



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado ponente

SP3807-2022
Radicación # 58042
Acta 255

Bogotá, D. C., dos (2) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

VISTOS:

Una vez ingresan las diligencias al despacho con la sustentación de los impugnantes y los alegatos de los no recurrentes, resuelve la Sala el recurso de casación promovido en nombre propio por SAMUEL MORENO ROJAS –quien tiene la condición de abogado— y por su defensor, contra la sentencia de segunda instancia proferida el 12 de noviembre de 2019 por el Tribunal de Bogotá, a través de la cual revocó la condena por el delito de concusión para, en su lugar, absolverlo, además de confirmar con algunas modificaciones en la punibilidad y el grado de participación,

el fallo dictado el 15 de febrero de la misma anualidad por el Juzgado 11 Penal del Circuito de esta capital, para entonces condenarlo como coautor del delito de cohecho propio e interviniente en los punibles de interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación.

HECHOS:

En el año 2008, SAMUEL MORENO ROJAS (Alcalde Mayor de Bogotá), Álvaro Dávila Peña (abogado asesor y consultor de empresas del Distrito, y amigo del primero), José Emilio Tapia Aldana y Héctor Julio Gómez González (contratistas del Distrito) acordaron aprovechar sus cargos, ubicación profesional, conocimientos e influencias para inclinar en su favor los procesos de contratación del Distrito Capital durante el periodo 2008 a 2011, entre ellos, los del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU).

SAMUEL MORENO ratificó a Liliana Pardo Gaona como directora del IDU para que obedeciera las órdenes del referido grupo, de modo que aprovechando el proceso de selección de cada una de las licitaciones, los mencionados individuos se interesaron indebidamente en los contratos relacionados con la malla vial y valorización que adelantaría el IDU en los años 2008 y 2009.

Entre el 4 y 6 de julio de 2008, Dávila Peña y los empresarios Guido Alberto y Miguel Eduardo Nule, entre otros, se reunieron en Miami con el propósito de conversar acerca de la licitación de las obras de malla vial o distritos de

conservación del IDU, oportunidad en la cual se acordó que por cada contrato adjudicado al Grupo Nule, SAMUEL MORENO y otro, recibirían el 6% y Miguel Ángel Morales Russi (Contralor de Bogotá) el 2% del valor total de las obras licitadas.

A través de reuniones entre distintos funcionarios del IDU como Liliana Pardo (directora) e Inocencio Meléndez, se intercambió y suministró información privilegiada a Emilio Tapia, Mauricio Galofre Amín, Héctor Julio Gómez González, Álvaro Dávila Peña, Miguel Eduardo Nule y Manuel Francisco Nule, entre otros.

Con ocasión de lo anterior, en los procesos de malla vial correspondientes a la licitación pública IDU 006 de 2008, examinaron la oferta antes que los demás proponentes con el propósito de tener ventaja sobre éstos, se impuso el método estadístico de la “*medida geométrica*” cuando en otras licitaciones se utilizó un sistema de sorteo por balotas para seleccionar el método a aplicarse; mediante adendas injustificadas al pliego definitivo de condiciones se disminuyeron requisitos habilitantes y parámetros de evaluación, tales como la experiencia de los proponentes y los indicadores financieros de capital de trabajo; se adicionaron elementos de selección como la aceptación anormal de condiciones de experiencia específica de contratos de administración delegada en el proceso licitatorio IDU-LP-DG 006 de 2008; se varió el procedimiento de facturación mensual al de “*promedio mensual*”, se cambiaron los puntajes establecidos en los factores de calificación en el

proceso licitatorio, ajustando los requisitos contractuales a la medida de los contratistas como las Uniones Temporales Vías de Bogotá 2009 y GTM.

Como resultado de los referidos proceder irregulares, dentro de la licitación pública IDU 006 de 2008 de malla vial, mediante las Resoluciones IDU 5565 y 5566 del 26 de diciembre de 2008, suscritas por Liliana Pardo Gaona, se adjudicó el contrato 071 de 2008 a la Unión Temporal GTM, cuyo representante legal era Mauricio Antonio Galofre Amín, en asocio con tres empresas en las cuales el Grupo Nule, Gómez González y Tapia Aldana tenían participación económica, esto es, Translogistic S.A., Constructora Inca Ltda. y Grandi Lavori Fincosit, respectivamente.

También se adjudicó el contrato 072 de 2008 a la firma Unión Temporal Vías de Bogotá 2009, con representación legal de Jorge Luis Betín, en coparticipación de la sociedad Carena SPA Impresa Di Costruzioni, Bitácora Soluciones Ltda. y Costeo Ingeniería Ltda., en estas dos últimas también confluían intereses del Grupo Nule y Julio Gómez González, respectivamente.

Por los mencionados acuerdos, las *comisiones* derivadas de la celebración de estos dos contratos (071 y 072 de 2008) ascenderían a \$15.030.869.962, que deberían ser pagadas a SAMUEL MORENO y otro, una vez fuera recibido el dinero correspondiente a los anticipos.

La Unión Temporal GTM y la Unión Temporal Vías de Bogotá 2009 recibieron un total de \$5.004.040.253 por concepto de anticipos dentro de los mencionados contratos, cifra que corresponde al 30% del valor total de las ofertas presentadas por ambas empresas, destinada a cumplir con las *comisiones* indebidas para MORENO ROJAS y otro, en razón de la adjudicación de las referidas obras.

Por su parte, el contrato de interventoría 093 de 2008, previsto para desarrollar el control y vigilancia de la ejecución del ya referido contrato 071, fue adjudicado al Consorcio PRO-3, el cual participó de manera simultánea en los procesos de selección tanto del contrato de obra 071 como en el de interventoría 093, siendo representado legalmente por Galofre Amín, quien hacía parte del equipo de dirección y coordinación de empresas vinculadas a Miguel, Manuel y Guido Nule, generando que uno de los contratistas ejerciera su propia vigilancia, pese a la evidente incompatibilidad que ello significaba.

De manera similar, en los contratos de valorización 020, 029, 037, 047 y 068 de 2009, se impusieron requisitos específicos en beneficio de las empresas relacionadas con Julio Gómez González y Emilio Tapia Aldana, como el caso de Mauros Food's y Coespro Ltda., entre otras.

Mediante la Resolución IDU 3455 del 28 de julio de 2011, se declaró la caducidad del contrato 071 y el siniestro por incumplimiento del objeto contractual, por un valor de \$28.016.023.941 por concepto de cláusula penal pecuniaria,

cubierto por la póliza No. 00013747 expedida por la compañía Segurexpo de Colombia S.A.

Ahora, en la contratación de la Fase III de Transmilenio, en el pliego de condiciones se plantearon de manera confusa los requisitos técnicos y la experiencia, lo cual facilitó rechazar cuatro de las cinco propuestas presentadas y se suscribió el contrato 137 de 2007 con la Unión Temporal Transvial; además, se solicitó al IDU ampliación del plazo por diferentes medios y el reconocimiento de falta de diseños para ejecutar las obras, todo lo cual fue negado y se anunció la caducidad del contrato.

En reuniones de Liliana Pardo Gaona con Juan Pablo Luque Luque (Representante Legal de Segurexpo), abogados externos de la firma Jouve & Palacios y SAMUEL MORENO se dispuso la cesión del mencionado contrato a la firma Promesa de Constitución de Sociedad Futura Grupo Empresarial Vías de Bogotá SAS (cuyo socio mayoritario era Conalvías), a lo cual se sumaron intervenciones del Alcalde MORENO ROJAS en los medios de comunicación para mostrar la conveniencia de la cesión y de la empresa cesionaria, pese a varios señalamientos del Concejo Distrital sobre su falta de capacidad financiera.

Apenas transcurridos 5 días para presentar propuestas de aspirantes a cesionario, los cuales fueron comunicados por SAMUEL MORENO en televisión, el contrato fue cedido al Grupo Empresarial Vías Bogotá SAS, contratista que no estaba inscrito en el Registro Único de Proponentes.

Entonces, expuso la Fiscalía, la empresa cesionaria fue indebidamente favorecida, pues se incrementó el valor del contrato, los precios se variaron, se aumentó el plazo y se excluyeron obras contempladas en el pliego de condiciones y en el alcance inicial del contrato. Además, se cambió la forma de pago, y se aumentó el AIU (Administración, Imprevistos y Utilidades), al incluir los llamados ‘factores de contingencia’.

Adicionalmente, se repotenció el contrato en más de ciento cincuenta mil millones de pesos, pese a que la firma cesionaria no cumplía con los requisitos de ley, ni con la existencia de balances financieros que cumplieran los parámetros fijados por el IDU al momento de la cesión.

A su vez, a instancia de SAMUEL MORENO, el IDU no exigió al Grupo Empresarial Vías de Bogotá SAS la suma de \$28.081.044.349 correspondiente al valor legalizado amortizable del Contrato IDU 137/2007.

En la adjudicación de estos contratos a las mencionadas firmas, de las cuales hacían parte Julio Gómez González y Emilio Tapia Aldana, se advirtió el interés indebido de MORENO ROJAS en beneficio de aquellos, dada su condición de Alcalde y el control de tutela y jerarquía que tenía sobre la directora del IDU.

Según la Fiscalía, el 13 de mayo de 2010, en la Sala VIP del Aeropuerto El Dorado, antes de abordar el vuelo Bogotá-Miami previsto para las 18:15 horas, SAMUEL MORENO solicitó a Miguel Eduardo Nule Velilla, encargado de la

disposición y manejo de la Unión Temporal Transvial, la suma de \$5.000.000.000, para que la petición presentada por el abogado de dicha Unión Temporal fuera respondida en el sentido de que se rebajara o no se conociese el siniestro por el manejo del anticipo entregado en el contrato 137 de 2007, o en todo caso, fuera resuelta a su favor.

MORENO ROJAS, valiéndose de su facultad de nombrar a la directora del IDU y al tener injerencia en otros nombramientos, a partir de reuniones celebradas en su despacho o en la dirección de ese Instituto, conoció los pormenores de varios procesos de selección de contratistas de gran impacto para la ciudad, solicitó informes y participó en las mesas de trabajo y juntas directivas del IDU – directamente o por delegación— e impartió de manera indebida orientaciones para conseguir que las obras de malla vial, la cesión del contrato 137 de 2007 y los contratos de valorización números 020, 029, 037, 047 y 068 de 2009 se concentraran en ciertas empresas pertenecientes, o en las cuales tenían parte, los particulares con los cuales orquestó la defraudación.

ACTUACIÓN PROCESAL:

En audiencia realizada el 19 de septiembre de 2011 en el Juzgado 28 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá, la Fiscalía imputó a SAMUEL MORENO la comisión de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos (coautor), concusión (autor) y peculado por apropiación (determinador) respecto de la

cesión del contrato 137 de 2007, por mejorar las condiciones del Grupo Empresarial Vías de Bogotá SAS (cesionario) y no exigirle el pago de la suma de \$28.081.044.349 por concepto de valor legalizado amortizable del Contrato IDU 137/2007 (punibles establecidos en los artículos 409, 404 y 397 de la Ley 599 de 2000).

El 6 de diciembre de 2011, en el Juzgado 8 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, también le fue imputado el punible de cohecho propio (coautor) reglado en el artículo 405 *idem*.

El 23 de septiembre de 2011, a instancia de la Fiscalía, el referido Juzgado 28 Penal Municipal le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, decisión recurrida por la defensa, la cual fue confirmada por el Juzgado 38 Penal del Circuito de Bogotá.

La Fiscalía acusó a SAMUEL MORENO ante el Juzgado 11 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta Capital, así: (i) Coautor de cohecho propio, en concurso homogéneo y sucesivo; (ii) Coautor de interés indebido en la celebración de contratos en concurso homogéneo y sucesivo; (iii) Determinador de peculado por apropiación en cuanto atañe a la cesión del contrato 137 de 2007, por favorecer sin causa a la firma cesionaria Grupo Empresarial Vías de Bogotá SAS y no cobrarle \$28.081.044.349 por concepto de valor legalizado amortizable que le correspondía pagar con ocasión de la cesión; y (iv) Autor de concusión.

Precisó que concurrían las circunstancias de mayor punibilidad regladas en los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal, y la de menor punibilidad establecida en el artículo 55-1 del mismo ordenamiento.

Surtido el debate oral, el 15 de febrero de 2019 el referido despacho profirió sentencia condenando a MORENO ROJAS a 478 meses de prisión, multa de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 585 meses y la inhabilitación permanente establecida en el artículo 122 de la Constitución Política, como interviniente del delito de interés indebido en la celebración de contratos, autor de concusión y cohecho propio, y determinador de peculado por apropiación.

Le fue negada la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria.

Impugnada la anterior decisión por el procesado y su defensor, así como por el Ministerio Público —el cual únicamente propuso varias nulidades—, el Tribunal de Bogotá decidió a través del fallo recurrido en casación, proferido el 13 de noviembre de 2019, lo siguiente: (i) Revocar la condena por el delito de concusión para, en su lugar, absolver al acusado. (ii) Condenar a SAMUEL MORENO a las penas de 24 años, 5 meses y 26 días de prisión, multa de 108,33 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2008, 274,996 salarios para el 2009, 137,498 salarios para el año 2010 y \$21.060.783.271,75 e inhabilitación para

el ejercicio de derechos públicos por 20 años, así como a la inhabilidad vitalicia para el ejercicio de funciones públicas dispuesta en el artículo 122 de la Constitución, como coautor de cohecho propio, determinador de 3 delitos de interés indebido en la celebración de contratos, e interviniente en el punible de peculado por apropiación por su activa concurrencia en la cesión del contrato 137 de 2007, en la cual se dispuso favorecer con términos económicos y de cantidad de obra a la empresa cesionaria Grupo Empresarial Vías de Bogotá SAS y no exigirle el pago de \$28.081.044.349 correspondientes al valor legalizado amortizable que debía asumir en favor del IDU.

Mediante proveído del 12 de diciembre de 2019 se dispuso la corrección de la sentencia, en el sentido de precisar que se condenó al procesado como coautor del delito de cohecho propio e interviniente en 3 punibles de interés indebido en la celebración de contratos y el delito de peculado por apropiación.

