hizo después de los estudios previos. En el *redirecto* dijo que el incremento del valor del contrato fue de 125%, dijo que consideró afectado el principio de planeación porque los estudios previos no se realizaron debidamente. En el *contraredirecto* dijo que la ejecución del contrato tenía dos etapas: diseños, primero, y obra después.

MARCELA BOLÍVAR ÁVILA

Dijo que laboraba en la unidad anticorrupción para el 2012 y posteriormente la fiscalía desistió de continuar con la práctica del testimonio, previa solicitud y aceptación de que se ratificara por los



defensores que las funciones que cumplían cada uno de los servidores públicos eran las consignadas en el *manual de funciones*.

b) De la Defensa

HÉCTOR REPIZO RAMÍREZ

Dijo que fue asesor de diferentes entidades, incluidos varios municipios, en Aipe desde febrero de 2008 hasta 30 de diciembre 2011, vinculado mediante una cooperativa, en todas las etapas de la contratación estatal, que debía orientar al Municipio en los procesos conforme a la Ley de contratación, dijo que empezó a regir la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 66 de 2008, que existía un manual de contratación que establecía que se iniciaba el proceso con un estudio previo y se adelantaba el proceso respectivo; indicó el contenido que debía incluirse en los estudios previos; dijo que sobre la licitación objeto de este proceso desde el proyecto de pliegos hasta la adjudicación del contrato, sin intervenir en los estudios previos; que cuando se contratan estudios y diseños, se arranca con un estudio de prefactibilidad y que el estudio previo es como un anteproyecto, de manera que el contratista debe hacer los diseños, planos, presupuestos y la obra, de manera que *“quien realmente aterriza el proyecto y quien realmente establecía los costos y la envergadura del proyecto, era el proponente que resultaba adjudicado”*; dijo que en este caso se hizo licitación pública porque se incluyeron diseños y obra; que la Secretaría hacía una proyección inicial, pero que *“realmente quien... donde se aterriza el proyecto era cuando se entregaban los estudios y diseños”*; que una vez entregados los diseños se aterrizó el valor de la obra que era mucho mayor del previsto inicialmente, que *“quien aterriza y quien define cuánto puede costar el proyecto técnicamente es el diseñador y... era el mismo proponente que resultó adjudicado”*, refirió al valor inicial del contrato en forma aproximada, como de 1.800 millones, y que al momento de la presentación de los



diseños el costo adicional era como de 1.200 o 1.300 millones, que se hizo un comité y “*jurídicamente se le dio la viabilidad*” fundamentado en lo siguiente:

1. Que el costo inicial del contrato no era el establecido en el proyecto inicial sino el establecido en el diseño;
2. Que la adición de obra y las mayores cantidades son conceptos diferentes, según el Consejo del Estado, y el límite del 50% aplica sólo para la adición, señalando un ejemplo; y que eso quedó claro en los documentos que se suscribieron;
3. Que la prioridad era dejar una obra funcional, como en efecto se logró.

Indica que en el presente contrato se hicieron mayores cantidades y también adición, y respecto de esta última que no se superó el límite legal; que la adición se hizo en el momento en que el contratista presentó los estudios y diseños. Para explicar las mayores cantidades de obra puso un ejemplo, para diferenciarlo de la adición. En ese momento se corta el audio y posteriormente se reconstruye retomando el testimonio luego de recordar en qué parte se interrumpió.

El testigo entonces hace referencia a la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con la adición del contrato; que en este caso esa adición no superó el 50% del valor del contrato; que los ítems pueden modificarse porque había estudios y diseños; que las mayores cantidades en este caso sí superaron ese porcentaje con base en los estudios ya *aterrizados*. Reiteró que era posible contratar diseños y construcción conforme al artículo 54 del Decreto 2474 de 2008, con un “*incipiente anteproyecto*” realizado por el equipo interdisciplinario de la Secretaría respectiva, en la cual él no intervenía. Hizo referencia a los contratos a precio global, por precios unitarios -los que explicó- y por administración delegada; que en este caso se trataba de contrato por precios unitarios, que el diseñador indicó la necesidad de mayores



cantidades y la adición de obras, en lo cual él pidió *a los técnicos* que se hiciera esa diferenciación. Señaló que las actas de mayores cantidades las suscribían los técnicos y el contratista, y él no participaba en ellas; que participó fue en la adición.

Explicó que la modalidad de contratación de diseños y obras, tiene la *bondad* de ser más ágil, más rápida, ahorrándose unos tres meses, y en ese caso había una necesidad urgente, incluyendo la situación del colegio; que contratar en procesos separados el diseño y la construcción puede haber diferencias entre el consultor y el contratista de la obra. Dijo no recordar con exactitud, pero que la sola institución educativa tenía más de mil estudiantes y que estas obras, según la norma RAS se construyen con una proyección a 25 años, además por la duración de la tubería.

En el *contrainterrogatorio* dijo que no participó en la elaboración de los estudios previos, pero tuvo conocimiento de los mismos al momento de iniciar el proceso de contratación, que el proceso de contratación se inicia con un anteproyecto *incipiente* y que el presupuesto no era *aterrizado*, que no habían diseños antes de la licitación sino que se obtuvieron en la primera etapa de la ejecución del contrato; reiteró sus respuestas anteriores y dijo que sólo hubo una modificación que recordaba que fue cuando entregaron los estudios y diseños. Explicó que él no revisó los presupuestos, porque era un trabajo técnico propio del interventor y al colocársele de presente documentos relacionados con este punto reiteró que no podía dar razón porque no era ingeniero.

En el *redirecto* indicó que la adición no superó el 50% del valor del contrato.

En el interrogatorio directo de otro procesado dijo que se trataba de un contrato con un objeto complejo, que era razonable que existieran diferencias entre el presupuesto inicial y el que resultó de los estudios



y diseños, y tovarte la ejecución pueden existir otras circunstancias. Reiteró que estaba previsto legalmente la posibilidad de contratar diseño y obra, pero que se requiere que se establezcan algunos datos que permitan establecer qué obra se requiere; que los estudios y diseños nunca serían iguales a los estimados por el Municipio porque entonces no serían necesarios; indicó que no sabía si hubo compensación de mayores y menores cantidades de obra; que los ingenieros le explicaron que las obras deben proyectarse a 20 o 25 años por la duración del material y el crecimiento de la población; que se hizo la aplicación de una norma RAS.

El despacho preguntó si el contratista encargado de hacer los diseños podía o estaba habilitado para diseñar por un valor del contrato y respondió que sí, para darle cumplimiento al objeto del contrato, que el contratista -al hacer los diseños- sacaba un presupuesto final y ese era entonces el valor del contrato. Se le preguntó entonces, si entonces el valor del contrato lo determinaba el contratista y dijo que sí, en los estudios y diseños, limitado por el objeto del contrato y la supervisión e interventoría del contrato; explicó que la norma RAS tenía un límite de 25 años, que no permitía más. También se le preguntó, teniendo en cuenta que el límite del 50% sólo aplica a la adición, quién determinaba qué era mayores cantidades y qué era adición en esa obra, y dijo que era la *parte técnica*, primero la interventoría y la supervisión, pero al final quien decide qué es cada rubro es la Entidad; que dentro de los asesores técnicos había un especialista en contratación estatal, Carlos Díaz, que podía ayudar a definir; y que la línea jurisprudencial ha sido pacífica sobre la diferencia entre adición y mayores o menores cantidades.

LUIS EDUARDO POLANÍA

Indicó su experiencia como funcionario y como profesional en asesorías de varias Entidades, orientado especialmente hacia la



contratación estatal; que para 2008 había varias modalidades de contratación, se refirió al contrato de obra, el objeto de dicho tipo de contratos, que era posible contratar la consultoría y la obra en un solo contrato; que pueden hacerse varias formas de pago y explicó el *anticipo*; que la Ley permite los contratos a precios unitarios donde las cantidades son sólo un estimativo, o por precio global, y los explica; también hizo referencia al contrato por administración delegada; indica que el 50% permitido para la adición se calcula sobre el valor en salarios mínimos y que se trata de actividades no pactadas pero necesarias, y que las mayores o menores cantidades no tienen ese límite. Señaló que las adiciones son obras *imprevistas e imprevisibles* pero necesarias, que correspondían a ítems no previstos en el contrato. Reiteró los conceptos mencionados. Indicó que se requería que el interventor apruebe las mayores cantidades y las adiciones, que es común que haya modificaciones a los contratos.