LAS DEMANDAS:

1. Demanda presentada en nombre propio por el acusado SAMUEL MORENO ROJAS.

Consta de 2 cargos.

1.1. Primero (principal): Violación del debido proceso por falta de competencia del juez.

Al amparo de la causal segunda de casación, adujo que este reparo pretende el respeto de las garantías de los intervinientes con el fin de buscar el amparo real y material de las garantías judiciales mínimas que protegen el debido proceso, pues se afectó sustancialmente su estructura. También busca la reparación de los agravios inferidos en su condición de acusado. Acto seguido se detuvo a reseñar los principios que rigen la declaratoria de nulidad.

Luego de señalar que el debido proceso corresponde a una garantía judicial reconocida en tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman el Bloque de Constitucionalidad, así como en el artículo 29 de la Constitución Política, señaló que una de sus aristas es la exigencia de juez competente, entendido como la persona investida legalmente para administrar justicia en nombre de la República de Colombia, motivo por el cual debe cumplir los requisitos establecidos en la misma Constitución Política y en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia para adquirir tal investidura.

A su vez, transcribió los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1, 5, 29, 93, 122, 123, 125, 126 y 152 de la Constitución Política, 1, 9, 12, 20, 21, 101, 128, 120, 131, 132, 149, 153, 156, 158, 160, 162, 163, 164, 167, 166 y 167 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 1, 2 y 6 del Código Penal y 1, 3, 6, 10, 19, 26, 31 y 139 de la Ley 906 de 2004.

La carrera judicial se rige por la Constitución y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 270 de 1996, sin necesidad de acudir a otros ordenamientos.

Además, deben ser aplicadas normas internacionales como los *Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura*, al disponer en su numeral que “*La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los periodos establecidos*”.

La Ley 270 de 1996 establece que los nombramientos de los funcionarios judiciales pueden ser en propiedad, provisionalidad o encargo, sin que la provisionalidad pueda exceder de 6 meses (artículo 132.2). Tal periodo es perentorio y una vez cumplido desaparece la investidura para administrar justicia, de modo que las decisiones adoptadas después serán totalmente nulas por carecer de jurisdicción y competencia.

En este asunto, Jorge Andrés Carreño Corredor, Juez 11 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá, comenzó a desempeñar tal cargo en provisionalidad el 18 de junio de 2018, luego cumplió los 6 meses dispuestos en la ley estatutaria el 18 de diciembre del mismo año, fecha en la cual feneció el nombramiento en provisionalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que constituye violación de las garantías judiciales regladas en el artículo 8.1 de la Convención

Americana, el desconocimiento del juez competente, derivado de no respetar las exigencias legales para el nombramiento o desconocer el periodo dispuesto para su ejercicio.

Igualmente ha señalado (casos *Apitz Barbera y otros versus Venezuela*, *Reverón Trujillo versus Venezuela* y *Chacrón Chacrón versus Venezuela*) que los nombramientos de los jueces en provisionalidad deben ser la excepción, pues su prolongación en el tiempo de manera indefinida o permanente, genera importantes obstáculos para la independencia judicial.

Para desempeñar el cargo de Juez Promiscuo Municipal, correspondía a Jorge Carreño, haber superado satisfactoriamente el proceso de selección y aprobar las evaluaciones previstas en la ley, según se establece en el artículo 160 de la Ley Estatutaria. Como segundo requisito debió someterse al concurso de méritos (artículo 164 de la citada legislación). Con la evaluación se tendría certeza de que contaba con los conocimientos, destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad moral y condiciones de personalidad para ejercer el cargo de juez promiscuo municipal, para el cual se inscribió.

Entonces, Carreño Corredor no cumplió los requisitos establecidos en los artículos 160 a 166 de la Ley Estatutaria para ocupar tal cargo, pues al no aprobar el examen del concurso, no podía estar en la lista de elegibles para desempeñar aquella posición judicial en provisionalidad y menos en propiedad.

Jorge Andrés Carreño Corredor se inscribió en el año 2013 para el cargo de juez promiscuo municipal, pero no presentó el examen, de modo que no podía pertenecer a la rama judicial, pues no aprobó la evaluación del concurso de méritos, tampoco fue seleccionado y clasificado para ocupar un cargo en carrera judicial.

El 18 de junio de 2018 el abogado Carreño Corredor fue nombrado para ejercer el cargo de Juez 11 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, sin que mediara lista de elegibles y los nominadores se apartaron de lo ordenado en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia sobre la provisión de cargos.

Si el derecho fundamental a tener un juez competente ha sido desconocido en este proceso, se impone declarar la nulidad de todo lo actuado desde el 18 diciembre de 2018, cuando venció el término de 6 meses para ejercer el cargo de juez en provisionalidad.

A partir de aquella fecha, el Juez Jorge Andrés Carreño ha desconocido los artículos 14-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8-1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 29 y 93 de la Constitución Política, 132 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, y 19 y 31 de la Ley 906 de 2004, motivo por el cual tampoco podía proferir el fallo del 15 de febrero de 2019, luego tal decisión también es nula.

La irregularidad denunciada no es subsanable y por ello es necesario amparar el derecho fundamental al debido proceso, en el sentido de rehacer el trámite de la actuación por parte de un juez competente.

La Corte Constitucional precisó en Sentencia C-537 de 2016, que *“el juez incompetente no podrá dictar sentencia y, por lo tanto, la sentencia proferida por el juez incompetente deberá ser anulada y el vicio de ésta no es subsanable”*.

Por su parte, el Tribunal de Bogotá se apartó de las referidas normas y del precedente de la Corte Constitucional, dando validez a la sentencia de primera instancia, luego es claro que el fallo de segundo grado surgió a la vida jurídica en un proceso viciado de nulidad insubsanable.

Una vez cumplidos los 6 meses en provisionalidad, correspondía al juez de primer grado retirarse del cargo por vencimiento del periodo legal, sin necesidad de acto administrativo que así lo declarara, sino de conformidad con el artículo 132.2 de la Ley 270 de 1996, en consonancia con el artículo 12 de la misma legislación y el inciso 4 del artículo 125 de la Constitución. Esta interpretación tiene carácter obligatorio por disposición expresa del artículo 49-1 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia respecto del alcance de los fallos de Corte Constitucional en el ejercicio del control constitucional y sus efectos *erga omnes*.

Con base en lo anterior, el acusado SAMUEL MORENO solicitó a la Corte casar el fallo impugnado, en el sentido de

declarar nulo todo lo actuado a partir del 18 de diciembre de 2018, para que el trámite lo rehaga un juez competente y con jurisdicción.

1.2. Segundo cargo (subsidiario): Violación directa de la ley por falta de aplicación de una norma.

Con base en la causal primera de casación, el procesado manifestó que pretende la efectividad del derecho material, en cuanto los falladores no aplicaron el artículo 58 del Decreto 1421 de 1993, yerro por el cual fue condenado por los delitos de cohecho propio, interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación.

En la acreditación del reproche manifestó que el Presidente de la República, mediante el Decreto Ley 1421 del 21 de julio de 1993 estableció el *Régimen especial para el Distrito Capital de Bogotá*, el cual regula en su artículo 56 la conformación de las juntas directivas de las empresas distritales de servicios públicos domiciliarios y de las demás entidades descentralizadas del Distrito y señala que “*En todo caso también hará parte de las juntas directivas el alcalde mayor, quien las presidirá o su delegado*”.

A su vez, el inciso 1 del artículo 58 dispone expresamente:

“*ARTICULO 58. PROHIBICIÓN A LAS JUNTAS. Las juntas directivas no intervendrán en la tramitación ni en la adjudicación de los contratos de la entidad, los*

representantes legales de las entidades serán responsables de la tramitación, adjudicación y ejecución de los contratos”.

En este caso, dijo el recurrente, el Tribunal omitió pronunciarse sobre la norma citada, que lo exonera de lo acontecido en las etapas precontractual, contractual, de ejecución y de liquidación de los contratos celebrados por el IDU como entidad descentralizada, objeto de la sentencia condenatoria de segunda instancia.

Por su parte, el Acuerdo 19 de 1972 establece:

“Artículo 1º.- Créase el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) como establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Su domicilio será la ciudad de Bogotá”.

Respecto del delito de peculado por apropiación, al aplicar el mencionado artículo 58 del Decreto Ley 1421 de 1993 y el artículo 1 del Acuerdo 19 de 1972 se concluye que quien tenía la administración, tenencia o custodia de los bienes del IDU y se le confiaron con ocasión de sus funciones era su directora, cuyas funciones se encuentran reguladas en los numerales 1, 2, y 3 del artículo 17 del citado Acuerdo, como celebrar contratos, dirigir y coordinar el trabajo de funcionarios y empleados, nombrar y remover el personal de empleados del Instituto.

Así pues, resulta claro que en su condición de Alcalde Mayor, no tenía entre sus funciones la administración, tenencia o custodia de los bienes del IDU, por lo tanto, la conducta es atípica y no se configura el delito de peculado por apropiación.

De otra parte, manifestó que el 3 de mayo de 2016, cuando la Fiscalía presentó la teoría del caso, precisó sobre su participación directa como Alcalde Mayor de Bogotá, lo siguiente: *“No aparece ni como contratista, ni aparece suscribiendo ofertas, ni aparece suscribiendo subcontratos, ni era miembro de comités de adjudicaciones del IDU ni mucho menos evaluador, ni era representante legal de compañías contratistas o cesionario de contratos, ni participó en la audiencia pública de adjudicación de contratos”*.

En esa misma diligencia, la Fiscalía dijo acerca de su participación indirecta: *“Como alcalde mayor, se limitó a delegar, se limitaría a delegar en otras personas sin supuestamente conocer de la ocurrencia de estos delitos, no tener vínculos con personas contratistas que ya han sido condenadas por estos hechos como Julio Gómez y Emilio Tapia y que fue un servidor público con unas funciones delimitadas”*.

El delegado para la Secretaría de Movilidad fue Fernando Álvarez quien tampoco actuó en la etapa precontractual, contractual, de ejecución, ni de liquidación de los contratos celebrados por la directora del IDU, es decir, su obrar como Alcalde de Bogotá estuvo ajustado al artículo 58 del Decreto Ley 1421 de 1993.

A partir de lo expuesto, concluyó que en su calidad de Alcalde Mayor acató lo dispuesto en la norma citada, es decir, no participó directa ni indirectamente en la contratación, toda vez que entre sus funciones no tenía a cargo la administración, tenencia o custodia de los bienes del IDU, lo cual demuestra con grado de certeza la “*ATIPICIDAD del delito de PECULADO POR APROPIACIÓN*”, en cuanto el artículo 58 del Decreto Ley 1421 de 1993, señala que “*Los representantes legales de las entidades: serán responsables de la tramitación; de la adjudicación; y ejecución de los contratos*”.

Adicionalmente, no tuvo el dominio del hecho, pues el IDU es una persona jurídica autónoma e independiente, adscrita a la Secretaría de Movilidad, donde el control de tutela lo tiene de manera exclusiva el secretario de movilidad.

En suma, como Alcalde Mayor de Bogotá y respecto del IDU: a) No tenía la calidad de director, por tanto, no podía delegar funciones; b) La facultad de nombrar y remover funcionarios era exclusiva de su directora; c) No podía participar en las etapas precontractual, contractual y poscontractual; d) No tuvo el dominio de la contratación, luego no pudo intervenir en el manejo del presupuesto al tratarse de una entidad descentralizada con autonomía administrativa e independencia patrimonial; e) No fue responsable de las actuaciones precontractuales, contractuales y poscontractuales, esa responsabilidad era exclusiva de la directora, quien las realizaba por mandato legal en cumplimiento del artículo 1 del Acuerdo 19 de 1972.

El Decreto-Ley 1421 de 1993 es el régimen especial para el Distrito Capital, sin que sea aplicable el Régimen Municipal, por mandato expreso de la Constitución Política en el inciso segundo de su artículo 322.

Alegaciones similares realizó respecto de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y cohecho propio.

A partir de lo anterior, el procesado solicitó a la Corte casar el fallo de condena para, en su lugar, absolverlo por los delitos objeto de acusación.

2. Demanda presentada por el defensor de SAMUEL MORENO ROJAS.

Consta de dos cargos:

2.1. Primero: Nulidad por violación del principio de congruencia.

Con fundamento en el artículo 181-2 de la Ley 906 de 2004, el recurrente manifestó que se violó el debido proceso a su asistido desde la formulación de imputación, cargo desarrollado de conformidad con las reglas de la violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea de los artículos 287 y 288 de la Ley 906 de 2004 e interpretación errónea del artículo 336 *ibídem*, que constituyen *errores de sentido*, lo cual condujo a que se le imputaran las conductas a título de autor o coautor, para después de un dispendioso proceso ser absuelto por concusión y acusado como

interviniente en los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación, lo cual afectó el debido proceso, con mayor razón si la misma Sala ha dicho que la formulación de imputación es un condicionante fáctico de la acusación y el fallo.

En la audiencia de imputación la Fiscalía no realizó una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, ni de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que se habían cometido los hechos, en orden a definir si actuó como cómplice, determinador, autor, coautor o interviniente, a fin de que pudiera defenderse, aceptar cargos, preacordar, colaborar con la justicia, etc.

Fue por lo anterior que el Fiscal debió acudir ante otro Juez de Garantías, para imputarle el delito de cohecho propio como autor.

El principio de congruencia constituye una garantía del debido proceso y su observancia implica asegurarle al imputado una efectiva defensa, de modo que solo podrá ser condenado por los hechos y los delitos contenidos en la acusación, con lo cual se evita sorprenderlo con imputaciones respecto de las cuales no se resguardó y no ejerció su derecho de contradicción.

Consideró vulnerado el principio de legalidad, así como el de congruencia, lo cual impone invalidar la actuación con base en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004.

La irregularidad denunciada no ha sido convalidada, pues durante todo el proceso se ha reclamado la guarda de los derechos fundamentales y las garantías procesales del debido proceso y defensa. Además, no existe otro mecanismo apto para reparar la falencia.

“No era lo mismo que se le formulara un cargo por concusión en la audiencia preliminar y tuviera que aceptarlo para optar a la disminuyente consagrada en la ley, cuando más adelante, sería absuelto del mismo”. “Igualmente, no podía aceptar cargo alguno como autor de los hechos incriminados, como se le formularon en la imputación, para adelante en el juicio decir que era solo un interviniente”.

La administración de justicia no fue garantista porque el procesado se defendió del cargo de autor, no de interviniente, de manera que no fue quien dio lugar a la irregularidad.

Además, la incorrección fue trascendente, pues si SAMUEL MORENO hubiera sabido que su compromiso era a título de cómplice o interviniente, otra hubiera sido su postura frente a la justicia premial.

No se puede sorprender al investigado, imputado y acusado como autor o coautor de un delito, para luego, en la etapa final del proceso enjuiciarlo por un grado de participación distinto, ya degradado o de menor compromiso, pues se le ha privado del derecho a defenderse.

De acuerdo a lo expuesto, el defensor solicitó a la Sala casar el fallo, en el sentido de declarar la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación, a fin de que se rehaga con la observancia de las garantías del debido proceso y defensa del procesado.

2.2. Segundo cargo: Violación directa de la ley por interpretación errónea del artículo 31 del Código Penal.

Cuando el Tribunal de Bogotá corrigió parcialmente el error aducido en el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el fallo respecto de la dosificación punitiva del concurso de delitos de interés indebido en la celebración de contratos, mantuvo el yerro.

En efecto, por el delito base de peculado por apropiación cuantificó 187 meses y 26 días de prisión, por el cohecho propio 56 meses conforme lo estableció el juez de primer grado y por el concurso homogéneo de delitos de interés indebido en la celebración de contratos sumó 50 meses.

Lo que hizo el Tribunal fue respetar el criterio del juez de aumentar 10 meses por cada uno de los contratos, pero precisó que no eran 10, sino 3, y ya a uno de ellos se le había hecho el incremento legal, de manera que, dijo el defensor, no podía aumentar 50 meses, sino 30.

Además, en el recurso de apelación promovido por la defensa, se argumentó que conforme lo consideró la Corte en el radicado 34282 seguido contra Néstor Iván Moreno Rojas,

no se configuraba un concurso homogéneo entre las varias conductas de interés indebido en la celebración de contratos y las otras tantas de tráfico de influencias, pues se trató de un solo hecho para cada uno de estos delitos, esto es, se configuró un solo tráfico de influencias, como también un único comportamiento de interés indebido en la celebración de contratos, en la medida que *“no traduce la existencia de plurales ‘tráficos de influencias’ o ‘interés indebido’ por cada contrato, pues el propósito criminal estaba focalizado en que les fueran adjudicados contratos de la malla vial de Bogotá, cualquiera fuera la cantidad”*.

Entonces, correspondía al Tribunal reconocer que solo se trató de un delito de interés indebido en la celebración de contratos y a partir de ello incrementar la pena ya establecida en razón de los otros punibles.

En defecto de lo anterior, el Tribunal debió mantener su propia tesis de adicionar 10 meses de prisión por cada contrato, pero únicamente por 3 de ellos, es decir, adicionar 30 meses, no 50, los cuales resultan excesivos y no obedecen a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, de conformidad con la norma rectora establecida en el artículo 3 del Código Penal que establece los principios de las sanciones penales.

Consideró violado el artículo 31 del Código Penal que dispone cómo dosificar la pena en el concurso de delitos, también el artículo 29 de la Constitución, el 8 del Pacto de San José de Costa Rica, el 14-5 del Pacto Internacional de

los Derechos Civiles y Políticos, 6, 8 y 10 del Código de Procedimiento Penal.

El recurrente solicitó a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada en orden a redosificar la pena por el concurso de delitos de interés indebido en la celebración de contratos.

ACTUACIÓN ANTE LA CORTE:

Admitidas las demandas el 1 de marzo de 2021, como la Sala mediante Acuerdo 020 del 29 de abril de 2020, reglamentó el impulso excepcional y transitorio de las admitidas en procesos gobernados por la Ley 906 de 2004, mientras subsistieran las medidas extraordinarias que impidieran la realización presencial de las referidas audiencias, en la misma providencia se dispuso el correspondiente traslado digital de tales escritos a los sujetos procesales e intervinientes, oportunidad en la cual se pronunciaron, así:

1. Procesado SAMUEL MORENO ROJAS (recurrente).

Acerca del **primer cargo**, en el cual planteó la violación del debido proceso por falta de competencia del juez, señaló que pretende el respeto de su derecho al debido proceso, pues fue afectada sustancialmente su estructura. También busca la reparación de los agravios que sufrió.

El debido proceso corresponde a una garantía judicial reconocida en tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman el Bloque de Constitucionalidad, así como en el artículo 29 de la Constitución Política, del cual hace parte la exigencia de juez competente, entendido como la persona investida legalmente para administrar justicia en nombre de la República de Colombia, motivo por el cual debe cumplir los requisitos establecidos en la misma Constitución Política y en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia para adquirir tal investidura.

Además, deben ser aplicadas normas internacionales como los *Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura*, al disponer en su numeral que “*La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los periodos establecidos*”.

La Ley 270 de 1996 establece que los nombramientos de los funcionarios judiciales pueden ser en propiedad, provisionalidad o encargo, sin que la provisionalidad pueda exceder de 6 meses (artículo 132.2). Tal periodo es perentorio y una vez cumplido desaparece la investidura para administrar justicia, luego las decisiones posteriores serán totalmente nulas por carecer de jurisdicción y competencia.

En este asunto, Jorge Andrés Carreño Corredor, quien se desempeñaba como Juez 11 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá, comenzó a desempeñar tal cargo en provisionalidad el 18 de junio de 2018, luego cumplió los 6 meses dispuestos en la ley

estatutaria el 18 de diciembre del mismo año, fecha en la cual feneció el nombramiento en provisionalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que constituye violación de las garantías judiciales regladas en el artículo 8.1 de la Convención Americana, el desconocimiento del juez competente, derivado de no respetar las exigencias legales para el nombramiento o el desconocer el periodo dispuesto para su ejercicio, los nombramientos de los jueces en provisionalidad deben ser la excepción, pues su prolongación en el tiempo de manera indefinida o permanente, genera importantes obstáculos para la independencia judicial.

El Juez Carreño Corredor no cumplió los requisitos establecidos en los artículos 160 a 166 de la Ley Estatutaria para ocupar tal cargo, pues al no aprobar el examen del concurso, no podía estar en la lista de elegibles para desempeñar aquella posición judicial en provisionalidad y menos en propiedad.

Si el derecho fundamental a tener un juez competente ha sido desconocido en este proceso, se impone declarar la nulidad de todo lo actuado desde el 18 diciembre de 2018, fecha en la cual venció el término de 6 meses para ejercer el cargo de juez en provisionalidad, motivo por el cual no podía proferir el fallo del 15 de febrero de 2019, luego tal decisión también es nula.

Con base en lo anterior, el acusado SAMUEL MORENO solicitó a la Corte casar el fallo impugnado, en el sentido de

declarar nulo todo lo actuado a partir del 18 de diciembre de 2018, para que el trámite lo rehaga un juez competente y con jurisdicción.

En cuanto atañe al **segundo cargo**, en el cual invocó la violación directa de la ley, manifestó que pretende la efectividad del derecho material, pues los falladores no aplicaron el artículo 58 del Decreto 1421 de 1993, yerro por el cual fue condenado por los delitos de cohecho propio, interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación.

El Presidente de la República, mediante el Decreto Ley 1421 del 21 de julio de 1993 estableció el *Régimen especial para el Distrito Capital de Bogotá*, el cual dispone en el inciso 1 del artículo 58, lo siguiente:

“ARTICULO 58. PROHIBICIÓN A LAS JUNTAS. Las juntas directivas no intervendrán en la tramitación ni en la adjudicación de los contratos de la entidad, los representantes legales de las entidades serán responsables de la tramitación, adjudicación y ejecución de los contratos”.

En este caso, dijo el recurrente, el Tribunal omitió pronunciarse sobre la norma citada, que lo exonera de lo acontecido en la etapa precontractual, contractual, ejecución y liquidación de los contratos celebrados por el IDU como entidad descentralizada, objeto de la sentencia condenatoria de segunda instancia.

Respecto del delito de peculado por apropiación, al aplicar el mencionado artículo 58 del Decreto Ley 1421 de 1993 y el artículo 1 del Acuerdo 19 de 1972 se concluye que quien tenía la administración, tenencia o custodia de los bienes del IDU y se le confiaron con ocasión de sus funciones era su directora, cuyas funciones se encuentran reguladas en los numerales 1, 2, y 3 del artículo 17 del Acuerdo 19 de 1972, como celebrar contratos, dirigir y coordinar el trabajo de funcionarios y empleados, nombrar y remover el personal de empleados del Instituto.

Así pues, resulta claro que en su condición del Alcalde Mayor, no tenía entre sus funciones la administración, tenencia o custodia de los bienes del IDU, por lo tanto, la conducta es atípica y no se configura el delito de peculado por apropiación.

De otra parte, manifestó que el 3 de mayo de 2016, cuando la Fiscalía presentó la teoría del caso, precisó sobre su participación directa como Alcalde Mayor de Bogotá, lo siguiente: *“No aparece ni como contratista, ni aparece suscribiendo ofertas, ni aparece suscribiendo subcontratos, ni era miembro de comités de adjudicaciones del IDU ni mucho menos evaluador, ni era representante legal de compañías contratistas o cesionario de contratos, ni participó en la audiencia pública de adjudicación de contratos”*.

En esa misma diligencia, la Fiscalía dijo acerca de su participación indirecta: *“Como alcalde mayor, se limitó a delegar, se limitaría a delegar en otras personas sin*

supuestamente conocer de la ocurrencia de estos delitos, no tener vínculos con personas contratistas que ya han sido condenadas por estos hechos como Julio Gómez y Emilio Tapia y que fue un servidor público con unas funciones delimitadas”.

A partir de lo expuesto, concluyó que en su calidad de Alcalde Mayor de Bogotá acató el artículo 58 del Decreto Ley 1421 de 1993, es decir, no participó directa ni indirectamente en la contratación, toda vez que entre sus funciones no tenía a cargo la administración, tenencia o custodia de los bienes del IDU, lo cual demuestra con grado de certeza la “*ATIPICIDAD del delito de PECULADO POR APROPIACIÓN*”, en cuanto el artículo 58 del Decreto Ley 1421 de 1993, señala que “*Los representantes legales de las entidades: serán responsables de la tramitación; de la adjudicación; y ejecución de los contratos*”.

Adicionalmente, no tuvo el dominio del hecho, pues el IDU es una persona jurídica autónoma e independiente, adscrita a la Secretaría de Movilidad, donde el control de tutela lo tiene de manera exclusiva el secretario de movilidad.

En suma, como Alcalde Mayor de Bogotá y respecto del IDU: a) No tenía la calidad de director, por lo tanto, no podía delegar funciones; b) La facultad de nombrar y remover funcionarios en el IDU era exclusiva de la directora; c) No podía participar en las etapas precontractual, contractual y poscontractual; d) No tuvo el dominio de la contratación, por lo tanto, no pudo intervenir en el manejo del presupuesto al tratarse una entidad descentralizada con autonomía

administrativa e independencia patrimonial; e) No fue responsable de las actuaciones precontractuales, contractuales y poscontractuales, esa responsabilidad era exclusiva de la directora, quién las realizaba por mandato legal en cumplimiento del artículo 1 del Acuerdo 19 de 1972.

Agregó que constituye un hecho notorio y público la absolución proferida por el Tribunal de Bogotá en favor de Liliana Pardo Gaona, directora del IDU, por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, mediante sentencia de segunda instancia proferida el 7 de febrero de 2020, lo cual demuestra claramente que no se cometió aquella conducta punible, hecho posterior a la presentación de la demanda de casación (13 de febrero de 2020).

En virtud del mencionado fallo, se descarta que como Alcalde Mayor de Bogotá haya sido determinador, coautor, partícipe o interviniente, pues se declaró que la conducta no existió y debe mediar coherencia en las decisiones judiciales.

Tampoco es coherente que se le condene como determinador del delito de peculado por apropiación en el proceso que cursó en el Juzgado 34 Penal del Circuito, cuyo recurso de casación fue admitido (Rad. 60610) y ahora se le tenga como interviniente del referido punible dentro de esta actuación.

Carece de coherencia condenarlo, cuando la directora del IDU fue absuelta como autora del mencionado delito contra la administración pública.

De acuerdo a lo expuesto, el procesado MORENO ROJAS solicitó a la Corte casar el fallo de condena para, en su lugar, absolverlo por el delito de peculado por apropiación.

Respecto del punible de cohecho propio, el censor planteó que, como ya lo expuso, la aceptación de dinero o promesa remuneratoria para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, solo podía realizarla la directora del IDU.

Como Alcalde no podía participar en la contratación, retardar u omitir un acto propio de su cargo o para ejecutar uno contrario a sus deberes, porque entre sus funciones no estaba la contratación de obras públicas, todo lo cual demuestra con grado de certeza la atipicidad del delito de cohecho.

Si los falladores hubieran aplicado el artículo 58 del Decreto Ley 1421 de 1993, norma sustancial que regula la contratación administrativa, lo habrían absuelto.

Entonces, solicitó a la Sala casar la sentencia condenatoria para, en su lugar, absolverlo por el delito de cohecho propio.

En cuanto atañe a los punibles de interés indebido en la celebración de contratos, reiteró que según artículo 58 del Decreto Ley 1421 de 1993 la responsabilidad es del representante legal de la entidad en la tramitación,

adjudicación y ejecución del contrato, esto es, de la directora del IDU (artículo 1 del Acuerdo 19 de 1972).

En materia de la contratación de obras públicas, como la Fase III de Transmilenio, las de malla vial, las de valorización, la cesión de contratos, la declaratoria de multas o la declaración de caducidad, el Alcalde Mayor no participa en ninguna clase de contrato u operación ni interviene por razón de su cargo o de sus funciones. Esa labor es exclusiva del director del IDU y de sus funcionarios, lo cual “*demuestra con grado de certeza la atipicidad del delito de INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS*”, pese a lo cual fue condenado.

El acusado solicitó a esta Corporación, casar la sentencia atacada para, en su lugar, absolverlo por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos.