En el *contrainterrogatorio* de la fiscalía señaló que en el pacto de precios unitarios el valor y las cantidades, son un estimativo, que debe ser el resultado del cumplimiento del principio de planeación, que se elabora un documento inicial de *prediseño* que explica de dónde se obtiene la información necesaria para proyectar el contrato en el que se puede obtener un *diseño* definitivo; que la mayoría de las obras requieren rediseños; que una vez obtenidos los diseños se debe contar con la disponibilidad presupuestal para contratar los faltantes, se por adición o por mayores cantidades. Ante la pregunta si se falta al principio de planeación por no contar con la disponibilidad de presupuesto al momento en que la Entidad conoce que se requiere un mayor valor, indicó:

“en el momento en que entregan los diseños, si yo voy a contratar esas obras adicionales, pues siempre tengo que contar con la disponibilidad presupuestal, es decir, porque es que uno puede contratar Doctora algo parcialmente como sucede en este caso, ellos definieron un



presupuesto, entonces uno lo que hace es colocar ese presupuesto en un acta de mayores y menores cantidades, ajusta hasta donde le alcanza y el resto lo adiciona a título de obra adicional o a título de mayores cantidades de obra, pero eso se hace siempre y cuando uno cuente con los recursos”

Preguntado si, una vez se reciben los diseños, la Entidad debe hacer un análisis de los mismos o debe continuar con lo que le diga el contratista, sin hacer ese análisis, dijo que eso era facultativo del ordenador del gasto, pero que siempre se debe contar con disponibilidad presupuestal.

En el *redirecto* explica la jurisprudencia sobre las mayores cantidades y que no le aplicaban el límite del 50% referido. Y en el *contraredirecto* reiteró que esas mayores cantidades podía tener muchas causas, como problemas técnicos u otros.

Los restantes defensores que habían pedido esta prueba como común, renunciaron a la misma.

CARLOS EDUARDO DÍAZ GUTIÉRREZ

Su defensor lo interrogó y dijo que ocupó cargos en el Municipio de Aipe y luego celebró algunos contratos de prestación de servicios como parte de la Secretaría de Infraestructura, colaboraba en la parte técnica de los contratos, en la elaboración de actas, de los estudios previos, en participar en comités de obras públicas, cuantificación de presupuestos y diseños. Dijo que participó en la proyección de la obra de autos junto con el Ingeniero JOSÉ SEVEL CASTRO DURÁN, en los estudios previos, en el comité evaluador de la propuesta y en la planeación del contrato. Dijo que se hizo una licitación pública para contratar el estudios, diseño y construcción de esa obra, que el contrato fue el 064 con una unión temporal; que se contrató por



precios unitarios, donde se paga por la unidad ejecutada, y así se consignó en el contrato y en los pliegos de condiciones; que el precio real se conoce al final de la obra; explicó las dos etapas, de consultoría en diseño y de construcción de la obra; que se contó con talento humano en cada una de las etapas.

Explicó la etapa de diseño, indicando que se hizo topografía porque se debe georreferenciar la obra, y realizado este estudio se procede a formularlos diseños. Sobre la norma RAS dijo que era la normatividad para diseñar acueductos o alcantarillados, y que se aplicó en ese contrato. También indicó que se inició con una información de prefactibilidad, que el sistema estaba colapsado, y que se contaba con “*algunas cuantificaciones medibles*” sobre las redes existentes, que no debía usarse más los pozos sépticos por la contaminación, señaló que los presupuestos son estimaciones, que para estimar la población no sólo se tuvo en cuenta la información del DANE sino también la población flotante de los fines de semana que puede ser del 20 o 30%, que van a necesitar los servicios públicos así como la población estudiantil que podía ser de 380 o 400 para esa época, además de la proyección del crecimiento poblacional a largo plazo.

Indicó que los estudios de prefactibilidad son muy someros, pero sirve al diseñador para lograr los diseños; que en este caso no se hizo la topografía en la etapa de prefactibilidad y por eso se diseñaron dos plantas de tratamiento y por lo mismo dos redes diferentes por la topografía, igualmente que debía ampliarse la red para beneficiar al centro educativo agropecuario de unos 400 alumnos, además de la reposición del pavimento por ser muy antiguo, explicó la diferencia entre el contrato adicional como actividades nuevas, accesorias, y que difiere de la adición (elementos no previstos pero conexos, en las cantidades a ejecutar).



Dijo que participó de los comités y se celebró un contrato adicional de obras no previstas, de obras no previstas, que no superó el 50% del contrato; que en la etapa de prefactibilidad se presumía que no se iba a hacer sino una sola planta de tratamiento, pero que ya con los estudios y diseños se vio la necesidad de otra planta. Que el propósito era que la obra cumpliera la finalidad y que, si no se hacía así, esa finalidad quedaba a medias y entonces habían quedado algunas viviendas sin conexiones de alcantarillado.

Señaló que el estudio de prefactibilidad aporta algunas variables para que el diseñador realice su tarea, donde se definen las cantidades de obra. Dijo que en este proceso de contratación no hubo una falla precontractual porque se concibió un proyecto necesario, y que sólo habría ese tipo de falla si el contrato no se hubiera ejecutado. Dijo que no hubo falta de planeación sino una diligencia efectiva porque el Municipio se habría demorado mucho para hacer los diseños, que si se hubieran obtenido los diseños previamente en todo caso muy seguramente sería necesario también mayores y menores cantidades porque se presentaron situaciones imprevistas como la demolición de algunas placas, el volcamiento de áreas, la ampliación de redes, y que si la Ley permite contratar diseño y construcción es porque el legislador ha previsto la viabilidad de satisfacer la necesidad de manera rápida; que todo se realizó conforme a la norma; que no hubo sobrecostos; y reiteró que se cumplió la finalidad de la obra.

En el *contrainterrogatorio* dijo que participó en la elaboración del estudio previo, en la parte técnica, sobre el conocimiento previo del Municipio dijo que era de ese municipio, dijo que conocía la problemática de ese alcantarillado, que elaboró los estudios previos con JOSÉ SEVEL CASTRO porque ese documento es en parte jurídico y técnico. Hizo referencia a la necesidad de la contratación en ese caso, en especial el problema ambiental. Se le puso de presente el estudio previo quien señaló que fue firmado por el JOSÉ SEVEL CASTRO y



proyectado por él. Leyó un aparte relacionado con la necesidad, dijo que estaba relacionada con el plan de desarrollo del municipio, resultante de las agendas definidas con la comunidad.

Señaló que hizo el estimativo de la población tomando información del DANE, más la población flotante, los estudiantes y la proyección a 25 y 30 años; señala que los 1.360 habitantes que se mencionan, resultan de todas esas variables. Al ser preguntado si tuvo en cuenta que la población de Praga estaba decreciendo dijo que ese tipo de situaciones era temporal, que la gente regresa por sus bienes. Se le indagó por qué no se indicaron las razones para escoger un contrato que incluyera diseño y obra, y dijo que estaba en el análisis de la modalidad de contratación; la fiscalía le dijo que esas consideraciones que plantea verbalmente no quedaron consignadas en el documento. Recordó los valores inicialmente contratados para el diseño y la construcción, que él no cuantificó las cantidades porque no es ingeniero civil sino arquitecto, que lo hizo un grupo interdisciplinario de la Secretaría.

GUSTAVO MOSQUERA CHARRY

Dijo ser abogado especialista en contratación estatal, que es representante legal de una persona jurídica dedicada a proyectos de infraestructura, obra pública, diseño y necesidades en general con Entidades Públicas. Dijo que participó la licitación de Aipe de que tratan estas diligencias, en una unión temporal con otra empresa, donde él era el representante legal de la UT, explicó que tenía plazo para hacer los diseños aplicando la norma del RAS 2000 y otro para la construcción; que el trabajo de campo era estudios de suelos, topografía, medición de caudales, población y proyección de la población en el tiempo, comportamiento social, según lo que exige la norma; se pudo establecer con los diseños que se requería un valor mayor al presupuestado inicialmente que era un “*considerado*”; que



se hicieron unas adiciones o mayores cantidades de obra por ese motivo; que se hizo una adición de ítems nuevos.

Indicó que el proyecto no se podía dejar a medias, que se hizo una adición por ítems nuevos y mayores cantidades por ítems ya creados, lo que permitía la jurisprudencia con este tipo de situaciones; que esos mayores valores se justificaron con documentos técnicos; dijo que la interventoría la hizo Gustavo Rivera y que la interventoría avaló tanto la adición como las mayores cantidades de obra. Se le puso de presente la modificación en el aparte donde señala que el acta de justificación de adición y mayores cantidades se suscribió el 17 de marzo de 2009. Dijo que no se permitió adicionar el contrato más allá del 50%, señalando que debería distinguirse de las mayores cantidades, y que no se deben sumar para establecer el valor de la adición; que en los documentos se dejó clara esa situación.