2. Defensor de SAMUEL MORENO ROJAS (recurrente).

Respecto del **primer cargo** reitero básicamente los planteamientos realizados en la demanda de casación por violación del principio de congruencia entre acusación y fallo, así como el carácter condicionante fáctico de la formulación de imputación, a partir de lo cual solicitó a la Corte anular lo actuado para que se rehaga con la observancia de las garantías, desde la audiencia de formulación de imputación.

Con relación al **segundo reproche** insistió en la indebida dosificación punitiva del concurso de delitos de interés indebido en la celebración de contratos y por ello, solicitó casar parcialmente el fallo y realizar la correspondiente dosificación punitiva de tales punibles.

3. Fiscalía.

El Fiscal 11 Delegado ante la Corte manifestó sobre el **primer cargo** de la demanda presentada por el acusado SAMUEL MORENO ROJAS, referido a que el juez carecía de competencia y era inidóneo para proferir el fallo de primer grado, que el concurso de méritos para la nominación en propiedad es diferente de aducir que el funcionario carece de condiciones para desempeñar el cargo.

La aptitud para desarrollar el papel de juez no se funda solo en superar las etapas del concurso de jueces para acceder al nombramiento, pues también se puede acceder a dicho cargo en *provisionalidad* o en *encargo*, mientras la aptitud para el cargo depende de la aprobación de la carrera universitaria de derecho, que acredita la idoneidad profesional como abogado.

Para ser juez se requiere ser abogado y acreditar los requisitos al tomar posesión, mientras que la exigencia para acceder a la nominación *en carrera* es la aprobación del concurso en sus fases.

Si una situación administrativa como la provisionalidad supera el tiempo dispuesto para la designación del cargo en propiedad, no por ello se desquicia la legalidad de los actos proferidos por el juez en provisionalidad, pues la nominación en propiedad o provisionalidad son apenas situaciones de orden administrativo relacionadas con los tiempos previstos para la provisión en propiedad de empleos en la rama judicial y nada más.

Si bien la provisionalidad no debe extenderse más allá de 6 meses y los jueces y magistrados de Tribunales son funcionarios de término indefinido, esta regulación de naturaleza contenciosa administrativa no se puede confundir con los contenidos propios del derecho procesal penal, tales como la legalidad del proceso, la garantía del derecho de defensa y la competencia del juez, o los presupuestos para tramitar el juicio conforme al artículo 339 de la Ley 906 de 2004, pero como nada argumentó el procesado sobre las condiciones éticas del juez que cuestionó, ni aludió al cumplimiento de los requisitos generales para el desempeño del cargo, que fueron acreditados ante la autoridad nominadora, no hay motivos para desconocer la idoneidad, aptitud y competencia del citado funcionario.

Además, el tema propuesto no fue planteado en la audiencia de formulación de acusación, oportunidad para manifestar la incompetencia del juez (artículo 339 de la legislación procesal citada), como para que ahora pretenda

deslegitimarlo sin razones firmes o valederas, luego la censura no debe prosperar.

Con relación al **segundo cargo** postulado por el procesado, que trata de la violación directa de la ley por falta de aplicación del artículo 58 del Decreto Ley 1421 de 1993, en virtud del cual toda la responsabilidad recaía en la directora del IDU, no en el Alcalde de Bogotá, adujo la Fiscalía que dicho precepto no tiene el carácter de norma sustantiva, porque su aplicación o inaplicación no tiene la potencialidad de alterar el sentido del fallo y carece de soporte para producir las consecuencias demandadas, pues corresponde al *régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá*.

La fuente del reproche resulta irrelevante, pues la condena se fundamentó en que SAMUEL MORENO participó en condición de interviniente en el peculado, precisamente porque no reunía las calidades especiales exigidas en el tipo penal, sin que ello implique que el particular no pueda compartir los fines del autor del delito (propio) del sujeto activo calificado.

El acusado fue sentenciado en condición de coautor del cohecho, sin que la actividad contractual del IDU fuese la fuente directa de donde se derivó la responsabilidad penal, pues se dijo que la condición de servidor público (Alcalde de Bogotá) le permitió consensuar (aceptar para sí y para otros) comisiones de éxito representadas en cuantiosas sumas de dinero.

Fue condenado como interviniente en el delito propio (interés indebido en la celebración de contratos), pues a pesar de no reunir las calidades del sujeto activo calificado del tipo, que sólo tenía la funcionaria de la entidad descentralizada del orden territorial, por su condición de Alcalde Mayor del Distrito tenía especiales calidades para intervenir por razón del control de tutela y de jerarquía en las decisiones de la directora, de los contratistas y de otros funcionarios del IDU, tal y como se demostró.

La exclusión de la norma invocada por el censor resulta irrelevante y por ello, la censura no debe prosperar.

Respecto del **primer reparo** de la demanda presentada por el defensor, en la cual planteó la violación del principio de congruencia, además de que la formulación de imputación es condicionante fáctico de la acusación, consideró el Fiscal 11 Delegado ante esta Corporación que la preclusividad de los actos procesales impide rehabilitar fases del proceso penal que la defensa técnica despreció y ahora alega sin razón, que de haber conocido los hechos desde la imputación otra hubiera sido su postura frente a la justicia.

En este caso, la acusación, dado su carácter de acto complejo, se materializó en tres momentos: (i) el 18 de diciembre de 2011, con la presentación del escrito correspondiente, (ii) el 1 de marzo de 2012 con la respectiva audiencia, y (iii) el 3 de mayo de 2016 al inicio del juicio oral, que culminó el 10 de diciembre de 2018. Los cargos que formuló la Fiscalía fueron los siguientes:

El 19 de septiembre de 2011 imputó la comisión de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos, peculado por apropiación y concusión. El 6 de diciembre del mismo año se adicionó la imputación por cohecho propio.

A su vez, fue acusado como coautor de cohecho propio, en concurso homogéneo y sucesivo, coautor de interés indebido en la celebración de contratos en concurso homogéneo y sucesivo, determinador de peculado por apropiación y autor de concusión.

Si en la sentencia de segunda instancia se condenó por los delitos de cohecho en calidad de coautor, interviniente en 3 punibles de interés indebido en la celebración de contratos e interviniente en peculado por apropiación, el contraste entre acusación y sentencia permite verificar que los punibles mencionados fueron objeto de una y otra, luego no asiste razón al impugnante al afirmar que fueron rebasados los límites del pliego de cargos.

Al contrastar la forma de participación entre acusación y fallo, se encuentra que el Tribunal para dosificar la pena tomó como base el delito de peculado por ser el más grave, por el cual fue acusado en condición de determinador, pero fue sentenciado como interviniente al considerarse que no reunía las calidades especiales exigidas en el tipo penal, variante que además de resultarle benéfica, no implicó desconocimiento del núcleo fáctico, ni del marco jurídico que sirvió de base a la acusación, luego la censura no debe prosperar.

En cuanto atañe al **segundo reproche** de la demanda del defensor, manifestó el Fiscal Delegado que en primera instancia se condenó por concusión, pero por este delito el Tribunal absolvió, luego dicha conducta no debe tenerse en cuenta para efectos de la congruencia reclamada.

También fue condenado como coautor de cohecho, interviniente en 10 delitos de interés indebido en la celebración de contratos e interviniente de peculado por apropiación.

Por su parte, el Tribunal de Bogotá consideró que no se trataba de 10 punibles de interés indebido en la celebración de contratos, sino de 3.

Ahora, es claro que la actividad contractual era del resorte directo de los funcionarios del IDU y de los contratistas, mientras que el Alcalde Mayor sólo podía intervenir por razón del control de tutela y de jerarquía en relación con la Dirección del IDU, pues no era de su resorte directo tramitar contratos. La imputación fáctica fue constante, luego el cargo no tiene vocación de prosperidad.

Por las razones expuestas, la Fiscalía solicitó a la Corte no casar el fallo impugnado.

4. Ministerio Público.

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal manifestó sobre la **primera censura** de la demanda de

SAMUEL MORENO, que acertadamente el Tribunal dijo: *“Conforme a los cánones 126 y 127 de la Ley 270 de 2006, dentro de los requisitos generales para ejercer cargos de magistrado de tribunal, juez de la República o fiscal y los requisitos adicionales, para fungir como Juez de Circuito o sus equivalentes, en ningún momento se incluye la exclusividad del concurso de méritos y aprobase el proceso de selección subsiguiente, pues ello corresponde a los requerimientos para acceder a la carrera judicial, específicamente, a derechos como el de estabilidad y seguridad laboral”*.

Entonces, el nombramiento del Juez 11 Penal del Circuito efectuado por el Tribunal Superior, como cualquier acto administrativo, estaba amparado por la presunción de legalidad, la cual no ha sido desvirtuada mediante el trámite contencioso administrativo pertinente y era deber del censor probar la falsa motivación o ausencia de la misma en tal acto discrecional de nombramiento.

El juez fue designado en provisionalidad por el Tribunal y no en carrera, por tanto, no era necesario superar satisfactoriamente el proceso de selección, y su nombramiento en provisionalidad es un acto plenamente válido porque lo efectuó el nominador competente (Tribunal de Bogotá), conforme al numeral 1 del artículo 175 de la Ley 270 de 1996, el cual dispone que corresponde a las Corporaciones Judiciales y a los Jueces de la República, designar a los funcionarios y empleados cuyos nombramientos les corresponda, de conformidad con la ley y el reglamento.

El nombramiento en provisionalidad es una forma de proveer los cargos cuando no se puede hacer uso de las listas de elegibles, lo cual está en consonancia con la Constitución y es una herramienta indispensable para determinar la situación laboral de todos los trabajadores vinculados a la administración de justicia, debido a su eficacia al momento de garantizar a los ciudadanos el acceso ininterrumpido.

Hoy en día, a pesar de que se han adelantado numerosos procesos de selección, aún queda un alto porcentaje de los cargos de carrera de la rama judicial provistos de manera provisional, mientras se provee el nombramiento por concurso, todo lo cual está amparado por el citado artículo 132 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

La aludida disposición no hace referencia al término máximo en que debe desarrollarse el concurso de méritos, ni mucho menos impone la obligación de realizar los nombramientos una vez elaborada la lista de elegibles dentro de este término, como lo señala el demandante. Lo anterior, toda vez que la ejecución del concurso depende de diversos factores sin que sea posible determinar fechas exactas para cada proceso que contempla la convocatoria.

El plazo razonable para el nombramiento depende de la ubicación en la lista de elegibles, es decir, corresponde determinar su derecho frente a otros concursantes, y también que el cargo para el cual concursó se encuentre provisto en provisionalidad y/o esté vacante, caso en el cual,

la provisión de los cargos con base en el registro de elegibles vigente, tiene un límite máximo de cuatro años conforme lo señala el artículo 165 de la Ley 270 de 1996.

La validez de las decisiones de los jueces no está supeditada a que hayan sido designados por concurso o se encuentren en provisionalidad. Ello acarrearía denegación de justicia, por cuanto agotada una lista de concurso y faltando jueces por designar, la justicia no puede suspenderse. Por lo tanto, la provisión de cargos de jueces en provisionalidad es válida conforme a la ley y sus decisiones tienen la connotación que les asigna la legislación.

Toda vez que el artículo 132 de la Ley 270 de 1996 no hace referencia al término máximo en que debe desarrollarse el concurso de méritos, ni a la obligación de realizar los nombramientos una vez elaborada la lista de elegibles dentro de este término, la Procuradora Delegada consideró que la censura no se encuentra llamada a prosperar.

Con relación al **segundo reproche** de la demanda del acusado, manifestó que no le asiste razón, pues no se le condenó por tener o no a su cargo la competencia en la contratación distrital, sino por su participación e injerencia ilegal e indebida en el plan criminal del denominado *Carrusel de la Contratación*, enfocado a cometer una diversidad de delitos contra la administración pública, para de esta manera apoderarse ilícitamente, junto con los demás condenados, de ingentes recursos del Distrito Capital, como lo recalcó el fallo del Tribunal.

Adicionalmente, desconoce el demandante que conforme a lo establecido en el artículo 56 del Decreto Ley 1421 de 1993, los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del Distrito son designados libremente por el Alcalde Mayor, es él quien efectúa el nombramiento del director del IDU y los miembros de la junta directiva de dicha entidad descentralizada son designados libremente por aquél, quien a su vez la preside, como lo establece el artículo 56 del Decreto Ley 1421 de 1993.

Además, el Alcalde Mayor es el jefe del gobierno y de la administración distrital y conforme a sus atribuciones dirige la actividad administrativa; no solo el mandatario distrital participó en los procesos de contratación de la entidad, incluso los que están a cargo del sector descentralizado, sino que conforme al artículo 56 del estatuto de Bogotá, los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del Distrito son designados libremente por él, razón por la cual el fallo del Tribunal destacó que el enjuiciado efectuó injerencias indebidas sobre la directora del IDU para favorecer a sus amigos en la adjudicación de diversos contratos.

Así, se expresó en el fallo de segundo grado, que Héctor Julio Gómez y Emilio Tapia participaron con aportes económicos y electorales en la campaña de SAMUEL MORENO ROJAS a la alcaldía mayor de Bogotá y como contraprestación, él y otros se comprometieron a ayudarles en los distintos procesos de contratación que adelantara el distrito capital y a su vez, los beneficiarios deberían pagarles

una coima o suma definida porcentualmente por el valor del contrato a ellos adjudicado.

El cargo no debe prosperar.

Acerca del **primer reparo** en la demanda del defensor, dijo la Procuradora Delegada que en el fallo de segunda instancia se condenó al procesado como coautor de cohecho propio, interviniente de 3 delitos de interés indebido en la celebración de contratos e interviniente en peculado por apropiación. A su vez, fue absuelto por concusión.

Fue acusado como coautor de cohecho propio, coautor de interés indebido en la celebración de contratos en concurso homogéneo y sucesivo, determinador de peculado por apropiación y autor de concusión.

Como en la censura alegó que los falladores desconocieron el carácter condicionante de la imputación respecto de la acusación y sentencia, no le asiste razón, pues fue absuelto por la concusión y, además, el Tribunal varió su condición de coautor del peculado por apropiación a la de interviniente que le favoreció punitivamente.

Por ello, ninguna anomalía denota que se le haya condenado por los delitos imputados a un título diferente del plasmado en la acusación, ya que el fallo de segunda instancia, de conformidad con la valoración en conjunto del caudal probatorio, encontró y corroboró otra manera de participación criminal del procesado y por todo ello, la censura propuesta no debe prosperar.

Respecto del **segundo cargo** de la demanda del defensor, la Procuradora Delegada adujo que la dosificación punitiva efectuada por el Tribunal respecto del concurso de delitos se verificó como lo precisa el artículo 31 del Código Penal, con fundamento en el cual, se parte de la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto.

El Tribunal constató que el delito base era el de peculado por apropiación, cuya pena debía incrementarse hasta en otro tanto por los otros ilícitos de interés indebido en la celebración de contratos y cohecho propio, esto es, en 50 y 56 meses de prisión, respectivamente, con fundamento en las consideraciones que allí explicitó.

Sobre la afirmación del accionante, relativa a la equivocación en la pena a imponer por el concurso de delitos de interés indebido en la celebración de contratos, pues el juez incrementó el otro tanto en 102 meses, cabalmente el fallo del Tribunal reconoció el yerro parcial de la providencia de primer grado. Según consta en el expediente y lo destacó el fallo de segundo grado, no se tuvo en cuenta el incremento de 52.5 meses que el juez impuso por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y por ello, dejó vigente su sentido de imponer 50 meses de prisión por el total de estos comportamientos delictivos, luego el cargo no debe prosperar.

En suma, a partir de lo expuesto, la Delegada solicitó a la Corte no casar el fallo impugnado.

5. Instituto de Desarrollo Urbano (IDU).

El apoderado del IDU, entidad reconocida como víctima, manifestó con relación al **primer reproche** de la demanda de SAMUEL MORENO que si el juez no aprobó el examen de conocimiento realizado para proveer la lista de elegibles de quienes serían nombrados como jueces, ello no invalidaba o impedía que fuera designado por el Tribunal de forma provisional hasta cuando se nombrara en propiedad al funcionario en dicho cargo y tampoco ponía en duda su capacidad para realizar tal actividad judicial.

No existe obligación legal de aprobar exámenes de conocimiento para ejercer el cargo de juez en provisionalidad y no es preciso que el funcionario pruebe su aptitud mediante la aprobación de un examen de conocimientos.

No es de recibo asumir que la provisionalidad de un juez solo puede durar máximo 6 meses y luego de ello se deba proveer de forma definitiva el cargo o, en el peor de los casos, darlo en provisionalidad por otro lapso igual a un funcionario diferente. La designación en provisionalidad busca culminar con el nombramiento definitivo de un funcionario, pero no exige la provisión del cargo en 6 meses, pudiéndose extender más allá de dicho tiempo, con mayor razón cuando no se ha logrado la confección de las listas de elegibles por un motivo u otro.

El cargo no debe tener éxito.

Frente al **segundo reparo** adujo que el acusado realizó una interpretación subjetiva, pues el Tribunal dio aplicación a las normas de forma adecuada y no dejó de aplicar ninguna de las llamadas a regular el caso en estudio.

Conforme a lo expuesto, consideró que los cargos planteados en nombre propio por el recurrente no están llamados a prosperar.

Con relación al **primer cargo** de la demanda del defensor, el apoderado de la víctima manifestó que se probó en la actuación que cuando SAMUEL MORENO era candidato a la Alcaldía Mayor de Bogotá, ya se había conformado un bloque de contratistas para brindarle apoyo económico, con la promesa de que una vez en el poder les devolvería el *favor* otorgándoles contratos en diferentes entidades, todo lo cual configuró el llamado *Carrusel de la Contratación*.

Como resultado de dichas actividades investigativas la Fiscalía consiguió varias decisiones condenatorias ya ejecutoriadas. Si en este caso se absolvió en segunda instancia al procesado por el delito de concusión y frente a otros punibles se varió la forma de participación, ello no indica que se configuró una nulidad o se deba casar la sentencia en busca de conseguir una absolución.

El acusado es penalmente responsable en la comisión de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos en concurso homogéneo, peculado por apropiación

agravado y cohecho propio, pues así quedó demostrado como resultado de la investigación y juicio.

No se vulneró el derecho de defensa del procesado como lo adujo el casacionista en procura de conseguir la nulidad de lo actuado, pues tanto SAMUEL MORENO como su defensor no aceptaron los cargos imputados desde el primer momento y tampoco existe evidencia de que buscaran un acercamiento con la Fiscalía en procura de obtener un preacuerdo a partir de lograr modificaciones en la imputación, específicamente en el grado de participación del acusado.

Por tanto, decir en este momento que si SAMUEL MORENO hubiera sabido que su compromiso omisivo lo ubicaba en el grado de participación como cómplice o interviniente, otra hubiera sido su postura frente a la justicia, no pasa de ser una afirmación sin respaldo alguno y que por el contrario, se contradice con el verdadero actuar y querer que siempre ha demostrado en el proceso, de manera que el reparo no está llamado a prosperar.

Acerca del **segundo cargo** propuesto por el defensor, el apoderado del IDU manifestó que la tasación de la pena realizada por el Tribunal se encuentra ajustada a derecho y si bien el casacionista pretende que el incremento sea de 30 meses de prisión y no de 50, lo cierto es que a dicha Corporación le asiste la facultad de moverse entre los extremos que la ley contempla en la cuantificación de la pena, sin que se vislumbre vulneración de los principios de

necesidad, proporcionalidad y razonabilidad en la tasación de la pena, luego esta censura no debe tener éxito.

Con base en lo expuesto, el apoderado del IDU solicitó a la Corte no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Cuestión inicial.

Como en la sustentación del recurso de casación, el acusado SAMUEL MORENO agregó que constituye un hecho notorio la absolución proferida por el Tribunal de Bogotá en favor de Liliana Pardo Gaona, directora del IDU, como autora del delito de peculado por apropiación en favor de terceros (sentencia de segunda instancia del 7 de febrero de 2020), al declarar que no se configuró aquella conducta, razón por la cual se descarta que él como Alcalde Mayor de Bogotá haya sido determinante, coautor, partícipe o interviniente de la misma, y en cuanto debe mediar coherencia en las decisiones judiciales se impone también su absolución, considera la Corte que es preciso dilucidar inicialmente tal planteamiento, pues en caso de prosperar haría innecesario el examen y pronunciamiento sobre la materialidad del referido delito y la responsabilidad por el mismo en cabeza del acusado.

En dicho propósito se tiene que si bien el procesado o su defensor no postularon un cargo en tal sentido en la demanda de casación y únicamente fue sucintamente mencionado en la sustentación del recurso extraordinario,

circunstancia que en virtud del *principio de limitación* impediría un pronunciamiento sobre el particular, en cuanto el artículo 184 de la Ley 906 de 2004 dispone que “*En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causas diferentes de las alegadas por el demandante*”, lo cierto es que el ámbito protector de garantías y derechos fundamentales otorgado a la Corporación permite arribar a otras conclusiones.

En efecto, si la misma disposición establece: “*Sin embargo, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo*”, es claro que de la fase rígida del *principio de limitación* regulada en estatutos procesales penales anteriores, como el artículo 581 del Decreto 409 de 1971 que no daba lugar a excepción alguna, con el desarrollo normativo y jurisprudencial¹ se ha transitado a la actual época de flexibilización teleológica del recurso, en procura de conseguir la prevalencia del derecho material, la guarda de las garantías, la reparación de agravios y la unificación de la jurisprudencia, todo lo cual se concretó en el citado artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Entonces, procede la Sala a constatar si los hechos por los cuales el Tribunal de Bogotá absolvió a Liliana Pardo Gaona como autora del delito de peculado por apropiación en

¹ Cfr. CSJ SP, 13 sep. 2006. Rad. 23251 y CSJ SP, 8 oct 2008. Rad. 25387, entre muchas otras.

favor de terceros, son los mismos que determinaron esa imputación jurídica contra SAMUEL MORENO en esta actuación como interviniente.

En tal cometido se tiene que MORENO ROJAS fue acusado como determinador del delito de peculado por apropiación, pues según la Fiscalía, en su condición de Alcalde de Bogotá consiguió que terceros como la firma cesionaria Promesa de Constitución de Sociedad Futura Grupo Empresarial Vías de Bogotá SAS (cuyo socio mayoritario era Conalvías), se beneficiara con recursos públicos en el marco de la cesión de la obra que da cuenta el contrato 137 de 2007 de la fase III de Transmilenio, realizada en enero y febrero de 2010, lo cual ocurrió respecto de dos situaciones:

La primera: *“Consiguió inicialmente la cesión del referido contrato beneficiando al cesionario, pues:*

“1) Se incrementó el valor del contrato, los precios se variaron, se aumentó el plazo y se excluyeron obras contempladas en el pliego de condiciones y en el alcance inicial del contrato.

“2) Se cambió la forma de pago, y se aumentó el AIU (Administración, Imprevistos y Utilidades), al incluir los llamados ‘factores de contingencia’.

“3) Se repotenció el contrato en más de ciento cincuenta mil millones de pesos, con la singularidad que la firma

cesionaria no cumplía con los requisitos de ley, ni con la existencia de balances financieros que cumplieran los parámetros fijados por el IDU, al momento de la cesión”.

Y la segunda: *“El Grupo Empresarial Vías de Bogotá SAS (cesionario, se precisa) omitió la amortización de \$28.081.044.349 al IDU por concepto del valor legalizado amortizable del Contrato IDU 137/2007 (...) el resultado fue favorecer al nuevo contratista con dichos valores, al no serle descontados”.*

En el fallo proferido por el Juzgado 11 Penal del Circuito de Bogotá, SAMUEL MORENO fue condenado como determinador del delito de peculado por apropiación, pues utilizó su influencia como Alcalde Mayor para inducir a Liliana Pardo, directora del IDU, quien era la ordenadora del gasto y administradora de los fondos de esa entidad, para que omitiese exigir a la firma cesionaria Promesa de Constitución de Sociedad Futura Grupo Empresarial Vías de Bogotá SAS, el dinero correspondiente a la obligación de amortizar el anticipo del contrato 137 de 2007, lo cual produjo un detrimento para la administración distrital de \$28.081.044.349.

En tal sentencia se expresó:

“Pardo Gaona era la servidora pública garante de los recursos del Estado, esto es, de su correcta utilización y destinación, y quien debió haber exigido el pago por parte de Conalvias de estos recursos”.

(...).

“Por ende, esta servidora del Distrito, debió en su oportunidad, exigir el pago de dinero que debía haber devuelto la entidad Conalvias, producto de la cesión del contrato, y de la obligación de amortizar el anticipo del mismo, siendo entonces el deber, de esta funcionaria, como el del Alcalde, exigir la devolución de esa cuantiosa suma. De acuerdo al valor apropiado de \$28.031.044.349, se entiende que esta conducta se agrava por la cuantía”.

(...).

“Por la injerencia que tenía SAMUEL MORENO ROJAS, se lograba determinar a Liliana Pardo Gaona para que ésta bajo su poder y tutela, no concretara la caducidad del contrato 137 sino la cesión del mismo”.

(...).

“En cuarto lugar, teniendo el concepto de la mesa de trabajo, donde se refiriere el deber de amortizar los recursos de los anticipos, omite exigir el pago de \$28.081.044.349, que se apropia para beneficio suyo y de los demás coparticipes, que, aunque no tuvieron dominio del hecho, si la determinaron para que sucediera tal proceder”.

En el fallo de segunda instancia del 7 de febrero de 2020, el Tribunal confirmó la condena contra MORENO ROJAS por el delito de peculado por apropiación, pero a título de interviniente, así:

“Es de reseñar que la forma en que el procesado acudió a la comisión del hecho punible fue como coautor en calidad de interviniente, pues como ya se dijo, coetáneamente a la autorización y suscripción del documento de cesión, tácitamente articuló intereses con Liliana Pardo para permitir este desenlace, pues el procesado conoció la dificultad que el Interventor tuvo para verificar el buen manejo del anticipo entregado a ese contratista y las alertas de posible mal manejo del anticipo, estuvo al tanto de la dificultad que significaba para cualquier empresa que quería ser cesionario asumir la obligación de continuar con la amortización del anticipo en tan corto tiempo y a pesar del desorden con el cual se venía administrando, tal y como lo exigían los mal llamados inamovibles.

(...).

“Asimismo, pese a que se predicara la existencia de un protagonismo de la voluntad de Liliana Pardo dentro en la ejecución criminal, con ocasión al deber de coordinación que esta tenía para con el condenado, de forma concomitante a los trámites que se adelantaban para mostrar resultados a la ciudad, se armonizó el actuar del IDU con la intención de golpear en menor

medida a los socios del Alcalde Mayor, ‘sin hacer mucho ruido’ para ocultar su ánimo leonino, así esta estrategia incluyera una probable apropiación de los dineros entregados por la aseguradora, como parte de los costes del acuerdo inicial, pues la duda y la oscuridad de las cláusulas contractuales fue móvil que unió los diferentes intereses delictivos de los participantes en el negocio.

“La división del trabajo vino a materializarse –una vez más—, en el momento en que el enrostrado se abrogó (sic) la competencia para pronunciarse ante aquella eventualidad y emitió una opinión favorable de los términos del clausulado existente a ese momento, e influir en la decisión para favorecer la solución que reuniera las condiciones ya descritas para beneficiar irregularmente incluso a la firma liderada por Conalvías”.

(...).

“Entonces, pese a la carencia de funciones específicas sobre la autorización de la cesión, ampliamente pregonada en la alzada, se tiene claro que el acusado sacó provecho de su investidura y poder nominador, para participar del plan común y la división de labores delictuales, como parte del ejercicio del dominio funcional compartido propio de la coautoría, pero supeditado a lo que le permitía su condición externa a la función principal de autorización de la cesión, actualizándose para este punible la calidad interviniente.

(...).

“En conclusión, durante la ejecución contractual que realizó el Grupo Vías Bogotá, este recibió en total la suma de \$161.203782.448, de los cuales \$56.307.291.607 provinieron del pago del siniestro del contrato 137 de 2007, o dicho en otras palabras, percibió \$104.896.49.841 correspondientes al dinero propio invertido en la obra y \$56.307.291.607 pertenecientes al patrimonio distrital, sin embargo, ningún porcentaje de esta última cifra se amortizó o retribuyó en obra ejecutada. De manera que, en la práctica, la cuantía del objeto material del punible achacado a Samuel Moreno superó la cuantía mencionada en la acusación y en la sentencia de primer grado, sin embargo, en razón a la prohibición de agravación del apelante, eventualmente, para efectos de determinar la punibilidad correspondiente, se echaría mano de la cifra postulada en el acto acusatorio, es decir, \$28.081.044.349”.