Sobre la población beneficiaria dijo que como diseñadores tuvieron en cuenta la población residente, la población flotante o visitante y la existencia de un colegio con un número considerable de estudiantes, para hacer la proyección de la obra como mínimo a 20 años, según una norma técnica. Dijo que la obra se hizo dentro de los tiempos estimados, cumpliendo el RAS, se entregó funcionando, que los entes de control visitaron la obra y revisaron los cálculos; que ha ejecutado más de 350 obras mediante la modalidad de estudios, diseño y construcción, donde sólo recibe unos parámetros generales para hacer la obra, por lo que no es una forma extraña de contratar; que el estimado del anteproyecto o de esquema inicial básico, por lo cual necesariamente se generan unos cambios en los valores.

En el *contrainterrogatorio* indicó que tuvo unos datos estimados básicos, localización, unas cuantificaciones iniciales y algo muy general sobre el proyecto, con un presupuesto inicial de obra. Se le puso de presente el documento de estudios previos y lee el valor que



allí se señala para diseños y para obras; dijo no recordar las fechas exactas sobre los tiempos de los diseños; que la cuantía del contrato se modificó después de los diseños. Se le puso de presente el cuadro comparativo entre el presupuesto inicial y final de la obra, el acta de inicio de la etapa de diseños; sobre los aspectos que generaron el aumento de valor dijo que el punto era técnico que exige una valoración de actas; se le puso de presente también el informe de entrega de los estudios y diseños, señalando que es necesaria la construcción de dos plantas de tratamiento, así como la construcción de nuevos tramos de alcantarillado indispensables para dar cobertura y continuidad en el servicio de recolección y tratamiento de aguas residuales; reiteró cuál era el propósito de la obra, los conceptos de adición y mayores cantidades, indicando los valores respectivos, que no recordaba si habían plantas de tratamiento antes.

Explicó que el tamaño de la obra se diseña conforme a las reglas establecidas para hacer una estimación de la población, sin que le resulte posible tomar en consideración situaciones excepcionales de desplazamiento o abandono del territorio; que no recuerda lo relacionada con la norma RAS porque ese tema le correspondía a otra persona de su equipo de trabajo; reiteró la misma información en varias ocasiones.

En el *redirecto* indicó que el valor inicial del contrato se aumentó en el 81%, que incluía mayores cantidades de obra, que fueron autorizadas por la interventoría al igual que los ítems nuevos y que en los documentos se consignan las justificaciones para realizar los aumentos de valor.

En el *contraredirecto* reiteró los porcentajes de incremento del valor, que para saber el valor de los aumentos era preciso restar al valor estimado en los diseños el valor final del contrato; leyó el valor en el cuadro de cantidades finales, dijo que no alcanzaba a ver el porcentaje



y la Fiscalía indicó que era 125,43%, e hizo referencia al fenómeno climatológico de “la niña”.

La defensa que estaba en la práctica de pruebas desistió del testimonio de Gustavo Rivera Córdoba. La defensa de JOSÉ SEVEL CASTRO continuó con la práctica de pruebas.

AMADEO RODRÍGUEZ AVILEZ

Dijo que era agricultor de Praga, en Aipe, donde ha vivido siempre, que en 2008 estaba en ese lugar cuando se hizo el alcantarillado de ese sector, que habían unas 160 familias en ese lugar, que ahí está el colegio que se conectó a ese alcantarillado, que aún está en funcionamiento, que benefició a la comunidad, que era fiscal de la Junta de Acción Comunal para esa época, y que no hubo objeciones por parte de la comunidad con la obra.

En el *contrainterrogatorio* reiteró lo contestado antes, en especial respecto al número de familias. Dijo que la necesidad la tenían desde hacía mucho tiempo.

Se concluyó así la práctica probatoria de la defensa de JOSÉ SEVEL CASTRO. Continúa la defensa de LUIS FELIPE CONDE LASSO.

LUIS FELIPE CONDE LASSO

Dijo que era abogado con especialización en derecho probatorio, administrativo y en desarrollo regional, que ejerció como Alcalde durante el periodo de 2008 a 2011, que conoce a los demás procesados, indicando las circunstancias en que los conoció. Hizo referencia al denunciante porque ha presentado 47 denuncias en su contra, que celebró el contrato de que trata este proceso, que la obra está en uso y que ha sido revisada por los entes de control, sin ningún



tipo de objeción. Hizo referencia a los detalles del proceso de contratación, la necesidad, los habitantes, la diferencia entre adicional y mayores cantidades de obra, los cambios de fiscal, las solicitudes de preclusión de la investigación.

Indicó que la Ley permite contratar diseño y construcción, que se trataba de un objeto complejo, que está autorizada su contratación de esa manera por el artículo 54 del Decreto 2474 de 2008. Hizo referencia a la norma RAS, que se tuvo en cuenta la población más la población flotante y los estudiantes del colegio; que el proyecto nació por la iniciativa de la comunidad, que incluso presentó una acción de tutela en ese sentido; que había un alcantarillado en mal estado; que el contrato se celebró con una unión temporal de dos firmas; indicó el valor inicial del contrato de manera aproximada y el de la adición posterior, haciendo diferencia entre adicional y mayores cantidades indicando que en la adición los ítems eran los mismos pero con diferentes cantidades mientras que las mayores cantidades son otros ítems distintos de los contratados inicialmente; que el límite de los adicionales es por el 50%; que se contrató por precios unitarios y que en los estudios previos se previó que debía aplicarse la norma RAS y la norma ICONTEC; que se celebró un contrato adicional en el que se hizo diferencia entre lo que era adición y lo que constituían mayores cantidades, así como en el acta de liquidación; en dicho adicional se indicaron los motivos por los cuales se realizaba tal acto; señaló la estructura de la administración municipal y que la supervisión le correspondió a la Secretaría de Planeación por cuenta del Ingeniero SEVEL CASTRO, porque esa era una de sus funciones; la obra se ejecutó en su integridad y está en funcionamiento sin inconvenientes; dijo no haber violado el régimen penal; que el contrato por precios unitarios permite corregir situaciones no previstas sobre cantidades; que la obra está funcionando; que se hizo para la población correcta; que la norma RAS prevé que se proyecte la obra hacia el futuro.



En el *contrainterrogatorio* indicó que los estudios previos los hizo el Secretario del Planeación, donde se tuvo en cuenta la norma RAS, que el proyecto fue radicado en el banco de programas y proyectos, que el alcantarillado era obsoleto y se necesitaba una nueva obra, se le puso de presente el estudio previo, indicó que en el objeto está incluida la reposición del alcantarillado; leyó el segundo párrafo de la hoja 4 de ese documento donde dice que el contratista debe contemplar si es necesario realizar la reposición del alcantarillado existente o si este se adecuaba a las necesidades, debiendo entregar un inventario del que existía en ese momento; que el presupuesto de la obra consignado en los estudios previos se señaló sin saber si el alcantarillado antiguo servía o no; que se fijó una población beneficiaria de 1.360 habitantes en ese documento; que en ese momento había 344 habitantes; que había emigración de la población para esa época por problemas de orden público; que había un estancamiento del crecimiento de la población, pero que hoy (al momento del testimonio) ya la población ha crecido; que en el presupuesto inicial de los estudios previos se incluía la planta de tratamiento; que la suma de lo contratado inicialmente más las mayores cantidades y la adición, totaliza el valor final del contrato.

Se le puso de presente el oficio remitido de los estudios con el cuadro comparativo del presupuesto inicial y final, donde la diferencia entre lo diseñado y proyectado inicialmente era del 81,87%. Al ponerle de presente un cuadro de mayores y menores cantidades de obra y obra adicional, dijo que el valor se incrementó en el 124% en el que se incluían los dos conceptos y que no se violó el límite del 50%.

En el *redirecto* insistió en la diferencia entre mayores cantidades y obra adicional. A continuación, la defensa que interroga renunció a las demás pruebas testimoniales decretadas en su favor.

3.5.2. Análisis de las pruebas



No hay debate entre las partes respecto a las calidades con las que obraron los procesados, al punto que fue objeto de estipulación contractual. Tampoco existe divergencias sobre las actividades surtidas en el proceso de selección contractual, su trámite, ejecución, modificaciones y liquidación, que también fueron motivo de estipulación.

No obstante, existe diferencias sobre si esos actos constituyen o no infracciones a la Ley penal. Es decir, la cuestión a resolver está en la valoración de unos actos sobre los cuales, sobre su ocurrencia, las partes no debaten. Podría decirse que el debate no gira en torno a los hechos sino respecto a la interpretación de los mismos: para la Fiscalía constituyen delito, para la defensa no.