Definida la imputación fáctica que dio pábulo a la condena de SAMUEL MORENO ROJAS por el delito de peculado por apropiación (en la acusación y el fallo de primer grado como determinador, pero en la sentencia de segunda instancia como interviniente), procede la Sala a revisar los hechos y los motivos por los cuales el Tribunal de Bogotá absolvió a Liliana Pardo como autora del punible de peculado, sobre lo cual expresó:

“Tal como lo revelan los testimonios de la Ingeniera Civil María Patricia Restrepo Fierro y la Contadora Alicia Spath (testigos investigadoras de la Fiscalía) y los otrosí celebrados tras la cesión del contrato 137 de 2007, hubo modificaciones en la forma de calcular el valor global del contrato y exclusión de obras que lo hicieron más oneroso.

(...).

“La Ingeniera Civil María Patricia Restrepo Fierro y la Contadora Alicia Spath aseguraron que no eran adecuadas las modificaciones contractuales pactadas particularmente en el otrosí número 6, puesto que implicaban la apertura del precio global a precios unitarios, circunstancia que no podía modificarse, lo cual trasladaba a la administración los riesgos de mayores o menores cantidades de obra. Además, se incluyeron factores de contingencia que no eran, a su juicio, necesarios ni adecuados, por cuanto el plazo en que debían ser ejecutadas las obras no lo ameritaba. Y finalmente, pese a que se excluyeron obras, el precio del contrato no disminuyó.

“En contraste, el laudo arbitral proferido con motivo de la controversia suscitada entre el IDU y el cedente por la validez del contrato 137 y sus modificaciones, concluye algo diametralmente diferente.

(...).

“Sobre la inclusión de los factores de contingencia, el Tribunal de Arbitraje concluyó que ello no modificó la naturaleza del contrato.

“Para la Sala, entre esas versiones contrapuestas – por un lado, la de las testigos antes referidas y por la otra la del tribunal de arbitramento— debe dársele mayor credibilidad a lo consignado en el laudo arbitral; pero no porque esa decisión constituya cosa juzgada en materia penal, sino por lo siguiente:

“(i) Quienes emitieron la decisión son abogados (artículo 111 de la Ley 446 de 1998), así, la decisión fue proferida en derecho; mientras que las deponentes antes referenciadas son, una contadora (Alicia Spath) y la otra una ingeniera civil (María Patricia Restrepo Fierro).

“(ii) En el laudo hubo un completo análisis jurídico de figuras propias de la contratación estatal para determinar si habían o no mutado los elementos esenciales del contrato, lo cual, naturalmente, es precario o ausente en las declaraciones de María Patricia Fierro y Alicia Spath.

“(iii) La decisión del Tribunal de Arbitraje está soportada en un análisis de gran cantidad de material probatorio, incluidos peritajes financieros y técnicos, inspecciones judiciales, testimonios y hasta la sentencia judicial que condenó a Inocencio Meléndez, espectro probatorio con el

que no contaban las testigos de marras para soportar su declaración.

“Siendo así, para la Sala es claro que las conclusiones de esa Corporación están mejor soportadas y completas, porque, como antes se advirtió, para hallar probado el peculado no bastaba con demostrar simplemente el aumento del valor del contrato, sino su injusticia, aspecto del que se ocupó en extenso el laudo arbitral al examinar más variables que las testigos de la Fiscalía.

“Con esa claridad, a partir de las conclusiones del laudo arbitral, la Sala encuentra que, contrario a lo aducido por la Fiscalía y la a quo, las modificaciones en la forma de calcular el precio del contrato no variaron su naturaleza ni sus elementos esenciales; además, fueron necesarias para impulsar el contrato y garantizar su oportuna y rápida ejecución, debido a lo ocurrido con la ejecución de las obras mientras el contrato estuvo a cargo del cedente (U.T. Transvial), luego, la mayor valía del contrato tras la cesión está justificada y en consecuencia debe predicarse que es una erogación contractual y no un despojo patrimonial propio de una acción peculadora.

(...).

“Bajo esas circunstancias, la Sala encuentra que le asiste razón al defensor en su cuestionamiento, pues no está configurado el delito de peculado por apropiación en favor de terceros ya que no hubo una apropiación de

recursos sino una lícita disposición de los mismos; en consecuencia, habrá de revocarse la sentencia en este aspecto, sobre este acto particularmente atribuido.

“En cuanto se refiere al peculado por apropiación por la falta de amortización del anticipo posterior a la cesión del contrato 137 de 2007 (...) Las mesas de trabajo que se hicieron para el balance del anticipo, determinaron que el valor de lo legalizado amortizable era de \$28.081.044.349.

“Es cierto que el contrato de cesión suscrito el 17 de febrero de 2010 entre Unión Temporal Transvial (cedente) y el Grupo Empresarial Vías de Bogotá (cesionario) imponía a este último la recepción del mismo en el estado en el que se encontrara, lo que podría conducir con facilidad a concluir, como lo hicieron los testigos Alicia Spath y Jorge Pino Ricci, que en cabeza de aquel quedó radicada la obligación de devolver al IDU el monto legalizado y no amortizado mencionado antes. Sin embargo, también lo es que ese acuerdo de voluntades, en su cláusula 1ª numeral 2, eximió expresamente al cesionario (Grupo Vías de Bogotá) de las obligaciones relacionadas con el anticipo, las cuales debían continuar en cabeza del cedente.

“De acuerdo con la disertación realizada, tanto el contrato de cesión como la declaratoria de siniestro del anticipo, descartan que la obligación de amortizar debiera cumplirse por parte del cesionario que sustituyó

al deudor inicial, pues debía ser asumida por el tercero asegurador, como en efecto ocurrió, ya que SEGUREXPO desembolsó el dinero reclamado por el IDU y con ello extinguió la obligación por pago.

(...).

“Conclusión de la Sala. *En síntesis, debido a lo dispuesto en la cesión contractual, a la declaratoria de siniestro del anticipo y a que no está probado que el cesionario haya recibido anticipo alguno tras la cesión o que le correspondiera la obligación de continuar la amortización de lo legalizado y no amortizado por el cedente, es claro que no puede hablarse de apropiación de los recursos públicos, luego está descartada la tipicidad del peculado por lo tratado en este acápite. En consecuencia, la sentencia de primera instancia será revocada en este aspecto”.*

Conforme a lo expuesto, la Corte advierte, de una parte, que objetivamente los hechos sustentan de la absolución dictada por el Tribunal de Bogotá en favor de Liliana Pardo Gaona como autora del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, consistente en favorecer con la cesión del contrato 137 de 2007 suscrita el 17 de febrero de 2010 al Grupo Empresarial Vías de Bogotá (cesionario), además de no recaudar el valor de lo legalizado amortizable por valor de \$28.081.044.349, corresponden a los mismos por los cuales fue acusado y condenado en las instancias SAMUEL MORENO.

Y de otra, que la absolución de Liliana Pardo se encuentra adecuadamente soportada en el laudo arbitral, luego de verificar el Tribunal que ofrecía mayor credibilidad y contundencia que las declaraciones de la Ingeniera Civil María Patricia Restrepo Fierro y la Contadora Alicia Spath (testigos investigadoras de la Fiscalía), pues allí se estableció que la inclusión de los factores de contingencia en la cesión del contrato no modificó su naturaleza, máxime si quienes profirieron dicho laudo fueron abogados mediante una decisión adoptada en derecho, luego de un exhaustivo análisis de instituciones propias de la contratación estatal.

Lo decidido por el Tribunal de Arbitramento se fundó en gran cantidad de material probatorio, incluidos peritajes financieros y técnicos, inspecciones judiciales, testimonios e incluso la sentencia condenatoria de Inocencio Meléndez.

En tal sentido, la Corte comparte lo aseverado en el fallo absolutorio, referido a que para probar el peculado por apropiación no era suficiente acreditar el aumento del valor del contrato, sino su injusticia, aspecto abordado con suficiencia en el laudo arbitral y no por las investigadoras de la Fiscalía, lo cual permitió concluir que no se configuró dicho punible, pues no hubo una apropiación de recursos sino una lícita disposición de los mismos.

Ahora, respecto de la falta de amortización del anticipo posterior a la cesión del contrato 137 de 2007, cuantificado por las mesas de trabajo en \$28.081.044.349, la Sala

encuentra razonable lo aseverado por el Tribunal de Bogotá, en cuanto atañe a que en el numeral 2 de la cláusula 1 de dicho contrato se eximió expresamente al cesionario (Grupo Vías de Bogotá) de las obligaciones relacionadas con el anticipo, las cuales debían continuar en cabeza del cedente, de modo que el pago de aquella suma correspondía asumirlo a la aseguradora SEGUREXPO, la cual desembolsó el dinero reclamado por el IDU y extinguió la obligación por pago, razón por la cual la Corporación de segundo grado declaró que si no hubo apropiación de dineros públicos no se configuró el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, lo cual determinó la absolución de Liliana Pardo por ese punible.

Tal circunstancia activa la facultad oficiosa de la Corte, pues si respecto de los mismos hechos ya hay una decisión judicial que ha hecho tránsito a cosa juzgada material (el fallo del Tribunal en el caso adelantado contra Liliana Pardo fue impugnado en casación y la Sala decidió el 27 de abril de 2022 inadmitir la demanda), en la cual se declaró que no hubo pérdida de dinero del Distrito y, por tanto, no se configuró el peculado por apropiación en favor de terceros, es claro que SAMUEL MORENO ROJAS no podría tener la condición de interviniente en esa conducta.

Se trata de un hecho nuevo surgido después de las sentencias de instancia que corresponde a un fallo absolutorio por la misma imputación fáctica objeto de la condena contra SAMUEL MORENO por el delito de peculado por apropiación, sustentado en pruebas debidamente

apreciadas, con innegable incidencia en este asunto, motivo por el cual se impone casar de manera parcial y oficiosa el fallo, en el sentido de absolverlo respecto de tal punible contra la administración pública.

Carecería de sentido que la Sala, ya advertida de que el Tribunal Superior de Bogotá absolvió el 7 de febrero de 2020 a Liliana Pardo como autora del mismo comportamiento aquí atribuido a SAMUEL MORENO en calidad de interviniente, le indicara a éste (condenado mediante fallos de febrero 15 y diciembre 19 de 2019) que tal circunstancia le corresponde alegarla a través de la acción de revisión. Si se tiene en cuenta el fin protector de derechos fundamentales de la casación, se trata de un hecho sobreviniente que se debe reconocer y que necesariamente —como ya se anunció— conduce a absolver por el delito de peculado por apropiación.

No significa lo precedente renegar de la regla general según la cual no hay lugar, en sede del recurso extraordinario, a incorporar nuevos hechos, pruebas ni argumentos después de la demanda, sino de la realización del principio de justicia material que impone ajustar la sentencia cuando la Corte adquiere, en el marco de la casación, el conocimiento de un hecho nuevo capaz de desvirtuar o poner en duda la verdad declarada en los fallos, traducible en alguno de los escenarios de la acción de revisión.

Análisis de los cargos propuestos por la defensa.

Con relación al **primer reproche** de la demanda presentada por SAMUEL MORENO ROJAS, en el cual postuló la nulidad de la actuación por falta de competencia y falta de idoneidad del juez que dictó el fallo de primera instancia, se tiene:

Inicialmente se constata que el referido argumento no fue expuesto por el acusado o su defensor durante la actuación, especialmente en la audiencia de formulación de acusación, pues allí se surtió traslado para que fueran expresadas verbalmente las manifestaciones de incompetencia del juez (artículo 339 de la Ley 906 de 2004), circunstancia que permitiría invocar el carácter preclusivo de cada una de las etapas del proceso penal para que la censura fracasara.

Ahora, el artículo 175 de la Ley Estatutaria de la Administración dispone:

“Atribuciones de las corporaciones judiciales y los jueces de la república. Corresponde a las Corporaciones Judiciales y a los Jueces de la República con relación a la administración de la Carrera Judicial, cumplir las siguientes funciones:

“1. Designar a los funcionarios y empleados cuyos nombramientos les corresponda de conformidad con la ley y el reglamento”.

El artículo 160 de la misma legislación establece:

“REQUISITOS ESPECIALES PARA OCUPAR CARGOS EN LA CARRERA JUDICIAL. Para el ejercicio de cargos de carrera en la Rama Judicial se requiere, además de los requisitos exigidos en disposiciones generales, haber superado satisfactoriamente el proceso de selección y aprobado las evaluaciones previstas por la ley y realizadas de conformidad con los reglamentos que para tal efecto expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. El acceso por primera vez a cualquier cargo de funcionario de carrera requerirá de la previa aprobación del curso de formación judicial en los términos que señala la presente ley”.

Y el artículo 132 preceptúa:

“FORMAS DE PROVISIÓN DE CARGOS DE LA RAMA JUDICIAL. La provisión de cargos en la Rama Judicial se podrá hacer de las siguientes maneras:

“1. En propiedad. Para los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente.

“2. En provisionalidad. El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se

haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes. Cuando el cargo sea de carrera, inmediatamente se produzca la vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo. En caso de vacancia temporal en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura o los Tribunales, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación.

“3. En encargo. El nominador, cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual, al funcionario o empleado que se desempeñe en propiedad. Vencido este término procederá al nombramiento en propiedad o provisionalidad según sea el caso, de conformidad con las normas respectivas. PARÁGRAFO. Cuando la autoridad que deba efectuar el nombramiento se encuentre en vacaciones, la Sala Administrativa del respectivo Consejo Seccional, designará un encargado mientras se provee la vacante por el competente, a quien dará aviso inmediato”.

A partir de las normas transcritas puede colegirse que existe diferencia sustancial entre: (a) La provisión del cargo de juez mediante concurso de méritos a través de sus fases de selección (pruebas de conocimiento, evaluación de

experiencia y estudios, y entrevista), clasificación (lista de elegibles) y nombramiento en carrera, que corresponde a la situación administrativa *en propiedad*, y (b) La designación en provisionalidad, la cual no requiere de exámenes de conocimientos u otras evaluaciones, sino cumplir “*los requisitos mínimos para el desempeño del cargo*”.

Así, la aptitud para desempeñarse como juez no se fundamenta exclusivamente en haber superado las etapas clasificatorias del concurso para acceder al nombramiento *en carrera*, se puede acceder bajo otras situaciones administrativas distintas y legítimas como la nominación *en provisionalidad* o *en encargo*.

Desde luego, la aptitud o capacidad de la persona nombrada como juez radica en la aprobación de los cursos temáticos que conforman el estudio universitario del derecho, en orden a conseguir su título profesional como abogado, además de acreditar los requisitos para tomar posesión del cargo.

Si la *situación administrativa de la provisionalidad* supera los 6 meses dispuestos para la designación del cargo en propiedad, no por ello puede concluirse que cesa la investidura judicial de quien se desempeña como juez y desaparecen las facultades para ejercer como funcionario judicial, pues tal argumentación resulta contraria al carácter permanente que debe tener la administración de justicia, máxime si no se aviene con la razón práctica que se

impusiera designar otro funcionario en el mismo cargo por otros 6 meses y así sucesivamente.

Entonces, tan válida y legítima es la provisión del cargo de juez como culminación de un concurso de méritos a través de la situación administrativa en *propiedad*, como la dispuesta sin tales exigencias para el nombramiento en *provisionalidad*, de modo que los tiempos dispuestos para esta última únicamente tienen valía en el ámbito administrativo sin enervar de manera alguna las funciones judiciales.

En tal sentido, si la regla es que el nombramiento en provisionalidad se efectúa “*hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto que no podrá exceder de seis meses*”, es claro que si el desarrollo del concurso de méritos se extiende más allá de dicho lapso, quien se desempeñe como juez puede seguir actuando, pues el límite de su gestión está determinado por el momento en el cual se poseione quien haya sido designado en aquél mismo cargo una vez concluidas las diferentes fases del proceso.

Si el Tribunal de Bogotá nombró y posesionó a Jorge Andrés Carreño Corredor como Juez 11 Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad, fue porque cumplió con las exigencias generales para desempeñar tal cargo, aspecto no cuestionado por el apelante.

De otra parte, el artículo 153-9 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, dispone entre los deberes de los funcionarios y empleados: “*Permanecer en el desempeño de sus funciones mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba reemplazarlo*”.

A partir de dicha norma se establece que si en este asunto el nombramiento como Juez 11 Penal del Circuito de Conocimiento no se realizó con posterioridad al de Carreño Corredor en otra persona, él estaba obligado a cumplir con el referido deber, es decir, contrario a lo asumido por el acusado en su demanda, no le correspondía al funcionario, una vez transcurridos los 6 meses en provisionalidad abandonar su cargo, pues en tal caso se vería expuesto a la correspondiente investigación disciplinaria derivada del incumplimiento de sus deberes, además de no asegurar el carácter permanente de la función jurisdiccional (artículo 12 de la Ley 270 de 1996).

A su vez, el acto administrativo de nombramiento de Jorge Carreño como Juez 11 Penal del Circuito se encuentra amparado por la presunción de legalidad, la cual no ha sido desvirtuada, de manera que correspondía acreditar al casacionista que tal acto fue considerado por la jurisdicción contencioso administrativa como carente de motivación o motivado falsamente.

Además, aún si se tratarse de un *funcionario de facto o de hecho*², la jurisprudencia de esta Sala ha precisado que si bien no está amparado por el fuero, los actos judiciales que hubiese evacuado en tal condición sí tienen eficacia, no por originarse en el ejercicio legítimo del cargo o investidura, sino por la ficción de legalidad que reflejó en los destinatarios de aquéllos, lo cual obliga a mantener a salvo la seguridad jurídica de lo realizado³, razón adicional para concluir que no hay lugar a invalidación alguna de lo actuado, esto es, la censura no prospera.

Respecto del **segundo cargo** de la demanda del acusado, en el que invocó la violación directa de la ley por falta de aplicación del artículo 58 del Decreto Ley 1421 del 21 de julio de 1993, con relación a la comisión del peculado por apropiación encuentra la Corte que si ya en esta providencia se decidió oficiosamente que SAMUEL MORENO será absuelto como interviniente de dicho punible, por sustracción de materia no es procedente emprender el análisis del cargo propuesto en cuanto atañe a tal delito.

Como de otra parte, el acusado manifestó que debe ser absuelto por los delitos de cohecho propio e interés indebido en la celebración de contratos, pues la única que podía cometerlos era la directora del IDU, dado que como Alcalde Mayor no podía participar en la contratación, retardar u omitir un acto propio de su cargo o para ejecutar uno

² Cuando: (i) el cargo esté reconocido por la ley, (ii) la persona esté en posesión del mismo y (iii) lo ejerza bajo una apariencia de legitimidad (CSJ AP, 18 feb. 2015. Rad. 43424).

³ Cfr. CSJ AP, 21 jun. 2017. Rad. 50385 y CSJ AP, 18 dic. 2013. Rad. 42404, entre otros.

contrario a sus deberes, porque entre sus funciones no estaba la contratación de obras públicas, observa la Sala que el recurrente no se detuvo a cuestionar lo expuesto a espacio sobre el particular en el fallo de segundo grado y que finalmente fue sintetizado en los siguientes términos respecto del **cohecho**:

“El plan común como retribución al apoyo en las campañas electorales de los hermanos Moreno Rojas Héctor Julio Gómez y Emilio José Tapia Aldana aseguran que, por medio de Manuel Sánchez, participaron con aportes económicos y electorales en la campaña de Samuel Moreno Rojas a la Alcaldía Mayor de Bogotá.

“Según Héctor Julio y Emilio Tapia, lo referido conllevó, como contraprestación, a que los hermanos Moreno Rojas se comprometieran a ayudarles en los distintos procesos de contratación que el Distrito ejecutaría bajo la administración de Samuel Moreno Rojas como Alcalde de Bogotá -2008 a 2011- y, a su vez, que si eran destinatarios de tales contratos deberían pagarles a los hermanos Moreno Rojas una suma porcentual al valor del contrato”.

(...).

“En ese contexto del acuerdo criminal encaminado a cometer una pluralidad de delitos en contra de la administración pública, se definió que Emilio Tapia sería el encargado de recibir el dinero en efectivo proveniente

de las ‘coimas’ para entregárselo al Senador Néstor Iván Moreno Rojas; Samuel Moreno Rojas –en calidad de mandatario del Distrito capital— utilizaría su cargo y sus funciones para influenciar en su beneficio en los altos mandos de la administración distrital –entre ellos en el IDU—; en tanto que Álvaro Dávila –en su condición de amigo de los hermanos Moreno Rojas y su labor como abogado— y Héctor Julio Gómez –como contratista— utilizarían sus conocimientos y conexiones para perseguir socios y la adjudicación de los contratos; esta última labor también fue desempeñada por Emilio Tapia”.

(...).

“Así, se puede afirmar por el Tribunal, que el delito de cohecho atribuido a Samuel Moreno Rojas se perpetró cuando éste aceptó, investido por su cargo como primer mandatario de la Capital y nominador de la directora del IDU, la promesa remuneratoria producto del ‘negocio’ o ‘acuerdo’ al que sus socios de ilicitud llegaron con el Grupo Nule para la adjudicación de la licitación 006 de 2008, y a partir de ello, participar activamente de ese plan.

“Resta por agregar que a la anterior valoración conjunta de la prueba, lo razonado por Emilio Tapia, Miguel Eduardo Nule Velilla, Manuel Francisco Nule Velilla, Guido Alberto Nule Marino, Luis Eduardo Montenegro Quintero, Héctor Julio Gómez González en el sentido de

estar convencidos de que el entonces Alcalde mayor de Bogotá irradiaba el plan criminal en la medida en que todo lo planeado con los contratos del IDU salía de manera exitosa conforme a los oscuros intereses pactados entre ellos”.

El control de tutela y jerarquía e innegable injerencia de SAMUEL MORENO como Alcalde Mayor en las entidades distritales, especialmente en el IDU, se deduce de lo dispuesto en el artículo 56 del Decreto Ley 1421 del 21 de julio de 1993:

“Composición de las juntas directivas. Las juntas directivas de las empresas distritales de servicios públicos domiciliarios estarán conformadas así: dos terceras partes de sus miembros serán designados libremente por el alcalde mayor y la otra tercera serán delegados de los usuarios y de organizaciones sociales, cívicas, gremiales o comunitarias, en la proporción que determine el Concejo Distrital de acuerdo con la ley.

“Los miembros de las juntas directivas de las demás entidades descentralizadas del Distrito serán designados libremente por el alcalde mayor.

“En todo caso también hará parte de las juntas el alcalde mayor, quien la presidirá o su delegado.

“En los actos de creación o en los estatutos orgánicos de las entidades se fijarán las responsabilidades y

funciones de la junta directiva y el procedimiento para elegir o designar a los miembros de las mismas que no sean nombrados libremente por el alcalde.

“En ningún caso el concejo elegirá o designará miembros de las juntas directivas”.

A su vez, conforme al artículo 38 del mismo decreto, entre sus facultades están:

“Atribuciones. Son atribuciones del alcalde mayor:

“3. Dirigir la acción administrativa y asegurar el cumplimiento de las funciones, la prestación de los servicios y la construcción de las obras a cargo del Distrito.

8. Nombrar y remover libremente los secretarios del despacho, los jefes de departamento administrativo, los gerentes de entidades descentralizadas, el Tesorero Distrital, los alcaldes locales y otros agentes suyos. Conforme a las disposiciones pertinentes, nombrar y remover a los demás funcionarios de la administración central igualmente, velar por el cumplimiento de las funciones de los servidores distritales y ejercer la potestad disciplinaria frente a los mismos.

15. Adjudicar y celebrar los contratos de la administración central, de conformidad con la ley y los acuerdos del Concejo. Tales facultades podrán ser

delegadas en los secretarios y jefes de departamento administrativo.

Las normas transcritas permiten advertir, de una parte, la robusta incidencia del Alcalde Mayor en aquellas juntas, incluido desde luego el IDU, ya sea directamente o a través de sus delegados y, de otra, la tutela que tal condición le permitía ejercer sobre las empresas distritales, en el marco de la cual cometió el delito de cohecho a título de coautor, sin que su argumentación orientada a invocar una supuesta ajenidad respecto de tal punible encuentre asidero alguno, pues acordó la obtención de grandes beneficios económicos a cambio de favorecer a los contratistas que colaboraron con dinero y políticamente en su campaña para conseguir ser elegido como Alcalde de Bogotá, circunstancia que descarta la pretendida atipicidad de su proceder.

Ya respecto de los delitos de **interés indebido en la celebración de contratos**, una vez más se establece que el procesado no se ocupó de cuestionar los planteamientos del Tribunal, al exponer:

“Nótese que la falta de competencia del alcalde Moreno Rojas para nombrar a los subdirectores del IDU, no era impedimento para que determinadas personas, como Luis Eduardo, ostentaran tales cargos por voluntad del mandatario distrital, pues para ello contaban con poder sobre la directora de dicha institución, quien desde un comienzo aceptó acceder a ilegítimos intereses a cambio de su permanencia en el puesto. Con este panorama,

Emilio José Tapia Aldana y Héctor Julio Gómez dieron cuenta en estrados de su injerencia en los asuntos de contratación de la malla vial, valorización (Acuerdo 180 de 2005) y la cesión del contrato 137 de 2007”.

(...).

“Con acierto la primera instancia encontró que Samuel Moreno Rojas acudió a la comisión de los hechos punibles como interviniente del delito de interés indebido en la celebración de contratos, ya que el procesado no contaba con las calidades exigidas por el tipo objetivo; no obstante, su condición contribuyó a parte del ejercicio del dominio funcional compartido, propio de la coautoría, pero supeditado a lo que su condición externa a la función principal le permitía, encuadrándose adecuadamente en la categoría del interviniente.

“Así, la participación del acusado contribuyó a tejer un ambiente de ‘deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia dentro de los coasociados, que desdijo de la moralidad y probidad de la administración pública’, pues su intención de presentar resultados a la comunidad, cobijó conscientemente un móvil de beneficio particular, pues la gestión pública se venía utilizando como un mecanismo de lucro individual, que debía operar, pero en la medida de no lesionar gravemente sus proyectos privados”.

Si SAMUEL MORENO fue condenado como interviniente en 3 delitos de interés indebido en la celebración de contratos, la queja del apelante carece de sentido, pues en tal condición no requería las cualidades del autor, precisamente porque como ya se dijo, en los términos del inciso final del artículo 30 del Código Penal, es interviniente quien “*no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización*”, circunstancia que descarta la atipicidad pregonada por el acusado en su demanda.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, el cargo no prospera.

Con relación al **primer reproche** de la demanda presentada por el defensor de SAMUEL MORENO ROJAS, en el cual planteó la nulidad de la actuación por violación del principio de congruencia y adujo que por ello su asistido no estuvo en condiciones efectivas de allanarse o realizar un preacuerdo con la Fiscalía, advierte la Corte lo siguiente:

Dado el carácter progresivo del proceso penal y de la preclusividad de cada una de las fases por las cuales transita la actuación, correspondía al censor y a su representado –si en verdad asistía interés en un preacuerdo—, adoptar las medidas pertinentes en orden a conseguir una aproximación con la Fiscalía para tal propósito, desde la imputación hasta antes de la presentación del escrito de acusación (artículo 350 de la Ley 906 de 2004) o desde la acusación hasta el interrogatorio del procesado en el juicio (artículo 352

ejusdem), marco en el cual era posible acordar un grado de participación menos gravoso⁴ (por ejemplo, de autor a interviniente o de autor a cómplice), sin que hubieran procedido a ello, de modo que ahora no es viable alegar su propia culpa sobre el particular.

En diligencias realizadas el 19 de septiembre y 6 de diciembre de 2011, la Fiscalía imputó a SAMUEL MORENO la comisión de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos (coautor), concusión (autor), peculado por apropiación (determinador) y cohecho propio (coautor).