Es así como nos acercamos al punto de discusión, que está básicamente sobre la valoración de si existió o no falta de planeación en el compromiso de los valores que implicaron un aumento del valor del contrato, etiquetados en algunos casos como adición y en otros como mayores cantidades. La Defensa arguye que no se violó el límite del 50% establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y la Fiscalía afirma que, en todo caso, el aumento exagerado del valor de la obra da cuenta de una falta de planeación.

Para resolver este asunto miremos la prueba documental. A través de ella debemos determinar cuál era el alcance del objeto inicial del contrato para proceder a evaluar entonces cuál fue la planeación del mismo, y si se presentó una falta de la misma tal como fue imputado y acusado por la Fiscalía.

Revisado el contrato 064 de 2008 está claro que se buscaba la reposición y ampliación tanto del alcantarillado como de la planta de tratamiento de aguas residuales, ambos del centro poblado de Praga



(Aipe), remitiéndose en el parágrafo 1º de la cláusula del objeto, la primera, al capítulo 4º del Pliego de Condiciones sobre las *condiciones contractuales generales*. Dichas condiciones se encuentran en las estipulaciones contractuales y dentro de ellas se observa, en el numeral 4.4 las *obligaciones del contratista*, estipulaciones de suministrar información, cumplir el objeto contractual, y demás, que nada nos dicen sobre el alcance de la obra.

Revisamos entonces los estudios previos, que contiene en el numeral 3.1 la *descripción técnica* de cómo se va a ejecutar el objeto y las especificaciones. Indica los componentes del sistema: aliviadero, área tributaria, caja de inspección, cámara de caída, caja de paso, canal, cañuela, colector principal o matriz, conexión domiciliaria, cuerpo receptor, cuneta, emisario final, estructuras de disipación de energía y de entrega, estación de bombeo, instalación interna, interceptor, sumidero, tramo y planta de aguas residuales, de los cuales se indica apenas una breve definición, sin indicar cantidades ni precios.

Hay también un aparte de soportes técnicos (3.3.1) donde sólo se afirma que el contratista deberá ejecutar los ítems conforme a las especificaciones técnicas (que no indica ahí cuáles son), que debe elaborar los diseños siguiendo los lineamientos del pliego de condiciones (que tampoco los indica), que debe realizar los estudios técnicos (pero no señala cuáles) y los presupuestos de acuerdo al presupuesto oficial. En la página 10 se inicia con el presupuesto que incluye sólo tres columnas: actividades, unidad y cantidad. Se adjunta un presupuesto oficial en el que se detallan los valores, pero de su contenido no puede tenerse una idea de cuál es el alcance del contrato. No sabemos cuántos metros de alcantarillado, cuántas familias, cuántas calles, o -por lo menos- una descripción general de la obra que permita revisar cuál fue el alcance de las mismas y el análisis de la necesidad de las obras adicionales o mayores cantidades.



Valga recordar que, como se analizó al establecer las diferencias entre adicional o adición, por una parte, y mayores cantidades de obra, por otra, las primeras son obras no previstas *pero necesarias* para la funcionalidad de la obra inicialmente contratada, en tanto que las segundas son sólo mayores cantidades para ejecutar la obra inicialmente contratada. De manera que las obras adicionales (contrato adicional o adición), perfectamente pueden tener ítems de los ya pactados, y no por ello son mayores cantidades a efectos de aplicar la cláusula de precios unitarios.

Retomando los documentos del proceso de contratación, no encontramos la descripción que nos permita establecer *el alcance* del contrato, la determinación de la obra, ni en los estudios previos, ni en los pliegos de condiciones. En el presupuesto encontramos la siguiente información:

Red de alcantarillado

<i>Localización y Replanteo</i>	<i>ML</i>	<i>2.771,89</i>
<i>Demolición de pavimento rígido incluye cortadora y demás herramientas para su correcto labor</i>	<i>M2</i>	<i>2.019,51</i>
<i>Excavación manual, en material común seco</i>	<i>M3</i>	<i>3.261,69</i>
<i>Suministro e instalación de material filtrante hasta cota clave.</i>	<i>M3</i>	<i>640,14</i>
<i>Suministro de relleno seleccionado apisonado mecánicamente</i>	<i>M3</i>	<i>1.300,00</i>
<i>Suministro de relleno seleccionado de la misma excavación apisonado mecánicamente</i>	<i>M3</i>	<i>2.773,43</i>
<i>Suministro e instalación de tubería sanitaria PVC corrugada que cumpla con la NTC 3721-1 de 6".</i>	<i>ML</i>	<i>660,00</i>
<i>Suministro e instalación de tubería sanitaria PVC corrugada que cumpla con la NTC 3721-1 de 10".</i>	<i>ML</i>	<i>1.500,00</i>



<i>Suministro e instalación de tubería sanitaria PVC corrugada que cumpla con la NTC 3721-1 de 12".</i>	<i>ML</i>	<i>550,00</i>
<i>Suministro e instalación de silla de 10*6" para domiciliaria de alcantarillado.</i>	<i>UN D</i>	<i>80</i>
<i>Suministro e instalación de silla de 12*6" para domiciliaria de alcantarillado.</i>	<i>UN D</i>	<i>30</i>
<i>Construcción de Pozos en concreto de 3000psi con pared e=0,20m, placa de fondo e=0,20m, con cono de reducción a 0,60m, pasos en hierro 3/4" cada 0,40m y altura variable</i>	<i>UN D</i>	<i>46</i>
<i>Reposición de placa de e=0,15mts en concreto de 3000 psi arena y gravilla por separado incluye mezcladora y pasadores de acero de 1/2" de 6000 psi.</i>	<i>M2</i>	<i>2.019,51</i>

Planta de tratamiento de aguas residuales

<i>ESTRUCTURA DE REJAS DE LIMPIEZA</i>		
<i>Descapote de todo el lote</i>	<i>M2</i>	<i>90</i>
<i>Excavación manual, en material común seco</i>	<i>M3</i>	<i>8</i>
<i>Excavación en roca (5% del total)</i>	<i>M3</i>	<i>7</i>
<i>Suministro de relleno seleccionado de la misma excavación apisonado mecánicamente</i>	<i>M3</i>	<i>6</i>
<i>Botada de material proveniente de excavación a cualquier distancia</i>	<i>M3</i>	<i>72</i>
<i>Entresuelo en piedra d<4"</i>	<i>M3</i>	<i>14</i>
<i>Solado en concreto pobre (fc=140 kg/cm²) e = 5cm.</i>	<i>M3</i>	<i>50</i>
<i>Concreto Fc = 245 kg/cm² losas (incluye formaleta e impermeabilizante)</i>	<i>M3</i>	<i>30</i>
<i>Concreto Fc = 245 kg/cm² muros (incluye formaleta e impermeabilizante)</i>	<i>M3</i>	<i>35</i>



<i>Acero de refuerzo $f_y = 60.000$ y de 40.000 psi (incluye figuración)</i>	KG	1300
<i>Compuerta de tablero de $0,40 \times 0,30$m en lámina de acero inoxidable calibre $1/8$" , incluye instalación guías y sello.</i>	UN D	1
<i>Reja de $0,45 \times 0,40$m con platina de $1 \times 3/16$" separadas cada $1,5$cm incluye guías de U de $1 \times 1/2$" galvanizada e instalación.</i>	UN D	1
<i>Plataforma para limpieza de reja en rejilla en fibra de vidrio de 50×40cm incluye instalación.</i>	UN D	1
<i>Pintura epóxica protección de muros (epotoc 85 o similar)</i>	M2	7
SEPTICO Y FAFA		
<i>Localización y replanteo</i>	M2	120
<i>Excavación 0 - 2 m manual o mecánica, en material común seco</i>	M3	95
<i>Excavación en roca (5% del total)</i>	M3	25
<i>Suministro de relleno seleccionado de la misma excavación apisonado mecánicamente</i>	M3	120
<i>Cargue y botada de material sobrante a cualquier distancia</i>	M3	230
<i>Entresuelo en piedra $d < 4$"</i>	M3	26
<i>Solado en concreto pobre ($f_c = 140$ kg/cm²) $e = 5$cm.</i>	M3	120
<i>Concreto $F_c = 245$ kg/cm² losa de fondo y superior (incluye impermeabilizante)</i>	M3	98
<i>Concreto $F_c = 245$ kg/cm² muros incluye formaleta e impermeabilizante)</i>	M3	110,9 4
<i>Acero de refuerzo $f_y = 60.000$ psi (incluye figuración)</i>	KG	2.754, 56
<i>Pintura epóxica para protección de muros (epotoc 85 o similar) dos capas</i>	M2	80
<i>Tapas para inspección de $0,5 \times 0,5$</i>	UN D	8



<i>Tee PVC-S 6" UM</i>	<i>UN</i> <i>D</i>	<i>3</i>
<i>Codos PVC - S 6" (150mm) de 90°</i>	<i>UN</i> <i>D</i>	<i>4</i>
<i>Tubería PVC – Sanitaria de 6"</i>	<i>ML</i>	<i>42</i>
<i>Material filtrante de polipropileno - densidad (950 cm3) que garantice un area superficial de contacto 90m2/m3.</i>	<i>M3</i>	<i>70</i>
<i>Cunetas perimetrales en concreto de 21 mpa</i>	<i>ML</i>	<i>120</i>
<i>Engramado general con cespedones</i>	<i>M2</i>	<i>130,9</i> <i>5</i>
<i>Estructura discipadora de energía en concreto de 21 mpa</i>	<i>UN</i> <i>D</i>	<i>1</i>
<i>Cerramiento en alambre de púas (10 cuerdas) y estacón inmunizado de 3"</i>	<i>ML</i>	<i>198</i>
<i>Suministro y siembra de árboles h=1m (jasmin de noche y bambú).</i>	<i>UN</i> <i>D</i>	<i>100</i>

Para efectos de la selección la administración destacó los siguientes ítems:

<i>Demolición de pavimento rígido incluye cortadora y demás herramientas para su correcto labor</i>	<i>M2</i>	<i>2.019,51</i>
<i>Excavación manual, en material común seco</i>	<i>M3</i>	<i>3.261,69</i>
<i>Suministro e instalación de material filtrante hasta cota clave.</i>	<i>M3</i>	<i>640,14</i>
<i>Suministro de relleno seleccionado apisonado mecánicamente</i>	<i>M3</i>	<i>1.300,00</i>

Esta información se puede contrastar con el informe del contratista de 22 de octubre de 2008, donde afirma que “se encontraron tramos nuevos no contemplados en el presupuesto inicial... dando como resultado mayores cantidades de obra, principalmente en lo que tiene que ver con tubería, excavaciones, rellenos y reconstrucción de placas de concreto.” Cabe preguntarnos, ¿por qué motivo el contratista se



refiere a tramos “nuevos” si en ninguno de los documentos del proceso de selección se mencionaron cuáles eran los tramos “originales”?

Es lo cierto entonces que, en ese informe, según el cuadro comparativo presentado por el mismo contratista, el valor inicial debía aumentarse en un 81,87%. Para mayor ilustración consigno los valores, según lo estipulado por las partes:

Detalle	Valor
Valor inicial del contrato	\$1.824.025.649
Valor de los diseños	\$143.990.800
Valor inicial de la obra	\$1.680.034.849
Valor a aumentar según diseño del contratista	\$1.493.410.814
Adición y mayores y menores cantidades	\$ 2.114.545.963
Valor según acta de recibo final	\$ 3.794.580.812

Lo anterior, según las siguientes fechas:

Fecha	Actuación	Valor
25ago08	Celebración del contrato	\$1.824.025.649,33
22oct08	Termina etapa de diseño	
11dic08	Modificación 01 al contrato	
27mar09	Adición	\$795.296.129,13
27mar09	Mayores y menores cantidades	\$1.319.260.787,45
13abr09	Acta 13. Compensación de obras	\$3.794.591.766,00
18dic09	Acta 22. Liquidación	

Pues bien, uno de los motivos planteados para el aumento de valor son los mencionados “nuevos” tramos. En ese sentido, respecto al alcantarillado tenemos en metros lineales el suministro e instalación de tubería:



Pulgadas	Un.	Estudios previos	Informe del diseñador	Final ejecutado
De 6"	ML	660,00	659,90	796,15
De 10"	ML	1.500,00	63,28	63,50
De 12"	ML	550,00	848,47	842,64
De 8" (<i>nuevo ítem</i>)	ML	0,00	2.153,65	2.046,37
Total		2.710,00	3.725,30	3.748,66
Diferencia			1.015,30	1.038,66

Esta comparación muestra que mientras el alcantarillado original estaba compuesto principalmente de tubería de 10", el nuevo lo era de 8", y que se aumentó en más de mil metros lineales (que es lo que pudo considerarse "nuevos tramos"). El porcentaje final resultó ser entonces el **38,33%** en metros lineales, pero en valor comprometido no se puede establecer porque el valor de esta red no se conocía en los estudios previos donde no se identificaron los tramos originalmente contratados.

Es cierto que en las estipulaciones se indica que se realizó una estimación de valores unitarios mediante un análisis, pero no se indican qué valores y, finalmente, no es posible establecer cuál era el valor puntualmente para el alcantarillado.

En el cuadro, a folio 1198, aparece la comparación de valores y se mencionan unos valores *contrato* con respecto a valores *diseño*, pero tales datos se obtienen del contrato, como su nombre lo indica. Sin embargo, para lo que interesa al despacho, que es establecer el valor resultante de la planeación previa a la apertura de la licitación, no se tiene noticia de esos valores, pues no aparecen en los estudios previos, ni en el pliego de condiciones o en otro elemento material que den cuenta de ese guarismo.



Miremos el valor de cada ítem, comparando el valor del contrato con respecto al valor del diseño (toda vez que los valores precontractuales, se insiste, no se conocen), sólo en el costo directo, es decir, sin tener en cuenta el 30% de AIU. Son los siguientes:

Detalle	Vr. Inicial*	Vr. Diseño*	Vr. Final**
Alcantarillado	932.960.976,72	1.731.637.292,57	2.239.138.028,87
Planta de Tto.	359.373.522,77	709.474.756,36	679.770.287,94
Total	1.292.334.499,49	2.441.112.048,93	2.918.908.316,81

* tomado del cuadro al fl. 1198, presentado por el contratista

** tomado del acta de recibo final

Si se realiza el cálculo del porcentaje del aumento respecto de los valores (sin el AIU, sólo sobre el costo directo, es decir, como se acaban de presentar), el valor que se estimó en los diseños es el **188,89%** del total del valor inicial³⁹, y el valor ejecutado -según el acta de recibo final- es del **225,86%** del valor inicialmente previsto.

En porcentajes tendríamos los siguientes valores:

Detalle	Vr. Inicial	Vr. Diseño	Vr. Final
Alcantarillado	100%	185,61%	240,00%
Planta de tratamiento	100%	197,42%	189,15%
Total	100%	188,89%	225,86%

³⁹

Regla de tres	%	Valor
Vr. Inicial	100%	1.292.334.499,49
Vr. Según diseño	X = 188,89%	2.441.112.048,93
Vr. Final ejecutado	X = 225,86%	2.918.908.316,81



Los porcentajes, como se ve, son desmesurados. Y algunos ítems, son realmente notables (folio 1199), como -por ejemplo- los del acápite de “SEPTICO Y FAFA” que el ítem de “*Cargue y botada de material sobrante a cualquier distancia*” se había previsto una cantidad inicial de 230 mts.³, pero el diseñador estimó por el contrario 1.281,18 mts.³, es decir 1.051,18 mts.³ más, que corresponden a **457,03%**.

En ese mismo acápite el ítem de “*Excavación 0 - 2 m manual o mecánica, en material común seco*” se estimó inicialmente en 95 mts.³, que el diseñador definió en 896,83 mts.³, es decir, 801,83 mts.³ adicionales, que corresponden al **844,03%**.

También en ese mismo acápite se destaca el ítem de “*Acero de refuerzo fy = 60.000 psi (incluye figuración)*” donde la cantidad prevista era de 1.987 Kg., pero el diseñador la calculó en 31.588,80 Kg., es decir, 29.601,80 Kg., adicionales. Esto nos permite arribar a un porcentaje de aumento de la cantidad de **1.489,77%**.

Valga decir que estas reflexiones se consignan, precisamente buscando el *alcance* del contrato a efectos de establecer la *necesidad* de las adiciones y mayores cantidades. A efectos de comprender cuál era el alcance del contrato y si los valores adicionales correspondían efectivamente a mayores cantidades o a obras adicionales no previstas pero necesarias, resulta más clarificador el oficio dirigido por el contratista al interventor de 17 de marzo de 2009, que precisamente divide en dos apartes el contenido del escrito, así:

Obra adicional. Señala -sin mayor explicación- que de los diseños y estudios “*surge la necesidad de proyectar nuevos tramos de la red principal*” (Subrayo). Se ve entonces que se modificó el objeto del contrato, ampliándolo con una mayor extensión del alcantarillado. Estos nuevos tramos, no serán entonces mayores cantidades, pues se



trata de obras adicionales que contienen ítems que estaban previstos desde el inicio.

Ahora bien, en el aparte de las mayores cantidades el contratista explica: “*El hecho de realizar mayor cantidad de instalación de tubería de red principal, implica la mayor cantidad de localización y replanteo de tuberías*”. Significa que estas mayores cantidades de obra estaban dirigidas a realizar esos “*nuevos tramos*”, de manera que hacen parte de la adición, y por tanto estaban dentro del límite del 50% establecido para el efecto por la Ley 80 de 1993.

Es importante recordar aquí que las denominadas *mayores cantidades* que no requieren adición (por ser una mera aplicación de la cláusula de la forma de pago por *precios unitarios*), son sólo aquellas necesarias para realizar la obra inicialmente prevista, y no para obras adicionales o adiciones, que resulten *necesarias* para la funcionalidad de la obra inicialmente prevista.

El análisis detenido de los documentos, el estudio previo, el presupuesto, el pliego de condiciones y el contrato, permiten concluir que antes del contrato existía apenas un *esbozo* de la obra a realizar, una idea general tan poco definida, que era imposible determinar sus contornos, dejando todo el peso de la planeación al mismo contratista de la obra. Fue tan escasa la actividad de la Administración, que no logró ni siquiera establecer la dimensión de la obra. Fue únicamente con los estudios producto del mismo contrato, que se pudo establecer que la obra requerida era mayor, incluso con incrementos (para no decir adiciones o mayores cantidades) de valor subsiguientes, que sugerían traspiés impropios de la contratación estatal.

Para el efecto basta observar el acta de recibo final en lo relacionado con las cantidades de suministro e instalación de tubería sanitaria



PVC corrugada que cumpla con la NTC 3721-1, para el Alcantarillado, como ya se mencionó atrás.

Igualmente se probó que estaba prevista una planta de tratamiento y se construyeron finalmente dos. Como se advierte, el alcance inicial del contrato era en exceso impreciso.

En el presente caso está claro que —además de no haber clarificado el alcance del objeto contractual en los estudios previos, ni en los pliegos de condiciones, lo cual desde ya constituye una falta al principio de planeación—, se contrataron nuevos tramos cuya necesidad no aparece clara, pues la escasa explicación que se dio al respecto en los correspondientes actos sólo denota la desatención de un asunto tan importante como la debida planeación del contrato.

El despacho encuentra que fue tal la falta de indeterminación del alcance del contrato, esbozado en un primario presupuesto que muy poca utilidad prestó más allá de servir de insumo para la licitación, que no es posible definir qué es adición y qué mayores cantidades, aplicando los criterios señalados en la parte motiva, pues ninguna conclusión razonable puede derivarse de las actas respectivas. Es decir que es infructuoso pretender determinar si el 50% establecido para limitar las adiciones, se violó o no, pues lo que se observa es que se asumió que sólo los ítems no previstos eran adiciones, lo cual -como se advirtió antes- es una equivocación, pues está claro que uno de los principales factores del incremento del valor fue la ejecución de “nuevos tramos”.

Tal parece que el contratista y la administración tenían información que daba cuenta de cuáles eran los tramos contratados inicialmente, como para que pueda afirmarse que había otros “nuevos”. Pero lo cierto es que, de los documentos recaudados, y en los que debía estar



esa definición (en los estudios previos, en el pliego de condiciones o en el contrato), no puede saberse cuáles eran los tramos originales.

Es cierto que la ejecución contractual está sujeta a avatares que pueden escapar a una correcta planeación del contrato, pero también lo es que un mínimo de definición se requiere para evitar que suceda lo que en este evento acaeció: que el valor final del contrato resultó desproporcionado con respecto al inicialmente previsto.

Independientemente de que se consideren obras adicionales o mayores cantidades, es lo cierto que la limitación del 50% está orientada de manera -muy generosa- a procurar que los contratos tengan un valor por lo menos cercano al que se señala al momento de su celebración. Los contratos a precios determinables no pueden ser una excepción al principio de planeación, y sus incrementos de valor deben ser necesariamente razonables.

En el presente asunto, como se indicó, el despacho asume que las mayores cantidades no se contabilizan a efectos del límite para las adiciones, del 50% tantas veces mencionado. Pero esta consideración no impide arribar a la conclusión, porque así lo muestra la evidencia, que se trata de un contrato con un alto grado de indeterminación en su objeto, al punto que no resulta posible incluso determinar qué es adición y qué mayores cantidades.

El reproche penal por falta de planeación está orientado a exigir de los servidores públicos encargados de la contratación, un mínimo de cuidado en asuntos donde está comprometido el interés general. Y lo que se advierte de la celebración del contrato de autos es que, bajo el argumento de contratar los estudios, diseños y las obras, se pretende que sea admisible la escasa -casi nula- planeación que se realizó, cuando como se advirtió anteriormente, aún para los contratos que incluyan diseños y obra, es preciso contar un proceso de planeación



previo que permita por lo menos definir los elementos básicos del contrato a tal punto que no se incurra en una estimación del valor a ejecutar tan desacertado.

El análisis y aplicación de la norma RAS, que sólo aplicó el contratista en la fase de ejecución del contrato, era una actividad necesaria y previa a la celebración del mismo. Bien podía contratarse el diseño y construcción, porque así se permitía, como se analizó en detalle, pero sin lugar a dudas era preciso desplegar algunas actividades orientadas a planear el contrato y dentro de ellas la estimación de la población beneficiaria era una de ellas.

Es cierto que la Fiscalía no probó que la obra fuera sobredimensionada, pues finalmente obedeció a criterios basados en la aplicación de la norma RAS. Pero esto no le resta claridad al hecho de que se contrató sin saber siquiera la población beneficiaria. Mírese que la norma aplicable para la fecha del inicio del proceso de contratación, el Decreto 2474 de 7 de julio de 2008, en las reglas sobre estudios previos, en el parágrafo 4º del artículo 3º, señala:

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

Revisados cuáles eran esos documentos técnicos, para el presente caso, la respuesta es: ninguno.

Como se indicó, existía un esbozo de presupuesto, del cual posteriormente poco quedó. Pues bien, un elemento que razonablemente puede establecer la dimensión de la obra es precisamente la población beneficiaria con aplicación de la norma



técnica del sector, RAS, de la que sólo se tuvo información ya durante la ejecución del contrato.

Esta situación que la Fiscalía denomina indebidamente *sobrecostos*, en realidad constituye un desproporcionado incremento del valor (aproximadamente el 225% del valor inicial, tomando como base los costos directos, es decir, sin el AIU), imputable a una casi inexistente planeación.

A efectos de establecer la planeación del contrato mírese como ningún “documento técnico” estuvo *disponible para el desarrollo del proyecto*. La estimación somera del presupuesto no puede considerarse tal, además porque se evidenció que su inclusión era apenas para cumplir formalmente el requisito exigido en el Decreto 2474 de 2008, artículo 3-4, que señala:

“Los estudios y documentos previos... deberán contener los siguientes elementos mínimos:

(...)

4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos.”

Este documento, el presupuesto, con los criterios con los que obró la Administración Municipal, igualmente hubiera servido para cualquier otro alcantarillado, de cualquier dimensión, pues la Administración asumió que podía modificarlo con total libertad, y en tal virtud, bien podía servir entonces para una obra tres o cuatro veces superior, bajo el equivocado planteamiento de que las mayores cantidades no tienen límites.



No se probó que la estimación de la población fuera exagerada, pues el único elemento de convicción que da cuenta de la aplicación de la norma RAS, permite concluir que se hizo un ejercicio profesional para aplicarla. Esto, sin perjuicio de considerar que, como se dijo, este habría podido ser uno de los insumos que permitieran definir técnicamente el contrato de manera previa a su celebración, y no, como se hizo, de celebrar un contrato con tal grado de indeterminación que finalmente las partes entendieron que podían incrementar su valor hasta el punto en que finalmente lo hicieron.

Se probó que en desarrollo de la ejecución del contrato no. 064 de 2008 se presentaron ajustes al valor del contrato inicial, de manera desproporcionada, producto de una deficiente y casi inexistente planeación del contrato.

Conclusiones

De lo señalado hasta el momento se deriva una actividad *típica* desplegada por los procesados, es decir, que se adecúa a la descripción del tipo penal de *contrato sin requisitos legales*, por haber faltado al deber de planeación.

Está probado entonces que el 25 de agosto de 2008 el alcalde de ese municipio, LUIS FELIPE CONDE LASSO, celebró contrato de obra no. 054 con la unión temporal PROICOL representada por GUSTAVO MOSQUERA CHARRY. Las partes estipularon además las calidades respectivas con las que obraron en dicho evento, sin embargo, respecto del Asesor Jurídico, el despacho encuentra que sólo se probó su calidad de tal, pero nada se acreditó respecto de sus deberes como contratista.

Así como respecto de los servidores públicos es preciso tener definidas sus funciones, como en efecto sucedió respecto del Alcalde y el



Secretario de Planeación, de la misma manera es preciso conocer cuáles eran las obligaciones del contratista para determinar el marco de sus deberes y si faltó a los mismos. En el presente caso al parecer había una intermediación de una Cooperativa que impide conocer esos compromisos contractuales. No sucede igual con los servidores públicos, Alcalde y Secretario de Planeación de la época, respecto de quienes se pudo establecer su condición de servidores públicos, sus funciones, relacionadas con la actividad en la que participaron dentro del contrato, el primero en la convocatoria a la licitación y posterior celebración, y el segundo en el diligenciamiento de los estudios previos.

Se impone entonces la absolución de HÉCTOR REPISO RAMÍREZ, la que procede aún habiéndose presentado la prescripción de la acción como bien lo señala su apoderado, pero no en la fecha que indicó sino el 1º de marzo de 2020. En efecto, si bien la operación matemática del togado es correcta respecto de la pena a tener en cuenta, no lo es en la fecha. En efecto, partiendo del máximo de 216 meses, se reduce por la condición de interviniente a 162, y una vez interrumpida el 30 de mayo de 2013, desde esa fecha se calcula por la mitad del término inicial, es decir de 81 meses, que terminan el 1º de marzo de 2020 y no el 1º de diciembre de 2019, como se manifestó.

Prevalece la declaración de absolución sobre la prescripción. En igual sentido y con los mismos guarismos, en su calidad de interviniente, la acción penal ha prescrito para CARLOS EDUARDO DIAZ GUTIÉRREZ.

Está acreditado también que el objeto del contrato fue el estudio, diseño y construcción de una obra consistente en la reposición y ampliación del alcantarillado y planta de tratamiento de aguas residuales del centro poblado de Praga que se adjudicó mediante licitación pública no. 001 de 2008, por valor de \$ 1.824.025.649,33.



Así mismo que su valor se incrementó de manera desmesurada y que la planeación del mismo fue desatendida en extremo.

En materia de *dolo* es preciso hacer una manifestación frente a los alegatos de conclusión de los defensores. Afirmaron que por haber obrado bajo la convicción de que estaban autorizados para celebrar los actos hasta esos valores, que su conducta podría considerarse *culposa*. Sobre la posible comisión culposa de los delitos, como lo afirmó la defensa, debe señalarse que asumieron la intervención en el trámite y posterior celebración del contrato, y que lo hicieron de manera voluntaria, conociendo la precariedad de la definición del objeto contractual y de los documentos técnicos de los que el presupuesto era apenas un boceto, y conociendo esas circunstancias obraron generando un incremento desmesurado del valor del contrato, el cual es resultado, como se indicó antes, de la precaria -casi nula- actividad de planeación del contrato, que es en definitiva lo que constituye la incursión en el delito por el que se les acusó. Son personas que se desempeñan en el ejercicio de la Administración Pública y asumieron la responsabilidad de obrar con el mayor cuidado en el compromiso de los recursos del Estado, por lo que no se avizora ningún elemento que sugiera una conducta *culposa*.

Ahora bien, respecto de la antijuricidad, también referida por la defensa, debe recordarse que se trata de “*un tipo penal funcional que protege el bien jurídico de la administración pública*⁴⁰, *definida como el conjunto de condiciones materiales que se expresan en el artículo 209 de la Constitución, en el que se definen los rasgos fundamentales de la función y de la ética pública*⁴¹”⁴². No se trata, como se observa, de un asunto patrimonial, que genere un detrimento para la Entidad o un

⁴⁰ Cfr., AP del 18 de enero de 2017, radicado 49204.

⁴¹ Según el Artículo 209 de la Constitución Política, “*La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*”

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia del 26 de mayo de 2021*, rad. 55766.



sobrecosto. El bien jurídico tutelado es, como lo señala la Sentencia SU214 de 2022 de la Corte Constitucional, la administración pública en cuando se refiere al interés general como cimiento de la contratación pública, es decir, a que se surta conforme a los principios que la rigen y en particular el de planeación.

Se concluye entonces que la conducta de los procesados, Alcalde y Secretario de Planeación de la época, es típica, antijurídica y culpable, razones que justifican la imposición de una condena.

3.6. Pena a imponer

Marco punitivo

El delito previsto en el artículo 410 del estatuto de las penas tiene prevista una pena que, conforme al aumento dispuesto en la Ley 890 de 2004, es de prisión de 64 a 216 meses y de multa de 66,66 a 300 smlmv. Por lo tanto, el ámbito de punibilidad será de 152 meses de prisión y de 233,34 smlmv, cifra que se obtiene restando la pena mínima de la máxima así: $216 - 64 = 152$; y $300 - 66,66 = 233,34$.

Ámbito de movilidad

Distribuido en cuartos el marco punitivo para la pena de prisión en meses tenemos $152 / 4 = 38$ y para la de multa en smlmv la operación es $233,34 / 4 = 58,33$. Los cuartos entonces quedan así:

Penas / cuartos	Mínimo	Medios	Máximo
Prisión (meses)	64 - 102	102 - 178	178 - 216
Multa (smlmv)	66,66 - 125	125 - 242	242 - 300

La Fiscalía estima que debe aplicarse el cuarto medio por la carencia de antecedentes penales y por obrar en *coparticipación criminal*. La



defensa orienta sus argumentos a enfrentar la circunstancia relacionada con la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad y la condición de servidor público, la cuales no mencionó la Fiscalía. El despacho debe señalar que, revisada la imputación, sólo se incluyó la circunstancia de menor punibilidad, y sobre la posibilidad de incluirla en la acusación, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que cuando los *“presupuestos fácticos”* de las circunstancias de mayor punibilidad *“...se establezcan luego de la formulación de imputación, la audiencia de acusación constituye un escenario adecuado para adicionar esos detalles factuales que pueden incidir en la calificación jurídica.”* (SP2042-2019)

En el presente caso como los presupuestos fácticos en que se funda la referida circunstancia de mayor punibilidad no se presentaron con posterioridad a la imputación, sino -por el contrario- antes. En consecuencia, el despacho tendrá únicamente en cuenta la que fue objeto de imputación, que fue la carencia de antecedentes penales.

Siguiendo las reglas del art. 61-2 del C. Penal, el cuarto de movilidad será el mínimo en atención a que, por lo dicho, concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva.

Establecido el cuarto, es preciso imponer la pena mínima en atención a que no existen circunstancias de mayor lesividad de la conducta distintas de la que constituyen el reproche penal, pues la obra finalmente se terminó y está al servicio de la comunidad, y la reducida intensidad del dolo. La pena a imponer es entonces de 64 meses de prisión (5 años, 4 meses), y multa de 66,66 smlm vigentes para el año 2008, fecha de los hechos. Igualmente, a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual a la pena privativa de la libertad



3.7. Subrogados

Suspensión de la pena

El artículo 63 del C. Penal en su régimen original, aplicable por la fecha de los hechos, exigía que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de 3 años. En este caso la pena impuesta es de 5 años y 4 meses, por lo que no es aplicable este beneficio.

Prisión domiciliaria del art. 38B

La defensa de CONDE LASSO solicita la aplicación de los artículos 38B y 38A del C. Penal. Respecto al primero, 38B, dicha norma fue adicionada por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, es decir que no estaba vigente para 2008, fecha de los hechos. Sería entonces aplicable por favorabilidad. Sin embargo, el segundo de sus requisitos es que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, y en el presente asunto tal exigencia no se cumple con la norma vigente para el tiempo de dicha Ley. En efecto, mírese las modificaciones a dicho artículo 68A:

Ley	Vigencia	Anotación
1142/2007	28-jul-07	Crea el 68A
1453/2011	24-jun-11	Modifica para delitos contra el Estado
1474/2011	12-jul-11	Precisa delitos contra el Estado
1709/2014	20-ene-14	Incluye más delitos
1773/2016	6-ene-16	Añade homicidio agravado y otro
1944/2018	28-dic-18	Añade el abigeato

La defensa estima que debe aplicarse la Ley 1709 de 2004 y el artículo 68A antes de la modificación de la Ley 1474 de 2011, que ya incluía una prohibición según la cual *“Tampoco tendrán derecho a beneficios o subrogados quienes hayan sido condenados por delitos contra la*



Administración Pública”, pero esto no es posible como lo indica la Fiscalía, porque se crearía una ley tercera haciendo, entonces, una mixtura inaceptable.

Aplicar el art. 38B del C. Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, implica a su vez aplicar el artículo 32 de esa misma Ley que excluye los “*delitos dolosos contra la Administración Pública*”. En consecuencia, se niega.

Prisión domiciliaria del art. 38A

Sobre el artículo 38A del C. Penal, vigente para la época de los hechos, dígame que dicha norma fue adicionada por la Ley 1142/07 y posteriormente modificada por el artículo 3 de la Ley 1453/11, para luego ser derogada por el artículo 107 de la Ley 1709/14. Al respecto la Fiscalía invoca la sentencia SP1500-2020 y alega la imposibilidad de crear una tercera ley o *lex tertia*, también en este caso.

Al respecto dígame que la conducta se cometió en 2008, en vigencia del artículo 50 de la Ley 1142 de 2007, el cual dispone que el Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad puede ordenar la utilización de sistemas de vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena, como sustitutiva de la prisión, siempre que la pena impuesta no supere los 8 años de prisión, entre otros requisitos. La Fiscalía considera que se crearía una tercera ley haciendo una mixtura de esta norma con el artículo 68A del C. Penal, sin embargo, como ya miramos al revisar las modificaciones a dicha norma, su contenido original es el aplicable al presente caso.

En efecto, los hechos tuvieron lugar en la vigencia del artículo 68A en la forma como fue creado por la Ley 1142/2007, el cual dispone que “*No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la*



ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión..., cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.”

Como se observa, no existe una creación de ley tercera en la aplicación de esta norma, pues ambas estaban vigentes para 2008, fecha de los hechos, tanto la que establecía para su momento el sistema de vigilancia electrónica como sustitutivo de la prisión, como la falta de restricciones del artículo 68A en su inciso 2º sobre delitos contra la Administración Pública.

Ahora bien, el precedente de la sentencia SP1500-2020 en este caso no es aplicable en la medida en que se trata de otro delito -omisión de agente retenedor-, con una pena impuesta de 4 años, en la que la Corporación estimó inaplicable la suspensión de la pena, pero le otorgó la prisión domiciliaria. El despacho entonces encuentra que es aplicable el beneficio si cumple con los demás requisitos, los que procedemos a revisar.

Como se indicó, cumple con el requisito de que la pena *impuesta* no supere los 8 años de prisión; tampoco el delito en cuestión se encuentra dentro de las proscripciones del nral. 1º de ese artículo 38A, conforme al texto original que fue adicionado por la Ley 1142 de 2007 y carece de antecedentes penales. Resta por verificar dos requisitos: el desempeño personal, laboral, familiar o social del condenado y el pago de la multa.

Al respecto dígase que se trata ambos de profesionales, uno de ellos pensionado -por tanto en la tercera edad- dedicado a la agricultura, y el otro contratista de prestación de servicios; ambos con familia, esposa e hijos, de quienes no se advierte conducta alguna que permita establecer que son un peligro a la comunidad. Adicionalmente el



despacho ha podido establecer que en efecto han comparecido a las audiencias de manera ejemplar, razón por la cual estima que no evadirán el cumplimiento de la pena.

Resta revisar lo relacionado con el pago de la multa impuesta, para lo cual en la sentencia SP1511-2022 la Corte Suprema de Justicia reiteró su criterio en cuanto que, por favorabilidad (Cfr. CSJ SP16180-2016, rad. 46.755) ha de darse aplicación al art. 3º de la Ley 1709 de 2014, que modificó el art. 4º de la Ley 65 de 1993, norma que señala: *“En ningún caso el goce efectivo del derecho a la libertad, a la aplicación de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad o a cualquier otro beneficio judicial o administrativo podrá estar condicionado al pago de la multa.”*

Para ser beneficiario de este subrogado los procesados deberán, cada uno, prestar caución para el cumplimiento de las obligaciones relacionadas en el art. 38A del C. Penal, en la forma regulada por el art. 6 del art. 50 de Ley 1142 de 2007, las cuales deberán constar en un acta de compromiso. La caución será de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes a esta fecha.

Prisión domiciliar como padre jefe de hogar – Ley 750/02

La defensa de JOSÉ SEVEL CASTRO la solicitó afirmando que no era necesaria la muerte del cónyuge para que se decretara, y presentando varios documentos como soporte de su pretensión. En este punto el despacho se orienta por la doctrina de la Sentencia en la que se puso de presente, en título aparte y destacado, *“El especial cuidado con el que el juez debe analizar el cumplimiento de los requisitos para la concesión de la prisión domiciliaria”*. Allí se indicó, citando jurisprudencia de la Corte Constitucional, que uno de los requisitos es *“que la medida sea manifiestamente necesaria, en razón al estado de abandono y desprotección a que quedarían expuestos los hijos del*



condenado” (Resalto). En el presente caso no se advierte, ni siquiera de la exposición de los argumentos para sustentarla, que pueda existir alguna situación de abandono o desprotección. En consecuencia, tampoco se accede a esta solicitud.

Otras peticiones

La defensa de los dos procesados ha solicitado que no se libre orden de captura a sus prohijados hasta que no se encuentre en firme esta providencia. Al respecto, la defensa de JOSÉ SEVEL CASTRO invoca por favorabilidad el artículo 188 de la Ley 600 de 2000. Así mismo se ha indicado que en otros despachos se ha obrado en el mismo sentido, sin invocar providencias puntuales.

El despacho, para decidir se orientará por la jurisprudencia consignada en la Sentencia T-082 de 2023 de la Corte Constitucional, según la cual *“...el sentido del anuncio del fallo con la restricción de la libertad y la sentencia escrita conforman el acto complejo que pone fin el proceso penal con tendencia acusatoria. Estos elementos son inescindibles y poseen una unidad temática, jurídica y conceptual, por lo que están regidos por los principios de consonancia y congruencia de toda decisión judicial. Por ello, una disonancia o retractación entre uno y otro momento procesal vulnera los mandatos mencionados...”*. En la referida providencia se estimó que el juez de instancia *“incurrió en una evidente disonancia entre el anuncio del fallo y la sentencia escrita, al cambiar de opinión respecto de la determinación de mantener en libertad al ciudadano...”*.

Como consecuencia de lo anterior, al no anunciarse en el sentido del fallo la privación de la libertad de los procesados, esta se mantendrá hasta tanto la presente decisión quede en firme.



IV. DECISIÓN

Por lo expuesto el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR a LUIS FELIPE CONDE LASSO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.252.661 expedida en Bogotá D.C., y a JOSÉ SEVEL CASTRO TOVAR, identificado con la cédula de ciudadanía No. 12.125.361 de Neiva, penalmente responsables del cargo de autores a título de dolo, del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, por el que fueran acusados en este proceso.

SEGUNDO: ABSOLVER a HÉCTOR REPISO RAMÍREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 83.090.744 expedida en Campoalegre Huila y declarar la prescripción de la acción respecto de dicho procesado, así como de CARLOS EDUARDO DIAZ GUTIÉRREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.422.312 expedida en Bogotá D.C., del cargo de intervinientes a título de dolo del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, por el que fueran acusados en este proceso.

TERCERO: CONDENAR a LUIS FELIPE CONDE LASSO y a JOSÉ SEVEL CASTRO TOVAR, de condiciones civiles y personales ya referidas, a la pena principal de **64 meses de prisión, multa de 66,66 salarios** mínimos legales mensuales vigentes para el año 2008 y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la pena privativa de la libertad, como autores responsables del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, según lo dicho.



CUARTO: NEGAR a los sentenciados la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión, la prisión domiciliaria del art. 38B del Código Penal y la prisión domiciliaria como padre cabeza de hogar (Ley 750 de 2002), conforme se expuso en la parte motiva de esta Sentencia.

QUINTO: ORDENAR la utilización de sistemas de vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena, como sustitutivos de la prisión, a los sentenciados LUIS FELIPE CONDE LASSO y a JOSÉ SEVEL CASTRO TOVAR, siempre que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones relacionadas en el art. 38A del C. Penal, en la forma regulada por el nral. 6 del art. 50 de Ley 1142 de 2007, las cuales deberán constar en un acta de compromiso que deberá ser suscrita en los tres días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria de esta providencia. La caución será de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha.

SEXTO: COMUNICAR la sentencia una vez en firme, a los organismos señalados en el artículo 166 del Código de Procedimiento Penal y enviar la ficha técnica con sus anexos al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Neiva.

SEPTIMO: ADVERTIR a las partes e intervinientes que contra esta sentencia procede el recurso de apelación que deberá interponerse y sustentarse de conformidad con el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,

JUAN CARLOS BOLAÑOS MOTTA