Fue acusado como coautor de cohecho propio, coautor de 8 delitos de interés indebido en la celebración de contratos, determinador de peculado por apropiación y autor de concusión.

En el fallo de primer grado fue condenado como interviniente de 10 delitos de interés indebido en la celebración de contratos, autor de concusión y cohecho propio, y determinador de peculado por apropiación. A su vez, en la sentencia del Tribunal fue absuelto por el punible de concusión (luego no será objeto de apreciación al verificar si se quebrantó o no el principio de congruencia) y se le condenó –después de la corrección de tal providencia— como coautor del delito de cohecho propio e interviniente en 3

⁴ Cfr. CSJ SP, 23 nov. 2016. Rad. 46684 y CSJ SP, 24 feb. 2016. Rad. 45736, entre muchas otras.

punibles de interés indebido en la celebración de contratos y en el delito de peculado por apropiación.

Entonces, al constatar el *principio de congruencia* que el defensor considera violado, encuentra la Sala que la imputación fáctica por el delito de cohecho propio consistió en que a los empresarios Miguel, Manuel y Guido Nule, Miguel Eduardo Nule Velilla, Álvaro Dávila Peña (en representación de SAMUEL MORENO), así como el Contralor Distrital de Bogotá Miguel Morales Russi, además de ciertos empleados del IDU, acordaron el pago de *comisiones de éxito*, correspondientes a específicos porcentajes del valor total de cada uno de los contratos que se adjudicaran, de modo que el acusado faltó a sus deberes oficiales, pues a partir de la promesa económica ilegal, orientó su actividad a controlar el proceso de evaluación y selección de los contratistas, junto con funcionarios del IDU y los particulares mencionados.

El núcleo fáctico de la imputación por 3 delitos de interés indebido en la celebración de contratos radicó en que a partir del control de tutela y jerarquía que ejercía el acusado en su calidad de Alcalde Mayor sobre las entidades del orden distrital, especialmente sobre el IDU, tuvo injerencia en los procesos contractuales de: (i) Fase III de Transmilenio (Cesión del Contrato 137 de 2007), (ii) Malla Vial (Licitación 006 de 2008) y (iii) Valorización (Acuerdo 180 de 2005).

Ahora, la imputación de hechos por el peculado por apropiación en calidad de interviniente y su congruencia no

se evaluará aquí, pues ya en esta decisión, en el acápite de la *cuestión inicial*, se concluyó que el acusado será absuelto.

Al cotejar la imputación jurídica entre acusación y fallo se constata que en ambas se formuló la autoría por el delito de cohecho propio. A su vez, los 3 comportamientos correspondientes a los delitos de interés indebido en la celebración de contratos también fueron objeto de acusación y sentencia.

Las razones expuestas bastan para declarar que el cargo no prospera.

Con relación al **segundo reproche** de la demanda presentada por el defensor del acusado, en el cual denunció la violación directa de la ley por interpretación errónea del artículo 31 del Código Penal, constata la Sala cómo el Tribunal precisó que no se procedía por 10 delitos de interés indebido en la celebración de contratos, sino por 3 de ellos, en los siguientes términos:

“Congruente con lo que se ha expuesto, dígame que Samuel Moreno Rojas incurrió en tres delitos de interés indebido en la celebración de contratos, no en 8 delitos como lo expuso el ente acusador ni en 10 como lo consideró el a quo en la sentencia de primera instancia, como si el reproche acaeciera únicamente en los contratos ganados, cuando lo cierto es que, como se ha dicho ampliamente, el reproche penal recae tanto en ellos —los ganados— como en los que de una u otra forma no

lograron ser adjudicados a los intereses del grupo delincuencialed liderado por los hermanos Moreno Rojas.

“Así, para el Tribunal, el procesado incurrió de manera indebida –en la calidad que se ha dicho– en el interés de la licitación de (i) Malla Vial (Licitación 006 de 2008), en (ii) la licitación de las obras de valorización (Acuerdo 180 de 2005) y en (iii) la cesión del contrato 137 de 2007”.

Además, el juez de primer grado al efectuar la dosificación punitiva del concurso de delitos partió de la pena dispuesta para el punible más grave que era la sanción del peculado por apropiación (por el cual se absolverá en esta decisión), la cual incrementó en 10 meses por cada uno de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos.

Conforme a lo anterior, se impone reconocer que manteniendo la punibilidad de 10 meses de prisión por cada interés indebido en la celebración de contratos definida por el juez de primera instancia, la pena del delito base debe incrementarse por 3 de aquellos punibles en 30 meses de prisión, no en 50 como dosificó la Corporación de segundo grado.

Al respecto expresó el Tribunal:

Se “dejará vigente su sentido de imponer 50 meses de prisión por el total de estos delitos; debiéndose resaltar que aun cuando ya no se trata de 10 ilícitos de interés

indebido en la celebración de contratos, sino de 3 (siendo este, según lo visto, uno de los criterios a tener en cuenta para sumar el ‘otro tanto’), la cifra impuesta por el a quo de 50 meses, pues para la Sala tal fracción debió tener mayor reproche penal en atención a que ella únicamente atendió a los contratos que lograron adjudicarse a la empresa criminal, dejando de lado todos aquellos que, existiendo un interés particular del grupo delincuencia, no fueron a ellos adjudicados (lo cual se ponderaría con un criterio de necesidad y proporcionalidad más riguroso)”.

En tal sentido, si los delitos objeto de sanción no son 10, sino 3, esa disminución debe necesariamente verse reflejada en la dosificación de la pena, sin que el Tribunal pudiera aducir consideraciones nuevas sobre la gravedad de tales comportamientos para mantener el quantum punitivo establecido por el juez de primer grado respecto de tales punibles, pues al proceder así violó el *principio de interdicción de la reforma peyorativa*, en cuanto siendo la defensa el único recurrente en casación, se le aumentó la sanción definida por el juez al mantener los 50 meses de prisión por los 3 delitos⁵.

Ahora, como también el defensor manifestó que no se trató de un concurso homogéneo de 3 delitos de interés indebido en la celebración de contratos, sino de un solo punible, según se decidió en el fallo dictado contra Néstor

⁵ Cfr. CSJ SP, 13 feb. 2019. Rad. 47675.

Iván Moreno Rojas⁶, encuentra la Corte que la situación invocada por el censor no se asimila a la de este asunto.

En efecto, en aquella decisión dilucidó la Sala:

“Propuesta unívoca de la defensa fue mostrar que no se configura un concurso homogéneo respecto de las conductas de interés indebido en la celebración de contratos y tráfico de influencias, sino que se trató de un solo hecho para cada uno de esos delitos, esto es, se configuró un solo delito de tráfico de influencias, como también un único comportamiento de interés indebido en la celebración de contratos.

“Este argumento es consistente y será acogido por la Sala en tanto se ha demostrado en esta actuación que los objetivos inmediatos de la manipulación contractual y mediatos de las influencias traficadas era alcanzar finalmente los beneficios derivados de la licitación 06 de 2008 del IDU, y a ese propósito se enfilaron todos los esfuerzos de NÉSTOR IVÁN MORENO ROJAS. Por ello, indistintamente de que de esa licitación finalmente se hubieran adjudicado los contratos 071 y 072 de 2008, no traduce la existencia de plurales ‘tráficos de influencias o ‘interés indebido’ por cada contrato, en la medida que el propósito criminal estaba focalizado en que les fueran adjudicados contratos de la malla vial de Bogotá, cualquiera fuera la cantidad” ⁷.

⁶ Cfr. CSJ SP, 27 oct. 2014. Rad. 34282.

⁷ Fols. 296 y 297.

Como viene de verse, en tal providencia se hizo consistir la unidad de designio criminal propia de la unidad de acción, en *“alcanzar finalmente los beneficios derivados de la licitación 06 de 2008 del IDU”*, esto es, *“que les fueran adjudicados contratos de la malla vial de Bogotá, cualquiera fuera la cantidad”*, mientras que en este asunto no se advierte un solo comportamiento fraccionado en el tiempo y/o en su acción o un concurso aparente de delitos que deba ser resuelto a partir de los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad, sino efectivamente, de 3 conductas delimitadas con nitidez en escenarios sustancialmente diversos y que por tanto, configuran un concurso material homogéneo sucesivo. Estas son:

(i) Fase III de Transmilenio (Cesión del Contrato 137 de 2007), (ii) Malla Vial (Licitación 006 de 2008) y (iii) Valorización (Acuerdo 180 de 2005), de manera que la propuesta del defensor no prospera.

De acuerdo con lo anterior, se impone casar parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de incrementar la pena establecida para el delito base en 30 meses de prisión por el concurso de 3 punibles de interés indebido en la celebración de contratos, lo cual conlleva redosificar la sanción dispuesta por el Tribunal.

Consecuencias punitivas de las decisiones adoptadas.

Por tratarse de un concurso de delitos, se parte de la pena más grave incrementada “*hasta en otro tanto*”, siempre que (artículo 31 de la Ley 599 de 2000) esa adición no supere en el doble la sanción base, no exceda la suma aritmética de las penas correspondientes a cada punible (sistema de acumulación jurídica) y no sobrepase el máximo posible de 60 años de prisión reglado en la ley⁸, además de salvaguardar el *principio de interdicción de la reforma peyorativa* cuando se trate de apelante único, como ocurre en este caso.

Entonces, si en el fallo de segundo grado se partió de la pena dispuesta para el peculado por apropiación en calidad de interviniente como delito base en la dosificación punitiva, con una sanción de 187 meses y 26 días correspondiente al extremo máximo del segundo cuarto, al proferirse la absolución por dicho punible advierte la Corte que ahora debe tenerse como delito base el cohecho propio, cuya pena fue tasada por el Tribunal en 112 meses de prisión correspondiente al “*máximo del primer cuarto medio*”, la cual debe ser incrementada en 30 meses por el concurso de 3 delitos de interés indebido en la celebración de contratos, para un total de **142 meses de prisión**, tiempo en el cual también se cuantifica la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas aparejada a la privativa de libertad.

⁸ Cfr. CSJ SP, 13 feb. 2019. Rad 47675.

Respecto de la sanción de multa cuantificada en el fallo del Tribunal en 108,33 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2008, 274,996 salarios para el 2009, 137,498 salarios para el año 2010 y \$21.060.783.271,75 se tiene que la última suma fue dispuesta en razón de la condena como interviniente en el peculado por apropiación (resultado de restar a \$28.081.044.349 la suma de \$7.020.261.077,25 que corresponde a una cuarta parte por ser interviniente), de manera que al ser absuelto SAMUEL MORENO en esta providencia por ese punible, es preciso marginar dicha sanción pecuniaria, permaneciendo incólumes las otras derivadas de la comisión del cohecho propio y de 3 punibles de interés indebido en la celebración de contratos.

También se mantiene inmodificable la inhabilidad de carácter permanente establecida en el artículo 122 de la Constitución Política que fue impuesta en el fallo de primer grado y confirmada por el Tribunal.

Cuestión final.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 2195 del 18 de enero de 2022, la Circular PCSJC22-12 emitida por el Consejo Superior de la Judicatura el pasado 29 de julio y la Directiva 039 de esta Sala del 13 de octubre de 2022, se ordena enviar copia de este fallo a aquella corporación, toda vez que se procede por delitos contra la administración pública.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. CASAR parcialmente el fallo impugnado en los siguientes sentidos: i) **Absolver** a SAMUEL MORENO ROJAS por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros; y ii) Declarar que por los tres delitos de interés indebido de contratos objeto de la condena corresponde en la medición de la pena un incremento de 30 meses de prisión.

2. En consecuencia, **dosificar** la pena impuesta a SAMUEL MORENO ROJAS en 142 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y multa por 108,33 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2008, 274,996 salarios para el 2009 y 137,498 salarios para el año 2010.

3. En lo demás, la sentencia permanece incólume.

4. REMITIR copia de este fallo al Consejo Superior de la judicatura (Circular PCSJC22-12 del 29 de julio de 2022).

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



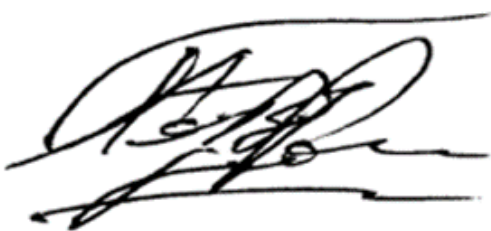
FABIO OSPITIA GARZÓN
Presidente

Impedido

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



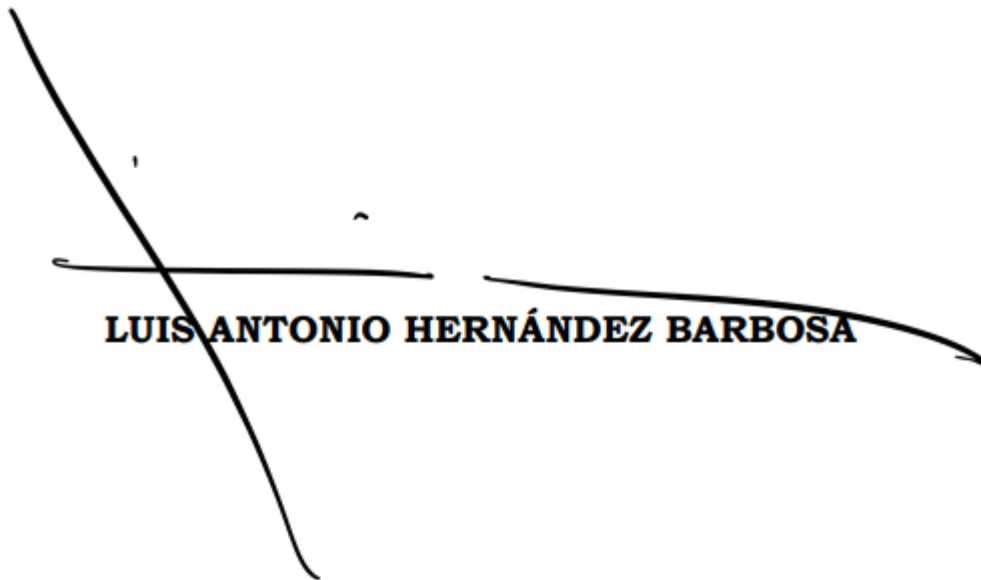
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO

Impedido

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Impedido

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria