

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA DE CASACIÓN PENAL**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**Magistrado ponente**

**AP1698-2016**

**Radicación No. 47416**

**(Aprobado Acta N° 93)**

**Bogotá, D. C., treinta (30) de marzo de dos mil dieciséis (2016).**

**MOTIVO DE LA DECISIÓN**

Examina la Corte las bases jurídicas y lógicas de las demandas de casación presentadas por los defensores de PABLO ENRIQUE CORTÉS RODRÍGUEZ, LUIS OLIVO GALVIS GALVIS GALVIS, SANTIAGO ECHANDÍA GUTIÉRREZ, AGUSTÍN CÁRDENAS ROCHA y PEDRO MARÍA RAMÍREZ ORTIZ contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2015 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, que confirmó, con modificaciones, la emitida el 31 de marzo de 2014 por el Juzgado Penal del Circuito de Descongestión de Zipaquirá.

#### HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. La cuestión fáctica fue sintetizada por el a quo en los siguientes términos:

Tuvieron ocurrencia en el municipio de Chía, Cundinamarca, en los primeros meses del año 2003 y fueron denunciados por los ciudadanos usuarios de los servicios públicos del mismo municipio señores: Jorge Orlando Gaitán Mahecha, Carolina Carrizosa Pombo y María Álvarez Ulloa, en el mes de abril también de esa vigencia[1].

Según se pudo determinar mediante Acuerdo 04 de 1997, el Concejo Municipal de Chía, da nacimiento a la Empresa Industrial y Comercial para la Prestación de Servicios Públicos EMSERCHÍA E.S.P.

Se dice que la referida empresa venía mostrando satisfactorios resultados en sus rendimientos económicos reflejando utilidades, lo cual permitió por ejemplo que deudas ya contraídas en la

ciudad de Bogotá, se pudieron cancelar. Así mismo se venía comportando excelentemente en la administración de sus recursos, pues se habían adoptado medidas que incidieron en la disminución de cartera morosa.

Con ocasión de los buenos resultados financieros y a un halagador informe de gestión, la administración municipal y los directivos de EMSERCHÍA decidieron conformar una nueva empresa, con duración de veinte (20) años, y con participación de socios particulares, para el desarrollo del mismo objeto social, con un mínimo aporte de capital, y quienes a la vez explotarían comercialmente los activos de EMSERCHÍA, así como sus redes de acueducto, alcantarillado, maquinaria, equipos, muebles y enseres, infraestructura ésta que según cifras aportadas por el Cuerpo Técnico Investigativo ascienden a la suma de \$20.267'830.261 y a marzo 30 de 2003 apenas contaba con un pasivo total de \$810'983.573.

La conformación de la nueva agrupación (sic) Hydros Chía, se constituyó con cinco empresas (Hydros Colombia S.A., Gestaguas S.A., Constructora Némesis S.A., Inversiones Zárate Gutiérrez y Cía, (sic) S.C.S. y Frizo S.A., hoy Riagro S.A.) con un 12% de aportes, que vinieron a tener una equivalencia de seis millones de pesos (\$6.000.000.00) y en compensación recibirían dividendos de un 10% más IVA del total del valor de la factura bimensual, lo que les permitiría a dichos socios una ganancia anual de \$1.000.000.000 aproximadamente, beneficios que definitivamente no se compadecen con lo aportado.

La negociación fue adelantada bajo la figura de negociación directa pretextándose menor cuantía, obviándose la concurrencia obligatoria de pluralidad de ofertas, soslayándose la aplicación de los principios de selección objetiva, transparencia, economía, publicidad, moralidad y responsabilidad.[2]

2. El 28 de mayo de 2003 la Fiscalía Tercera Seccional de Bogotá profirió resolución de apertura de investigación previa[3].

3. El 26 de enero de 2004 se declaró formalmente abierta la instrucción y se dispuso la vinculación mediante indagatoria de LUIS OLIVO GALVIS, PEDRO MARÍA RAMÍREZ ORTIZ y PABLO ENRIQUE CORTES RODRÍGUEZ[4].

4. El 13 de abril de ese año se ordenó escuchar en injurada a AGUSTÍN CÁRDENAS ROCHA, SANTIAGO ECHANDÍA GUTIÉRREZ y JORGE ENRIQUE JIMÉNEZ[5].

5. La situación jurídica de los sindicatos se definió el 27 de noviembre de 2006 en el sentido de abstenerse de imponer cualquier medida de aseguramiento, salvo en relación con GALVIS el cual fue afectado con detención preventiva en calidad de presunto autor de los delitos de peculado por apropiación, contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés ilícito en la celebración de contratos[6].

6. El 16 de noviembre de 2007 se clausuró el ciclo instructivo[7].

7. El mérito del sumario se calificó con resolución mixta del 31 de diciembre posterior, por cuyo medio se precluyó a favor de JIMÉNEZ GARZÓN por los injustos de peculado por apropiación y prevaricato por acción y de ECHANDÍA GUTIÉRREZ por el último reato mencionado; se acusó a GALVIS GALVIS como autor material de los delitos de peculado por apropiación e interés ilícito en la celebración de contratos y «autor intelectual»[8] del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; RAMÍREZ ORTIZ, en calidad de autor material de los injustos de interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación[9]; CORTÉS RAMÍREZ, CÁRDENAS

ROCHA y ECHANDÍA GUTIÉRREZ, en calidad de presuntos «autores intelectuales»[10] de idénticos punibles que el anterior[11].

8. Inconformes con esta decisión los defensores de RAMÍREZ ORTIZ, CORTÉS RODRÍGUEZ, CÁRDENAS ROCHA, ECHANDÍA GUTIÉRREZ y JIMÉNEZ GARZÓN, por una parte, y GALVIS GALVIS, por otra, interpusieron recurso de reposición y en subsidio apelación.

El de naturaleza horizontal fue resuelto desfavorablemente a los intereses de los recurrentes el 15 de febrero de 2008[12] y el de carácter vertical el 14 de abril de 2008 por parte de la Fiscalía Catorce Delegada ante el Tribunal Superior de Cundinamarca[13].

9. El 23 de junio del mismo año el Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá avocó el conocimiento del asunto y ordenó correr el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000[14].

10. La audiencia preparatoria se celebró el 19 de agosto de 2008[15] y la vista pública de juzgamiento se llevó a cabo en varias sesiones, las primeras a cargo del referido despacho judicial (20[16], 21[17], 22 de octubre de 2008[18], 19 de febrero[19], 1 de julio[20], 3 de agosto[21], 10[22] y 16 de septiembre[23], 6 de octubre de 2009[24] y 21 de julio de 2010[25]) y las últimas a cargo del Juzgado Penal del Circuito de Descongestión Ley 600 de la misma localidad[26] (11 de abril[27], 30 de mayo[28], 1º de junio[29], 13 de julio[30], 17 de agosto[31] y 24 de septiembre[32] de 2012).

11. Mediante sentencia del 31 de marzo de 2014, LUIS OLIVO GALVIS GALVIS, PEDRO MARÍA RAMÍREZ ORTIZ, PABLO ENRIQUE CORTÉS RODRÍGUEZ, AGUSTÍN CÁRDENAS ROCHA y SANTIAGO ECHANDÍA GUTIÉRREZ fueron absueltos por el delito de peculado por apropiación y declarados penalmente responsables en calidad de coautores del punible de interés indebido en la celebración de contratos; el primero de los mencionados también fue condenado por el injusto de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En consecuencia, a GALVIS GALVIS le impuso las penas principales de seis (6) años de prisión, multa en cuantía de setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de siete (7) años, seis (6) meses.

Por su parte al resto de los procesados los sentenció a cuatro (4) años de prisión[33].

A todos les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y sólo a los cuatro últimos les concedió la prisión domiciliaria.[34]

12. Los representantes del Ministerio Público y la parte civil y los defensores de todos los encartados interpusieron el recurso de apelación, que fue desatado el 15 de septiembre de 2015 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca en el sentido de i) revocar parcialmente la decisión impugnada para absolver a GALVIS GALVIS por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por lo que le impuso las penas de cuatro (4) años de prisión, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de cinco (5) años, ii) confirmar la condena impartida contra los inculcados por el punible de interés indebido en la celebración de contratos, con la aclaración consistente en que a RAMÍREZ ORTIZ, CORTÉS RODRÍGUEZ, CÁRDENAS ROCHA y ECHANDÍA GUTIÉRREZ «también se les impuso en primera instancia, multa equivalente a CINCUENTA (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes por el termino (sic) de CINCO (5) años, por las razones

consignadas en el cuerpo de esta providencia»[35] y, iii) confirmar la absolución pronunciada en relación con el punible de peculado por apropiación que cobijó a la totalidad de los enjuiciados[36].

13. Contra este proveído los apoderados de GALVIS GALVIS, RAMÍREZ ORTIZ, CORTÉS RODRÍGUEZ, CÁRDENAS ROCHA y ECHANDÍA GUTIÉRREZ promovieron oportunamente el recurso extraordinario de casación[37] y presentaron, en tiempo, los correspondientes libelos[38].

## LAS DEMANDAS

1. A favor de PABLO ENRIQUE CORTÉS RODRÍGUEZ.

Previa manifestación sobre la procedencia del recurso de casación, el demandante solicita casar la sentencia impugnada y cita los hechos como fueron concebidos por el ad quem, al tiempo que identifica los sujetos procesales y sintetiza la actuación procesal y el fallo acusado.

1.1. Primer cargo (principal)

Al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 207 de la Ley 600 de 2000 postula la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la modalidad de falso juicio de existencia por omisión probatoria, como consecuencia de la infracción de los cánones 232 y 238 ejusdem, conllevando a la aplicación indebida del precepto 409 del Código Penal.

A juicio del recurrente, si los juzgadores hubieran valorado en conjunto y conforme a las leyes de la sana crítica las pruebas aportadas al proceso, habrían concluido que ellas no permiten afirmar con certeza la responsabilidad penal de CORTÉS RODRÍGUEZ.

En criterio del demandante, en este caso, resulta ostensible, a partir de la lectura de la sentencia de primera instancia, que el J-a-quo no tomó en consideración algunos medios de convicción, lo cual generó el defecto denunciado, el cual hizo evidente en la sustentación del recurso de apelación.

Las pruebas que habrían sido ignoradas por las instancias, son las siguientes:

1.1.1. Derecho de petición del 24 de julio de 2002, suscrito por el gerente de Emserchía, RAMIRO HERNÁN DÍAZ, y dirigido a LUIS AUGUSTO CABRERA LEAL, de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, por cuyo medio informa sobre la intención de la empresa de servicios de conformar una sociedad en comandita por acciones con una empresa privada y pregunta si es necesario abrir licitación para entrar a operar y celebrar el contrato respectivo.



De acuerdo con el actor, este elemento, valorado en conjunto con otras pruebas-como la declaración de LUIS VICENTE CAVALLY PAPA del 7 de diciembre de 2007[39]-, enseña que el peticionario «tenía una duda razonable sobre la forma de escogencia de los socios para la constitución de dicha sociedad»[40] y fortalece la tesis de que antes de la llegada de PABLO CORTÉS a Emserchía, el grupo del señor CAVALLY PAPA ya había hecho acercamientos con la administración anterior, para celebrar el referido negocio jurídico, teniendo en cuenta las disposiciones legales aplicables a la materia.

En respuesta a dicha solicitud, destaca, se indicó que «la regla general es que los actos de las empresas de servicios públicos se rigen siempre por el derecho privado salvo las excepciones legales, por lo que la tarea, según la Comisión, era la revisión de la normatividad aplicable al caso concreto»[41].

Aunque el concepto definitivo acerca de la necesidad o no de adelantar licitación pública se obtuvo posteriormente de parte de los abogados consultados, para el censor es claro que el convencimiento sobre la legalidad de la actuación contractual empezó a formarse desde el 2002, cuando era gerente HERNÁN DÍAZ, quien solo al final de proceso y previo a su renuncia objetó la minuta de la nueva sociedad por estimarla desfavorable a los intereses de la empresa pública y no porque no estuviera de acuerdo con la forma jurídica en que se hizo la asociación.

Como existió un interés previo del mencionado gerente en contratar con Hydros, no es viable señalar que tras el arribo del procesado a Emserchía, surgió en él un interés indebido en favorecer a CAVALLY.

1.1.2. Consulta del 17 de mayo de 2002, elevada por RAMIRO HERNÁN DÍAZ a HERMES HUERTAS, Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en la que pide «emitir un concepto referente a si es necesario concurso de oferentes (licitación pública) para seleccionar los socios gestores, o si se puede hacer

directamente dirigiendo[s]e por el derecho privado»[42] y sobre el entendimiento de los artículos 19.17, 27.7 y 32 de la Ley 142 de 1994, en concreto, si regulan todo el proceso de negociación o si sólo abarcan el acto de constitución a través de escritura pública.

Según el defensor, este elemento de conocimiento evidencia la diligencia con la que se obró, el origen de la convicción acerca de la legalidad que permeó todo el proyecto y los tratos preliminares con el grupo de CAVALLY desde el año 2002-época previa a la llegada de PABLO CORTÉS a Emserchía-, lo que se ratifica con los testimonios de RAMIRO HERNÁN DÍAZ y CAVALLY PAPA y la ampliación de indagatoria de CORTÉS.

1.1.3. Concepto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, suscrito por HERMES HUERTAS y dirigido al Gerente General de Emserchía E.S.P., RAMIRO HERNÁN DÍAZ, en el que se advierte, entre varias cosas, que para seleccionar los socios gestores se tendría que estudiar los estatutos de la empresa industrial y comercial del Estado, la norma de autorización municipal y, subsidiariamente, el Código de Comercio y se indican cuáles son los documentos que integran el acto constitutivo.

Alega el demandante que el referido concepto, junto con el de varios abogados, reitera que hubo diligencia y conciencia de legalidad por parte de las directivas de Emserchía, desde antes que CORTÉS RODRÍGUEZ llegara a la empresa y aprobara el proyecto de asociación y que el acusado se apoyó en una tesis jurídica proveniente de las autoridades públicas, razón que impedía al Tribunal considerar que el criterio sobre la vigencia del derecho privado, fue utilizado como un pretexto para beneficiar al aludido grupo empresarial.

1.1.4. Testimonio de LUIS EDUARDO BELALCÁZAR GARAY-gerente de Hydros Chía-quien contó que el gobierno nacional promovió los esquemas de asociación entre los municipios y el sector privado, lo cual ocurrió en relación con Emserchía y el grupo Hydros, habiendo sido asesorados por el Ministerio de Desarrollo, al punto que uno de sus representantes-AUGUSTO OSORNO-explicó en

el concejo municipal los alcances de la sociedad. También narró que no supo de alguna oposición en la fase prenegocial por parte de RAMIRO DÍAZ y que la prestación del servicio mejoró con la empresa Hydros Chía.

La importancia de esta prueba, a juicio del demandante, radica en acreditar que la creencia de su representado estuvo secundada por otras circunstancias específicas, tales como la política de fomento de asociaciones de municipios con el sector privado, impulsada por el Gobierno Nacional de turno, con el propósito de mejorar los servicios esenciales de agua, acueducto y alcantarillado.

1.1.5. Testimonio de AUGUSTO OSORNO GIL, Director Nacional de Agua Potable y Saneamiento del Ministerio de Desarrollo, el cual dio cuenta de las ocasiones en que visitó el ente territorial y las consultas que la administración formuló a dicha oficina.

Esta prueba confirma la convicción de CORTÉS RODRÍGUEZ y los restantes miembros de la Junta Directiva de Emserchía, de encontrarse actuando acorde con el ordenamiento jurídico y de procurar el mejoramiento constante de los servicios públicos domiciliarios del municipio, la ausencia de algún interés en provecho propio o de los gestores y el acompañamiento del gobierno nacional en el proceso de constitución de la nueva sociedad.

1.1.6. Testimonio de HERNANDO QUINTANA CAMACHO, Concejal de Chía para la época de los hechos. Indicó que Hydros Chía surgió ante la necesidad de lograr la eficiencia y cobertura que Emserchía no tenía, dado que no era una empresa solvente; que su gerente estuvo de acuerdo con el proceso de asociación y que este tuvo la aquiescencia del gobierno nacional, aval que fue manifestado ante el Concejo de Chía.

1.1.7. Declaración de MIGUEL FERNANDO RIVERA VILLAMIL, comunicador social de Satelvideo, que controvierte la supuesta falta de transparencia y publicidad durante el proceso de asociación, en tanto señaló que a través de medios masivos de comunicación, se puso en conocimiento de la comunidad el proceso de conformación de la nueva sociedad. Así mismo, confirmó que el proyecto estaba siendo socializado en el municipio de Chía, aún antes de que el procesado llegara a Emserchía.

A su vez, afirmó que, como servidor público, PABLO CORTÉS siempre propendió por la publicidad y transparencia del proyecto y que, aun cuando sabía que era innecesario realizar convocatorias públicas o privadas, Emserchía tuvo noción de otras propuestas de asociación con gestores privados, particularmente uno de Cali, lo cual aparece respaldado por el Acuerdo No. 1 y las Actas 002 del 20 de marzo de 2003 y 004 del 28 del mismo mes y año.

1.1.8. Declaración de MANUEL ANTONIO ALONSO RODRÍGUEZ, periodista del canal Satelvideo, quien sobre la publicidad dada al proyecto de Hydros Chía, narró que el mismo fue presentado al Concejo Municipal, que contó con la participación del Ministerio de Desarrollo, que se llevó a cabo para poder cumplir con el programa de infraestructura para el plan maestro de alcantarillado y que tras su concreción se empezaron a ver sus beneficios-obras en el manejo de aguas-.

Lo anterior le permite al abogado esgrimir las siguientes conclusiones:

a) CAVALLY tenía interés en asociarse con Hydros Chía desde el año 2002.

b) RAMIRO HERNÁN DÍAZ, era consciente de la iniciativa, pues desde el mes de mayo formuló derechos de petición a la Comisión de Regulación de Agua Potable y la Superintendencia de Servicios Públicos, entidades que aconsejaron la utilización del derecho privado para llevar a cabo el proceso de asociación.

c) Tales conceptos fueron complementados con la opinión de los abogados JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO, MAURICIO FAJARDO y la firma Gómez, Ariza, Cabrales y Asociados, los cuales también recomendaron la vía del derecho privado.

d) Las objeciones de RAMIRO DÍAZ a la constitución de Hydros Chía nunca se refirieron a aspectos jurídicos, sino a la conveniencia económica del proceso, lo cual resulta trascendental, en la medida que al acusado se le reprocha no haber realizado un procedimiento de concurrencia de oferentes.

e) Aunque con el grupo Hydros se celebraron diferentes reuniones y se conformó la nueva sociedad, tales acercamientos tuvieron lugar mucho tiempo antes de la entrada de CORTÉS RODRÍGUEZ a la empresa Emserchía, motivo por el cual aquel se encontraba amparado por una auténtica convicción de legalidad, ante las recomendaciones jurídicas de las entidades públicas y los abogados consultados en el sentido de aplicar el derecho privado y no convocar a licitación.

f) PABLO CORTÉS jamás favoreció a un tercero de forma arbitraria y desinformada, por cuanto mientras era miembro de la junta directiva de Emserchía y bajo la gerencia de RAMIRO DÍAZ, supo de las consultas hechas a la Comisión de Regulación de Agua Potable y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Este contexto, a la postre, direccionó todas las actuaciones del procesado enderezadas a aprobar la conformación de la nueva sociedad, como finalmente ocurrió.

Por las razones expuestas, el recurrente considera que la colegiatura no debía excluir los conceptos aportados a la actuación procesal, bajo la teoría de que los sujetos procesados eran servidores públicos que tenían la obligación de actuar en cumplimiento de los principios que rigen la función pública, contemplados en la Constitución y la ley. Tampoco, dice, el juez plural podía juzgarlos como incompletos y argumentar que «correspondía a los funcionarios auscultar bien las normas»[43], ya que esto ignora que la junta directiva consintió en la constitución de Hydros Chía conforme al asesoramiento que recibió a través de los referidos conceptos, mismo que fue transmitido al acusado cuando llegó a Emserchía.

Así las cosas, en el supuesto de haberse desconocido los principios de la función pública, lo fue porque se incurrió en un error invencible, debido a que hubo un convencimiento razonado sobre la legalidad del trámite, y, por ende, sobre la vigencia de los referidos postulados.

Adicionalmente, arguye, el acompañamiento realizado por el gobierno nacional de aquel momento, reflejado en la política estatal anteriormente referida, resultó crucial en la actuación de CORTÉS RODRÍGUEZ; circunstancia ésta que fue evidentemente desconocida por las instancias.

De otra parte, las declaraciones de HERNANDO QUINTANA CAMACHO, MIGUEL FERNANDO RIVERA y MANUEL ALFONSO prueban, contrario a lo estimado por los jueces, que sí se cumplió con los postulados de transparencia, publicidad e imparcialidad, habida cuenta que se trató de un proyecto debidamente socializado con la comunidad.

Por su parte, advierte que si bien no se acataron las exigencias de publicidad y transparencia en los términos de la Resolución 151 de 2001, lo fue porque el encausado estaba convencido de la no obligatoriedad del proceso de licitación pública. Con todo, él y los demás miembros de la Junta

Directiva de Emserchía propiciaron los espacios de publicidad y transparencia necesarios y, por ello, deben ser apreciados como resultado de su comprensión jurídica sobre la materia, condicionada también por los conceptos y el aval del gobierno.

El censor cree que su asistido no puede ser juzgado «con el rasero de la posición jurídica que se considere era la más acertada en el caso concreto»[44]. Se debe auscultar, opina, en cambio, si su comportamiento constituye un injusto culpable, para lo cual se debe tener en cuenta «aquella representación de la realidad que tuvo en el momento de los hechos relevantes (...) y que puede inferirse de los conceptos que tuvo a su alcance para formarse una convicción de legalidad del proceso que se llevó a cabo con el grupo de socios privados»[45].

Para ahondar en el tema, asegura que estando proscrita la responsabilidad objetiva, se impone observar el conjunto de elementos probatorios, en contexto con las específicas circunstancias personales y sociales de CORTÉS RODRÍGUEZ, para comprender la percepción subjetiva que éste tuvo sobre los hechos, misma que lo condujo a adelantar la negociación con el líder del grupo privado, a discutir la minuta de constitución y a votar favorablemente la propuesta en la reunión de junta directiva.

Como normas dejadas de aplicar cita los artículos 7º, 232 y 238 de la Ley 600 de 2000 y 9 y 32.11 del Código Penal.

En este punto, afirma que no existe prueba de que su representado actuó con conciencia de antijuridicidad pues actuó convencido de que no había necesidad de convocatoria alguna y de la forma en que se constituyó Hydros Chía.

Así mismo, postula la existencia de un error de prohibición, «con base en la teoría de los elementos de valoración global del hecho, y con fundamento en la prueba valorada y dejada de valorar por las instancias, que indican que hubo diligencia y cuidado para asesorarse, lo cual deja vía libre a predicar la invencibilidad del error»[46].

Al respecto, admite que aunque su prohijado «pudo conocer desde el punto de vista fáctico un proceso contractual en el que claramente favoreció a un tercero, siempre pensó que no era un interés indebido, sino legítimo»[47], derivado de la convicción que surgió de la vinculación de Emserchía al proceso de negociación desde el año 2002 y de los conceptos obtenidos, lo que tornaba «natural que se propiciaran reuniones privadas con el líder del grupo de empresas privadas»[48].

Tras algunas precisiones de orden dogmático sobre la teoría de los elementos de valoración global del hecho, cuya fuente es la doctrina, para concluir que el interés indebido que se reprocha en el tipo es un elemento que califica la antijuridicidad de la conducta, insiste en que su procurado incurrió en un error de prohibición invencible porque no conoció el injusto de su comportamiento, habida cuenta que no le bastó su estudio particular sino que se valió de especialistas en el asunto, a fin de adelantar con mayor seguridad el proceso de selección de los socios privados, a más que según ROXIN «la tolerancia de una conducta por una instancia oficial puede fundamentar» un error como el mencionado y, en este caso, hubo un «fomento explícito de la forma de contratación privada con los socios que se asociaron con EMSERCHÍA», dada la política de Estado al respecto, la intervención de un delegado del Ministerio de Desarrollo en la socialización del proyecto y los conceptos de entidades públicas consultadas.

Además de reiterar que su cliente estudió los conceptos de JOSÉ BONIVENTO FERNÁNDEZ y MAURICIO FAJARDO, resalta que la preparación de aquel como abogado especialista en derecho administrativo no sirve para descartar la invencibilidad del error, porque se trataba de un tema complejo en el que incluso coincidió con el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en el trámite de una acción popular al señalar que no procedía licitación para la selección del contratista porque no aplicaba el estatuto general de contratación estatal.



Para cerrar este aparte, después de aceptar que un contrato puede ser legal pero estar viciado de un interés indebido, señala que, en este caso, no solo el proceso de contratación se sujetó a la juridicidad sino que en el enjuiciado existió la convicción de actuar conforme a derecho.

Solicita casar la sentencia impugnada y emitir fallo de reemplazo que absuelva a su asistido.

## 1.2. Segundo cargo

Por la senda de la causal primera, cuerpo segundo del canon 207 del Código de Procedimiento Penal, invoca la infracción indirecta de la ley sustancial-aplicación indebida del artículo 409 del Código Penal-por error de hecho en el sentido de falso juicio de identidad, el cual habría recaído sobre las pruebas que enseguida se enlistan, suscitando la falta de aplicación del canon 238 de la Ley 600 de 2000.

### 1.2.1. Acta No. 004 del 28 de marzo de 2003 de la junta directiva de Emserchía.

En un cuadro comparativo el letrado cita los apartes de lo que textualmente expresa la prueba y lo que se le hizo decir por los jueces.

En el primer segmento se lee que el presidente de la junta-CORTÉS-le hizo una réplica a un doctor JAHIR, en el sentido que, contrario a lo que éste opinaba[49], conoció de una proyección financiera presentada por Hydros, la cual analizó con SANTIAGO ECHANDÍA, AGUSTÍN CÁRDENAS y JORGE JIMÉNEZ. Así mismo, indica que «el tema jurídico de la posibilidad de llevar a cabo esta sociedad, está perfectamente claro para [ellos]»[50], como quiera que en la reunión anterior debatieron sobre las reuniones celebradas con otros proponentes, que el alcalde estuvo atento a escuchar otras posibilidades, que se habló de los municipios de Asocentro, que el gobernador propuso conformar una sociedad para el sistema de acueducto de Chía, que durante 18 meses se evaluaron otras propuestas y que, al final, se decidieron por Hydros «porque la ley lo permite» y «con ellos [han] logrado el acercamiento que [quieren] (...) [han] hecho las consultas con algunos juristas que están documentadas»[51].

Igualmente, dicho aparte refiere que el tema se discutió con el Ministerio de Desarrollo y que no se puede decir que no hubo transparencia en el proceso como cree el doctor JAHIR, quien piensa que debió utilizarse otro proceso de selección de acuerdo con algunas personas que tienen conocimiento sobre el tema, pues aquellos «también [tuvieron] la oportunidad de escuchar conceptos y tenerlos [allí]»[52], por lo que continúa con la decisión de someter a votación la minuta que había sido analizada previamente, particularmente, en punto de las tarifas que no irían a ser manejadas por el gestor sino por Emserchía. (Este segmento según el defensor fue omitido por el Tribunal).

En el segundo aparte, es decir, el dedicado por el letrado a citar «lo que se le hizo decir a la prueba»[53], la colegiatura advierte que en el Acta No. 004 del 28 de marzo de 2003, PABLO CORTÉS recordó que en la reunión anterior se discutió lo relativo a reuniones con otros proponentes, a la disposición del alcalde para escuchar otras posibilidades, al caso de los municipios de Asocentro, a la propuesta del gobernador de conformar una sociedad para operar el acueducto de Chía, a la evaluación por 18 meses de diferentes propuestas, a la asesoría de juristas y a la decisión final de continuar el trabajo con Hydros.

A partir de ello, el ad quem colige la evidente intervención directa del mandatario local en el trámite precontractual y la limitación para que otros interesados presentaran sus «propuestas concretas debidamente formalizadas documentalmente, dada la complejidad del objeto social de la nueva empresa a constituir y sus implicaciones para los habitantes del municipio de Chía, sino que de antemano y sin mayor análisis fueron descartadas, para continuar el proceso de selección de los socios gestores únicamente con los integrantes del “holding”, bajo el supuesto de que ello estaba permitido por la ley»[54].

Según el censor, el Tribunal infirió, de manera tergiversada, que «desde un comienzo no se permitió que otros proponentes hicieran sus ofertas, y que de antemano y sin mayor análisis fueron descartadas para continuar únicamente con los socios integrantes del grupo privado liderado por Cavally»[55], siendo que ello no es cierto debido a que en dicho documento consta que el procesado dijo que «se hicieron reuniones con otros posibles proponentes, que el alcalde popular de Chía estuvo con el Gobernador de Cundinamarca, y que en 18 meses se atendieron diferentes propuestas»[56].

De este modo, no podía señalarse que no se propició la publicidad del proyecto con otras empresas públicas o privadas, porque la prueba indica que sí hubo reuniones con otros proponentes y que se estudiaron otras posibilidades.

Otros aspectos que aparecían en el acta, pero que el ad quem ignoró tienen que ver con «la claridad con la que contaba la junta directiva en el tema jurídico, a raíz de los conceptos de derecho administrativo recibidos y estudiados (...) las consultas jurídicas debidamente documentadas que habilitaron a la junta para seguir el proceso con la empresa HYDROS, y optar por la modalidad de sociedad en comandita por acciones, (...) que se contó con la participación del Ministerio de Desarrollo; y (...), la debida ilustración que tenían del tema para afirmar lógicamente la transparencia del proceso»[57].

En este orden, indica, no es cierto lo señalado por la magistratura en el sentido que «la actuación de la junta directiva de Emserchía fue informal, arbitraria, movida por el único interés de satisfacer los intereses del grupo económico privado con el que finalmente se celebró la minuta de constitución, y alejada de los elementales principios que rigen la función pública, como la transparencia, eficiencia, publicidad y moralidad»[58].

1.2.2. Acuerdo No. 001, por medio del cual se decide la participación de Emserchía como socio comanditario de una nueva empresa de servicios públicos en comandita por acciones-con un porcentaje no inferior al 88% del capital social-y se faculta al gerente para suscribir la escritura de constitución, previa aprobación del texto definitivo por la Junta Directiva.

De dicho documento los juzgadores cercenaron que en los considerandos 5, 6 y 7 se alude al estudio y análisis de alternativas como la participación de Emserchía en una empresa con socios estratégicos especializados en la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado; a la realización de diversas reuniones con potenciales inversionistas-E.A.A.B., Consorcio Colombiano, Gobernación de Cundinamarca, Hydros Colombia S.A. y Asocentro-, por espacio aproximado de 18 meses y a la consulta con especialistas sobre el tema, el Ministerio de Desarrollo, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la CAR y consultores privados.

Pese a que el ad quem se refiere a este documento en el folio 65 de la sentencia, y el a quo menciona que el Acta 002 es importante porque en la reunión del 20 de marzo surgió el Acuerdo 001 a través del cual se facultó al gerente de Emserchía para suscribir la escritura de constitución, no se tuvo en cuenta que la decisión de fusión no fue arbitraria ni significó un interés ciego de favorecer los intereses del grupo empresarial que lideraba CAVALLY sino que estuvo precedida de estudios, consultas y reuniones con potenciales socios.

1.2.3. Acta No. 002 del 20 de marzo de 2003, de la reunión de la junta directiva de Emserchía de la misma fecha.

En un cuadro comparativo el letrado cita los apartes de lo que textualmente señala el documento y lo que se le habría hecho decir por los sentenciadores.

Así, el primer ítem señala que el doctor PABLO[59] opina que la suerte de los servicios públicos para los próximos años es un tema prioritario a definir para el Plan de Ordenamiento Territorial, así como para la empresa y el alcalde-quien ha hablado de ello en el Concejo y en la junta de gobierno-y aclara que «se han escuchado ofertas de algunos potenciales socios para Emserchía y se ha escuchado la oferta de la E.A.A.B., con la cual se está ejecutando un contrato de la compra de agua en bloque el cual es demasiado oneroso para la empresa y para el municipio, (...) que en concejo municipal reposan las actas y todos los documentos de las propuestas que han hecho los potenciales socios y comenta que (...) el 19 de marzo de 2003 con el Director de Agua Potable y Saneamiento Básico Dr. Augusto Osorno (...) el gobierno ha estado interesado en que las empresas de servicios públicos deben tomar sus propias decisiones a futuro y que la Junta Directiva realmente ejerza las funciones de definir las políticas macro de la Empresa de Servicios Públicos»[60].

En el mismo apartado se observa que la doctora LIGIA ÁVILA propuso que en el considerando sobre la libertad de asociación de Emserchía se diga que «se adelantaron reuniones de trabajo con diferentes empresas como potenciales socios e inversionistas estratégicos entre ellas la E.A.A.B., Consorcio Colombiano, Gobernación de Cundinamarca, Hydros Colombia y Asocentro, análisis que se ha realizado durante un espacio de tiempo de 18 meses»[61]. De igual modo, aseveró que la administración central, de manera juiciosa, adelantó estudios y escuchó varias propuestas al respecto.

Luego, PABLO CORTÉS dice que la junta está en condiciones de decirle al gerente que se asocie conforme a la Ley 142 y aclara que con Hydros se ha llegado a estar más cerca «y se han fijado las condiciones en que la empresa Emserchía quiere entablar con ellos la negociación [control del operador privado por su calidad de gestor, compromiso de inversiones en el 2003 del orden de los \$7000000000, solución del problema del alcantarillado], teniendo en cuenta las diversas reuniones que el señor Alcalde ha sostenido con la E.A.A.B., la gobernación, quienes ponían condiciones mucho más difíciles y dominantes respecto a Emserchía»[62].

En similar sentido, JORGE JIMÉNEZ destaca que la propuesta más favorable de cara a la comunidad y las tarifas es la de Hydros.

En cambio, destaca el demandante, lo que se le hizo decir a la prueba por el juez plural fue que el exalcalde tuvo gran injerencia en las reuniones de la junta directiva frente al compromiso de asociación con los privados y que el acta muestra que la junta directiva facultó al gerente de Emserchía para suscribir la escritura pública de constitución, oportunidad en la que GALVIS GALVIS sostuvo que había que aprobarla para iniciar el trabajo, dado que se trataba de una obra excelente y que la junta quedaba protegida.

Del referido medio cognoscitivo los juzgadores omitieron que i) se efectuaron reuniones con varios proponentes, al punto que LIGIA ÁVILA-apoyada por JORGE JIMÉNEZ-propuso que en el acuerdo de autorización para la constitución de la sociedad se incluyera tal hecho, ii) la decisión de fusión se adoptó con fundamento en estudios previos-lo cual fue resaltado por la mencionada señora ÁVILA y por el secretario jurídico PABLO CORTÉS RODRÍGUEZ, quien avaló la asociación conforme a la Ley 142-, iii) existía la percepción de que las condiciones que la E.A.A.B. hubiera impuesto a Chía eran costosas y desventajosas porque expresamente se dijo que «escuchado (sic) la oferta de la E.A.A.B., con la cual se está ejecutando un contrato de compra de agua en bloque el cual es demasiado oneroso para la empresa y para el municipio»[63] y iv) hubo acompañamiento del Ministerio de Desarrollo e «interés del gobierno en que las empresas de servicios públicos tomaran sus propias decisiones»[64].

#### 1.2.4. Acta No. 012 del 23 de diciembre de 2002, de la junta directiva de Emserchía.

En un extremo de un cuadro que contiene lo que textualmente dice la prueba, se observa que PABLO CORTÉS se refiere a la discusión que se había venido sosteniendo entre la junta directiva, el gerente y la administración central sobre la posibilidad de conseguir un socio operador de los servicios de acueducto y alcantarillado, y al diálogo con algunos interesados, luego, JAIRO GIRALDO lee el concepto del doctor BONIVENTO sobre el particular, y CORTÉS retoma la palabra para asegurar que «la conclusión es clara»[65] frente a la duda surgida en la junta directiva y en el alcalde, acerca de si era necesario abrir un proceso público-sobre todo cuando el delegado del Ministerio de Desarrollo hizo la exposición a los mandatarios de la Sabana-, en el sentido que se trata de una empresa que se rige por el derecho privado en el que aplica el Código de Comercio, con la única formalidad de elevar el negocio a escritura pública e inscribirlo en la Cámara de Comercio.

CORTÉS RODRÍGUEZ continúa su disertación señalando que tanto él como el secretario de gobierno tienen claro que se pueden asociar con un socio con el que han tenido algunas conversaciones, que han revisado algunas escrituras de casos similares como los de Mosquera y Melgar en las que «existen situaciones jurídicas que no [los] convence y la conclusión a la que [han] llegado es que ahí es donde [tienen ellos] que poner de [su] parte y efectuar los cambios, o sea lo que se haga sea a la medida de la empresa de servicios públicos de Chía, si bien es cierto la empresa no está en este momento por (sic) con una situación crítica, ni se parece a la empresa de Mosquera, lo que se está buscando es optimizar la rentabilidad y la efectividad de la empresa»[66], lo cual se puede obtener con Hydros, no solo aplicando el principio de buena fe, sino teniendo en cuenta que esta empresa ha explicado que existiría mayor rentabilidad proyectando su acción hacia otras localidades como Guaymaral, razón que los conduce a revisar la escritura pública de Mosquera a fin de corregir las fallas evidenciadas que no les gustan.

En la otra orilla del cuadro ilustrativo, se expresa que el ad quem valoró el acta al analizar el mérito del testimonio de RAMIRO HERNÁN DÍAZ GARCÍA, señalando que resulta intrascendente que este deponente no recordara lo narrado en su primera salida procesal, debido al paso del tiempo, máxime cuando lo contado por él en su declaración inicial está respaldado por las actas 10

y 12, «donde también se reflejan las inquietudes y reparos del testigo para ese entonces gerente de Emserchía, a la constitución de la nueva empresa»[67].

En criterio del jurista, el acta que nos ocupa se valoró de forma incompleta por el ad quem, en los apartes que a continuación se mencionan:

1.2.4.1. El concepto de JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ, respecto a la viabilidad del proyecto con la empresa Hydros, bajo «las previsiones del derecho privado y sin necesidad de adelantar procedimientos de convocatoria pública»[68], opinión que le permitió a la junta directiva de Emserchía adquirir la convicción acerca de la legalidad del proceso, en particular, a CORTES RODRÍGUEZ, quien tuvo un «impacto psicológico»[69] derivado de «la percepción de buena fama y prestigio»[70] del mencionado profesional del derecho, que lo condujo a confiar en su criterio y que corrobora que no actuó con conciencia de antijuridicidad, sino, incluso, con la idea de cubrir, mejorar y expandir la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado, desarrollar obras de infraestructura y buscar mayor rentabilidad, propósitos desatendidos por la colegiatura.

1.2.4.2. El estudio de los modelos de Melgar y Mosquera, basados en idéntico esquema de sociedad en comandita por acciones con socios privados, el cual sirvió como «criterio de motivación importante para constituir la sociedad Hydroschía (sic)»[71], máxime cuando el proceso penal que se inició en relación con Hydros Mosquera se precluyó en la fase de investigación, ya que no era viable deducir un interés ilícito en una empresa que no se regía por la ley de contratación.

1.2.5. Indagatoria de PABLO ENRIQUE CORTES y ampliación de la misma, ignoradas por el juez plural y apreciadas de forma no fidedigna por su inferior, pues sólo son citadas por éste para acreditar la cualificación jurídica del procesado y no para probar, contrario a lo narrado por RAMIRO DÍAZ, que CORTÉS no estuvo en la reunión del «18 de enero de 2002»[72], porque «no



estaba vinculado como funcionario del municipio de Chía, ni como Secretario Jurídico, ni como miembro de la Junta Directiva de Emserchía E.S.P.»[73]

El primero de los fragmentos de la injurada no considerado por los juzgadores, en criterio del libelista, es el que señala que se optó por la conformación de la sociedad en comandita luego de que la junta directiva evaluara, en varias oportunidades, diferentes alternativas y visitara otros municipios y empresas, figura a la que se acudió con el aval de la Dirección de Agua Potable y Saneamiento del Ministerio de Desarrollo, teniendo en cuenta que de esa manera, la empresa matriz es propietaria de la nueva firma en un mayor porcentaje y el socio gestor privado-Hydros- asume la responsabilidad de cumplir con el objeto social-prestación del servicio de agua y alcantarillado-y las obligaciones patrimoniales de forma solidaria e ilimitada, así como con las obligaciones de construir un nuevo sistema de alcantarillado y una planta de tratamiento que le permita prescindir del precio del metro cúbico impuesto, por muchos años, por la Empresa de Acueducto de Bogotá.

Tampoco se analizó, señala, el segmento en el que el sindicato expresó que su papel en la constitución de la empresa fue el de investigar y profundizar, «en el tema de prestación de servicios públicos en Colombia y convencer[s]e suficientemente sobre la transparencia del proceso y sobre la posibilidad de solucionar los problemas técnicos de servicios de acueducto y alcantarillado de Chía para ahí si dar [su] voto positivo como miembro de la Junta Directiva. Durante aproximadamente un año indag[ó] el tema a nivel nacional como política del gobierno Uribe, como antecedente en las actas de discusión en el Congreso previas a la aprobación de la ley (sic) 142 de 1994, el criterio del Ministerio de Desarrollo, la Superintendencia de Servicios Públicos, algunos destacados juristas del país y la capacidad y límites de acción de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, temas sobre los cuales investig[ó] y en [su] calidad de Secretario Jurídico del municipio de Chía, que [le] permitieron tener criterio jurídico para decidir»[74].

Igualmente, se desconoció, a juicio del litigante, lo narrado por el implicado sobre la existencia de estudios previos a la constitución de la sociedad de conveniencia técnica-a cargo de SANTIAGO ECHANDÍA y ERNESTO TORRES QUINTERO-y jurídica-concepto propio y de JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ y memorias de foros nacionales de servicios públicos-.

De la ampliación de indagatoria, en opinión del casacionista, no se tuvo en cuenta que CORTÉS reiteró que se acataron las recomendaciones del Ministerio de Desarrollo, de la Superintendencia de Servicios Públicos y de expertos y que agregó que en el plan de desarrollo y en las reuniones con RAMIRO HERNÁN DÍAZ[75] ya se hablaba de la vinculación de un socio privado, debido a la baja capacidad de respuesta de Emserchía para los retos de infraestructura.

Otros aspectos de la declaración no jurada del procesado, no apreciados por los juzgadores son los siguientes:

1.2.5.1. Era válida la negociación directa para la conformación de la nueva empresa, de acuerdo con la Ley 142 de 1994 y la Resolución CRA 151, porque para la época de los hechos no se había emitido la Resolución 242 y se contaba con los conceptos de JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO y MAURICIO FAJARDO.

1.2.5.2. CORTÉS RODRÍGUEZ conoció la propuesta de CAVALLY, a través de RAMIRO DÍAZ, cuando llegó a la junta directiva, momento para el cual no adoptó ninguna decisión sino que se dedicó a estudiar el tema. En ese cometido, se reunió con los expertos contratados por éste-Gómez, Ariza, Cabrales Asociados-, analizó los conceptos de BONIVENTO y de la Superintendencia, escuchó al representante del Ministerio de Desarrollo y finalmente votó a favor porque no observó ninguna ilegalidad.

1.2.5.3. La necesidad del operador privado al que aludía el plan de desarrollo, se justificaba «en términos de rentabilidad social, de eficiencia y calidad de los servicios públicos domiciliarios, para

ejecutar obras trascendentales de infraestructura que no ofrecía la empresa municipal, como redes y planta potabilizadora de agua, con el fin de responder a la demanda creciente de un municipio en expansión urbanística»[76]

1.2.5.4. CORTÉS no recuerda si BONIVENTO fue contratado por la alcaldía o por el gerente pero acudió a su oficina para enterarse de su criterio; FAJARDO fue contratado por el grupo Hydros y la firma Gómez, Ariza, Cabrales, Asociados lo fue por RAMIRO DÍAZ.

1.2.5.5. La junta directiva no realizó convocatorias para que se conociera del interés del municipio en asociarse porque ello sería función del gerente que socializó el tema en los medios de comunicación locales y en el concejo municipal.

1.2.5.6. Con el convencimiento de que no era aplicable la Ley 80 de 1993, CORTÉS RODRÍGUEZ estimó que no se vulneraron los principios de la función administrativa, aclarando que son diversos a los de la función pública.

Otro hecho inadvertido por el Tribunal es que el procesado ingresó a la administración municipal en marzo o abril de 2002 y su vinculación como presidente de la junta directiva se dio en septiembre del mismo año, lo cual descarta que CORTÉS hubiera podido asistir a la reunión del 18 de enero anterior, en la casa de CAVALLY, en Guaymaral, como lo sostuvo RAMIRO DÍAZ.

1.2.6. Testimonio de RAMIRO HERNÁN DÍAZ GARCÍA.

Luego de resumir lo extractado por el Tribunal de esta declaración e indicar que, en general, fue juicioso transcribiendo su contenido, el censor se duele de que no se hubiera tenido en cuenta una pregunta del procurador, que generó una tergiversación.

El Ministerio Público le preguntó al testigo si tenía conocimiento acerca de si CAVALLY le ofreció dinero a algún miembro del grupo de gobierno de GALVIS y aquel contestó «cuando el (sic) me ofreció el dinero, me manifestó que ya le había dado dinero al señor Galvis»[77], o sea, que respondió que no, pero el Tribunal dijo que CAVALLY le dio dinero al alcalde, desconociendo «que esta es una respuesta a una pregunta del señor procurador que en esencia involucraba a los miembros del grupo de gobierno del alcalde»[78], razón por la cual no se puede dar por cierto que PABLO CORTÉS recibió alguna dádiva u oferta económica para favorecer la propuesta del grupo Hydros o que se haya planeado la entrega de comisiones a la junta directiva, porque corresponde a una afirmación sin soporte probatorio.

En ese orden, considera que el juez de segundo grado incurre en tergiversación al aseverar que CORTÉS le dio a conocer a DÍAZ que «las comisiones para los integrantes de la junta directiva ya estaban definidas al igual que para el alcalde»[79].

Además, destaca que la respuesta del aludido declarante en la audiencia pública contradice lo narrado por él el 20 de abril de 2007, cuando manifestó que «en una conversación con el Dr. Cortés, este le dijo que porque (sic) no aceptaba la comisión, “que ya habían arreglado con Cavally todo el paquete de la junta y de algunos concejales”»[80], cuestión que pone en evidencia la violación del principio de la lógica de no contradicción.

1.2.7. Concepto de Gómez, Ariza, Cabrales, Asociados Ltda.

Esta prueba señala que Emserchía, en tanto empresa industrial y comercial del Estado de servicios públicos, está sometida al derecho privado, salvo las excepciones de ley. Así mismo, precisa que aplica el artículo 1.3.5.4. de la Resolución CRA 151 de 2001 que consagra el régimen de excepción al deber de celebrar por medio de procedimientos regulados que estimulan la concurrencia de oferentes, consagrado en su artículo 1.3.5.3., según el cual proceden tales procedimientos de publicidad en los contratos que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo para plazos superiores a 5 años, teniendo en cuenta que se trataba de un contrato de menor cuantía, que el presupuesto de la entidad para el 2003 era de \$10.712.644.307 y la menor cuantía corresponde a 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes en relación con las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 12.000 s.m.l.m.v. e inferior a 120.000 s.m.l.m.v., o sea que no sobrepasa los \$83.000.000.

Por su lado, la magistratura señaló que aunque este concepto hizo referencia expresa a la mencionada excepción derivada de la cuantía, que dejaba exento el monto del capital social de los mecanismos de selección objetiva, el mismo fue rendido respecto del proyecto de minuta presentado por el grupo privado a Emserchía que «de manera arbitraria, caprichosa, sin estudios técnicos que lo soportaran y justificaran, (...) incluyó como capital social la cantidad de \$50.000.000»[81], además que advirtió sobre algunas cláusulas que iban en detrimento de la empresa y de la comunidad de Chía, debiendo tomarse como un campanazo de alerta.

Según el recurrente, los jueces no advirtieron lo revelado por el referido concepto en punto del régimen privado aplicable a Emserchía por virtud de la Ley 142 de 1994 y la Resolución 151 de la CRA, considerando que se trataba de un contrato de menor cuantía y que los miembros de la junta directiva no fueron los que diseñaron la minuta ni tuvieron como excusa la cuantía para evadir intencionalmente la licitación y favorecer caprichosamente los intereses de CAVALLY, pues aquella fue determinada por el grupo Hydros, como se lee en el concepto.

A partir de lo anterior concluye que:

i) La convicción en la legalidad del procedimiento de asociación manifestada por su representado no es un pretexto para encubrir un interés indebido ni puede descartarse para «afirmar un injusto culpable por el hecho de la mera condición de servidores públicos, porque estos no son infalibles en sus conocimientos jurídicos, y su buen cuidado y diligencia como funcionarios se vio reflejada en el estudio y análisis de conceptos jurídicos que despejaron las dudas existentes, además de la gran credibilidad que les merecía las posturas de juristas de renombre y prestigio»[82].

ii) No puede juzgarse a su cliente y demás miembros de la junta directiva por no informar a los consultados sobre la duración de la sociedad y la cuantía pues esta última fue definida por el grupo Hydros, además que por los nulos conocimientos jurídicos del exalcalde de Chía y el gerente de Emserchía no era posible que tuvieran conciencia de tales detalles.

iii) No es verdad que no se haya gestionado la participación de otros socios, porque ello ocurrió incluso antes de que su asistido llegara a Emserchía, solo que finalmente se optó por Hydros, empresa con la cual se venían sosteniendo negociaciones de tiempo atrás.

iv) PABLO CORTÉS no estuvo inmerso en el pago de alguna comisión para favorecer al grupo de CAVALLY porque, en la audiencia pública, el testigo DÍAZ GARCÍA no mencionó tal cosa.

El demandante asegura que se excluyeron los artículos 7º, 232, 238 de la Ley 600 de 2000, 9, 12 y 32.11 del Código Penal y se aplicó indebidamente el canon 409 ejusdem.

A juicio del libelista, su prohijado incurrió en error de prohibición invencible porque, aún en su condición de abogado, interpretó equivocadamente el elemento del tipo: interés, llegando a la conclusión de que no incurriría en el delito, «lo cual solo se logra si se analiza aquella representación de la realidad que tuvo en el momento de los hechos relevantes, y que puede inferirse de los conceptos que tuvo a su alcance para formarse la convicción de legalidad del proceso que se llevó a cabo con el grupo de socios privados liderados por Cavally»[83].

En consecuencia, solicita casar la sentencia impugnada y emitir otra de reemplazo mediante la cual se absuelva a su procurado de la conducta por la que fue condenado.

### 1.3. Tercer cargo (subsidiario)

Con fundamento en la causal primera, cuerpo segundo del artículo 207 del Estatuto Adjetivo de 2000, demanda la violación indirecta de la ley sustancial-aplicación indebida del canon 409 del Código Penal-por error de hecho en la modalidad de falso raciocinio, que condujo a la infracción del precepto 238 del Código de Procedimiento Penal, el cual recayó sobre el testimonio de RAMIRO HERNÁN DÍAZ y los conceptos jurídicos de JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO y MAURICIO FAJARDO.

En relación con la primera de las pruebas mencionadas, el litigante cree que se vulneró el principio lógico de no contradicción al aplicar la regla de la experiencia según la cual «el paso del tiempo puede generar olvido en fecha, lugares y datos específicos»[84], a efecto de explicar que el deponente no se retractó ni entró en contradicciones, ya que, en criterio de la judicatura, «es plenamente comprensible que el testigo en su testimonio no haya sido fiel a los datos esgrimidos con claridad en la declaración inicial en la fiscalía, porque el testigo no tenía porque (sic) volver a repetir lo mismo que dijo en su declaración inicial o ahondar sobre temas sobre los cuales no fue interrogado, porque en la declaración inicial pudo consultar antes o durante la declaración los

documentos que aportó lo cual puede explicar su precisión, y porque del contexto probatorio del plenario sus afirmaciones encuentran sustento, por lo que no son inverosímiles»[85].

En cambio, el letrado opina que sí existió contradicción porque en la declaración rendida ante la fiscalía el testigo contó que PABLO CORTÉS le dijo que CAVALLY ya había arreglado el paquete de comisiones a los miembros de la junta directiva y a algunos concejales, mientras en la vertida en el juicio, no señaló nada de lo anterior, sólo dijo que el alcalde recibió una suma de dinero de CAVALLY y que éste le había ofrecido dinero a él, sin involucrar a ningún otro funcionario. Lo anterior denota una falta de coherencia interna del relato del testigo que fue convalidada por el ad quem.

Además, acusa al juez colegiado de incurrir en una falacia del uso indebido de la analogía al suponer que lo dicho por DÍAZ ante el ente instructor es verdad porque el resto de su narración tiene asiento en otras pruebas.

Siguiendo el principio aristotélico según el cual «es imposible que al mismo tiempo el mismo atributo pertenezca y no pertenezca al mismo sujeto en el mismo sentido»[86], concluye que no puede inferirse que la tesis en el sentido que PABLO CORTÉS conoció y fue favorecido con ofertas económicas para aprobar la minuta de constitución de Hydros Chía, «tenga un valor de verdad cuando de manera simultánea se considera su proposición contraria»[87]. Para inclinar la balanza hacia una de las dos premisas tendría que demostrarse con otros medios de prueba alguna de ellas, que no es el caso.

Las normas objeto de violación son idénticas a las mencionadas en el cargo anterior.



En cuanto a los conceptos de los dos profesionales del derecho objeto del falso raciocinio, luego de sintetizarlos, el defensor reprueba a la colegiatura por juzgar sus evidentes omisiones, siendo que ha debido analizar, conforme a las normas sustanciales aplicables, si el procesado pensó y actuó conforme a derecho. De este modo, estima, el ad quem marginó la regla de la experiencia que indica que «las personas suelen confiar en los conceptos de expertos especialistas en determinadas materias, para determinar su propia conducta en la vida social»[88].

Explica al respecto que:

En la vida social y en el contexto mismo de la sociedad, es un hecho verificable a partir de la experiencia habitual, que todas las personas actúan de acuerdo a unos fines que exteriorizan en el mundo a partir del desencadenamiento de procesos causales, previo a la selección de unos medios para alcanzar tales fines. Empero, en ámbitos de la vida social desconocidos y ampliamente regulados por normas jurídicas, leyes científicas, protocolos, metodologías o *lex artis*, las personas que no tienen la formación que se exige en dichos ámbitos, o que cuentan con una información que estiman insuficiente de cara a la complejidad del área en el que quieren incursionar, confían a especialistas la información que les sirve de norte para la planificación de sus actividades: el reo consulta al abogado, el padre de familia confía en las enseñanzas del maestro pedagogo o del psicólogo infantil, el empresario confía en su asesor contable para llevar sus estados financieros al día, así como también en el abogado que le asesora sobre los aspectos de derecho societario, comercial, tributario o financiero; el hijo confía en las enseñanzas de su padre, el católico en la doctrina del sacerdote, el gobierno en los conceptos de académicos, las entidades públicas y privadas en las asesorías y conceptos de sus contratistas. (...) En fin, en la vida social las personas confían en las opiniones de las personas más preparadas, confianza que se intensifica si se trata de los expertos más sobresalientes en sus respectivos campos de estudio por su trayectoria en la academia, por sus títulos académicos, por los libros y artículos publicados, por su trayectoria en el sector público o privado como asesores, por su experiencia acumulada en años en diversas instituciones como clínicas, colegios, fundaciones, universidades, firmas privadas, empresas, ONG'S; en el caso de los abogados, la confianza como fenómeno social se acrecienta de igual manera por la experiencia acumulada en libros, en investigaciones, en la cátedra, en el litigio, en asesoría a entidades públicas o privadas y en la rama judicial, como jueces o magistrados de las altas cortes. De igual manera, cabe mencionar la pertenencia a ciertas asociaciones científicas, académicas, decanaturas y puestos académicos en universidades, etc.[89]

Añade que lo expresado no se trata de una conjetura u opinión personal sino de un «juicio fáctico de la vida social»[90], de carácter notorio, verificable y que reviste universalidad y «hace parte del discurrir cotidiano de las personas naturales o jurídicas que buscan asesoría especializada, de tal modo que sus normales actividades empresariales se verían paralizadas si no confiaran en expertos que les indiquen la forma de conducirse de forma segura o lícita en determinados ámbitos abundantemente regulados»[91].

Lo anterior le permite al letrado afirmar que «los “profanos” confían en sus asesores, siempre o casi siempre. Así siempre o casi siempre que se contrata o acoge el concepto de un experto, se confía con seguridad en él, en su legitimidad y corrección»[92].

Aclara que esta máxima de la experiencia no puede ser refutada en el caso concreto, porque la cuantía de la minuta no fue definida dolosamente por el procesado o los otros miembros de la junta directiva, sino por el grupo Hydros y no bastaba argumentar, desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva que el procesado no podía alejarse de los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política por ser servidor público pues este tipo de funcionarios suelen apoyarse en expertos.

De nuevo, idénticas son las disposiciones legales objeto de violación a las señaladas en cada uno de los reparos.

Para cerrar, el demandante señala que el libelo tiene por propósito la reparación de los agravios inferidos con la condena a su representado, concretamente, de los derechos a la libertad, a la dignidad humana y al buen nombre, la efectividad del derecho material y el respeto de las garantías a los intervinientes y la unificación de la jurisprudencia en punto del error de

prohibición, «el alcance de los criterios de información y de reflexión en la determinación de la vencibilidad o invencibilidad del error, así como la viabilidad de predicar en nuestro ordenamiento penal la “teoría de los elementos de valoración global del hecho” en el contexto de la discusión sobre si el error sobre los elementos normativos del tipo penal es un error de tipo o de prohibición, todo con miras a garantizar, en conveniente debate jurídico y pluralista, una teoría del delito mucho más sólida y segura que elimine la arbitrariedad y la improvisación en la aplicación de la ley»[93].

Solicita admitir la demanda en los términos de la sentencia SU-635 de 2015 y, subsidiariamente, casar oficiosamente la sentencia ante una situación de ostensible violación de garantías fundamentales.

## 2. A favor de LUIS OLIVO GALVIS GALVIS

Tras identificar a los procesados y el fallo impugnado, el libelista reproduce los hechos y la actuación procesal como fueron concebidos por el Tribunal y postula dos censuras al amparo de la causal primera, cuerpo segundo del artículo 207 de la Ley 600 de 2000:

### 2.1. Primer cargo

2.1.1. Acusa varios falsos juicios de identidad por distorsión del testimonio de RAMIRO HERNÁN DÍAZ GARCÍA, derivados de que el ad quem hubiera considerado que dicha declaración «es un reflejo objetivo de lo que realmente aconteció, cuando semejante valoración que se le asignó le es

ajena al citado medio de convicción, toda vez que se le cercena cuando el Tribunal realiza y otorga valoración a apartes de la misma pero frente a otro ni tan siquiera los menciona, omite apartes cuando el testimonio es indivisible, les agrega hechos circunstanciales que no menciona el testigo, todo con miras de (sic) soportar sobre el mismo la condena por el delito de interés indebido en celebración de contratos»[94].

Según lo informa el letrado, las siguientes son las manifestaciones del referido testigo, no valoradas por el Tribunal:

2.1.1.1. A mediados de febrero de 2002, CAVALLY PAPA, en compañía de la ingeniera ARISTIZABAL, hicieron una presentación del proyecto ante el consejo de gobierno del municipio de Chía, lo cual demuestra que DÍAZ GARCÍA, como ex gerente de Emserchía participó, sin oponerse en la etapa precontractual con el grupo Hydros.

2.1.1.2. Ante la Fiscalía DÍAZ GARCÍA señaló que acompañó al alcalde GALVIS GALVIS a una reunión en la Empresa de Acueducto de Bogotá en la que les informaron sobre el interés de esta empresa en compartir su capacidad técnica, operativa y financiera sin costo alguno para Emserchía y en ofrecer mejores tarifas por metro cúbico-intención corroborada con el oficio No. 001635 del 26 de marzo de 2003, suscrito por la gerente de esa entidad-, pero en el juicio no mencionó nada al respecto pese a que fue interrogado sobre otros posibles oferentes. En todo caso, lo anterior prueba que sí se consultaron diferentes opciones de proponentes.

2.1.1.3. En su primera salida procesal, el deponente informó que el ingeniero HORMAZA, representante de una ONG, ofreció U\$20.000.000 de la Comunidad Económica Europea, que irían a ser invertidos en Emserchía; no obstante, en el juicio habló de un valor distinto y no recordó qué proyectos se iban a desarrollar con esos recursos.

2.1.1.4. Ante el ente instructor, DÍAZ GARCÍA sostuvo que en diciembre de 2002 se celebró una reunión relacionada con la propuesta de CAVALLY PAPA, en la que sólo aquél presentó objeciones frente a la minuta de escritura pública, pero en el debate oral señaló que la propuesta de Hydros era buena en cuanto a la proyección de obras.

2.1.1.5. En la fase de investigación DÍAZ GARCÍA aseguró que en las reuniones de junta de gobierno y junta directiva de Emserchía, llevadas a cabo en el 2003, expresó su desacuerdo con que los particulares tuvieran una posición dominante y reflexionó sobre el equilibrio financiero y económico, sobre todo, en la tasa interna de retorno y los índices de rentabilidad, asumiendo una posición radical a favor de los intereses de la empresa pública; en el juzgamiento, por su parte, donde el «principio de intermediación de la prueba»[95] resulta relevante, no se refirió a tales aspectos técnicos.

2.1.1.6. Aunque al órgano investigador el deponente lo enteró sobre las condiciones técnicas y financieras de Emserchía y los proyectos a desarrollar, al juez nada le expresó. Además, lo relatado por el testigo se contradice con los dictámenes del CTI y de los consultores privados que indican que Emserchía podía autofinanciarse y mantenerse pero debía optimizar su gestión y que no estaba en capacidad de financiar obras adicionales de acuerdo con el margen de utilidad del 2003.

El ad quem no se pronunció sobre la supuesta solvencia económica para iniciar obras de infraestructura.

2.1.1.7. RAMIRO DÍAZ le contó a la fiscalía los pormenores de la reunión celebrada el 18 de enero de 2002 en la casa de CAVALLY PAPA, pero al juzgador le dijo que no recordaba lo que allí se trató.

En este punto, se queja de que tal silencio del declarante no le haya merecido al Tribunal ningún comentario.

2.1.1.8. DÍAZ refirió en la etapa instructiva que, en el despacho del alcalde, CAVALLY PAPA lo requirió por los obstáculos que estaba poniendo al proyecto de asociación y que él lo enteró de los recursos ofrecidos por la Comunidad Económica Europea por valor superior a los 70 millones de dólares. No obstante, en la misma salida procesal señaló que eran 75 millones y ante el juzgado refirió que CAVALLY le ofreció \$150.000.000 y ser el gerente de la nueva empresa por 3 años para sacar adelante la asociación y le informó que ya había arreglado con el alcalde.

Critica que el deponente entrara en contradicción frente al valor de la ayuda internacional.

2.1.1.9. RAMIRO DÍAZ es inconsistente cuando en su declaración inicial señaló que pensó en formular denuncia pero no lo hizo porque se enteró que CAROLINA CARRIZOSA ya lo había hecho, mientras en el juicio negó haber considerado tal posibilidad y desconocer si se había presentado denuncia penal.

Lo revelado por el deponente se contradice con la carta de renuncia a Emserchía en la que no aludió a discrepancia alguna con el proceso de Hydros Chía y, en cambio, sí se quejó de otro contrato con Hydroplan. Sin embargo, la colegiatura no se pronunció al respecto.

2.1.1.10. A juicio del censor, la mayor parte de la declaración de DÍAZ GARCÍA ante el órgano investigador es un documento preelaborado porque exhibe datos, fechas, cifras, aspectos

técnicos, mientras que ante el fallador tuvo que ser requerido para que precisara las contradicciones en que incurrió, explicando este que a la diligencia inicial acudió con documentos de apoyo; sin embargo, de ello no quedó constancia en el cuerpo de la prueba. Sobre el particular, el ad quem no expresó nada.

2.1.1.11. El defensor opina que DÍAZ GARCÍA es un contradictor de su asistido y tiene interés directo en el proceso porque aquél admitió que, entre mediados de agosto de 2003 y octubre del mismo año trabajó en la campaña de CARBONELL a la alcaldía, quien es enemigo y adversario político de GALVIS y tiene como socio a ORLANDO GAITÁN, demandante de la acción popular por la creación de Hydros Chía. Pese a ello, en cuanto a este tópico, el juez plural no hizo ninguna consideración.

A continuación, el libelista se duele de la valoración asignada por el a quo al referido testimonio, pues estima que no merece credibilidad debido a las contradicciones internas y con el resto del acervo probatorio, de tal manera que lo cataloga de sospechoso «por su marcado resentimiento frente a LUIS OLIVO GALVIS GALVIS, contradictor político suyo, con interés directo en las resultas negativas de este proceso en contra de GALVIS GALVIS, manipulable y por tanto parcializado, como lo fue de la representación de la parte civil que llegó al extremo incluso de entregarle documentación variada en plena audiencia pública para soportar sus dichos»[96].

2.1.2. Denuncia, asimismo, varios falsos juicios de identidad, por cercenamiento, adición y tergiversación respecto de los medios de prueba que enseguida se enlistarán, precisando que tales yerros condujeron a desconocer que la creación de Hydros Chía no tuvo por fin colmar los apetitos lucrativos de su asistido y demás funcionarios públicos sino que surgió ante la imposibilidad financiera de Emserchía de prestar un buen servicio y de afrontar la construcción de obras de infraestructura.

2.1.2.1. Acuerdo No. 001 del 20 de marzo de 2003 del Concejo Municipal de Chía, a través del cual se autorizó la participación de Emserchía en una nueva empresa de servicios públicos y se autorizó al gerente para suscribir la escritura (el censor lo transcribe en su integridad).

2.1.2.2. Concepto de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en el que se informa a RAMIRO DÍAZ que los contratos de las entidades prestadoras de servicios públicos, en cuanto a su formación y demás aspectos legales, se rigen por el derecho privado, y se refiere a los casos que requieren licitación o procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes.

2.1.2.3. Informes o monografías de ingeniería civil sobre la actualización del plan maestro del acueducto de Chía mediante una planta de tratamiento y obras de captación de agua en algunas veredas, considerando la antigüedad de la tubería y el crecimiento poblacional.

2.1.2.4. Decreto 135 del 18 de julio de 2001-Plan de Ordenamiento Territorial 2001-2003-, en el que se habla de la conveniencia de mejorar la atención al usuario de los servicios públicos, de realizar estudios de demandas futuras y de reponer y mejorar la infraestructura.

2.1.2.5. Indagatoria de PEDRO MARÍA RAMÍREZ ORTIZ, que informó que Emserchía no podía acceder a créditos para la construcción del alcantarillado de la avenida Chilacos-costaba \$1.800.000.000-porque sólo tenía un cupo de crédito con el Banco de Bogotá de \$1.500.000.000, además que no se podrían atender las otras redes de alcantarillado y edificar la planta de tratamiento que venía siendo requerida en algunas acciones populares, por lo que se hacía necesaria la intervención del sector privado.



2.1.2.6. Indagatoria de LUIS OLIVO GALVIS GALVIS, la cual dio cuenta de la contratación de estudios previos de factibilidad y conveniencia y de la situación de la empresa, de cara al POT y la necesidad de hacer inversiones cercanas a los \$60.000.000.000, entre las que estaban la descontaminación del río Bogotá-por \$22.000.000-, el alcantarillado de la avenida Chilacos-por \$1.800.000.000, el alcantarillado de la vereda Bojacá-por \$1.600.000.000-, de manera que se optó por la asociación con Hydros, lo que fue previamente autorizado por el Concejo. Aunque Hydros recibiría el 10% más IVA de lo recaudado, a esta empresa le correspondería hacer las inversiones por un término de 10 años.

2.1.2.7. Indagatoria de PABLO ENRIQUE CORTÉS RODRÍGUEZ, presidente de la junta directiva de Emserchía. Narró que se evaluaron varias alternativas, se visitaron varios municipios y se profundizó jurídicamente en el tema de prestación de servicios públicos para convencerse sobre la transparencia del proceso.

2.1.2.8. Indagatoria de AGUSTÍN CÁRDENAS ROCHA, secretario de obras públicas de Chía y miembro de la junta directiva de Emserchía. Como la empresa solo hacía labores de mantenimiento y facturación y el municipio venía creciendo sabía que debía emprenderse la construcción, ampliación y modernización de las redes de acueducto y alcantarillado, para lo cual se buscaron varias alternativas y se solicitaron conceptos y estudios previos. El servicio ha mejorado tras la creación de Hydros Chía, con nuevas redes de alcantarillado y modernización de otras, así como en la atención al usuario.

2.1.2.9. Indagatoria de SANTIAGO ECHANDÍA GUTIÉRREZ. Informó que si bien Emserchía no tenía pasivos, estaba en entredicho porque no podía hacer inversiones y cumplir adecuadamente el servicio; así que se buscó una empresa privada que pudiera hacerlo, para lo cual se hicieron las consultas previas a la celebración del contrato.

2.1.2.10. Concepto de JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ en el que se señala que la selección de los socios de Emserchía debía hacerse conforme a las normas de derecho privado, al tenor de lo señalado en los artículos 32 de la Ley 142 de 1994 y 1.3.1.3., 1.3.2.1., 1.3.2.2., 1.3.5.2 y 1.3.5.5. de la Resolución 151 de 2001 de la CRA.

2.1.2.11. Concepto de Mauricio Fajardo, Abogados Asociados, en el que se establece que independientemente de la participación de dineros de la nación o de entidades territoriales, se aplica el derecho privado, de acuerdo con la Ley 142 de 1994.

2.1.2.12. Concepto de AUGUSTO OSORNO GIL-Director de Agua Potable y Saneamiento Básico y Ambiental-, que indica que en la minuta de constitución de Hydros Chía se debe expresar que «los activos que conforman la infraestructura de los servicios públicos domiciliarios son de propiedad del municipio de Chía y que los mismos son recibidos por los socios gestores para su usufructo, debiendo la nueva entidad constituir una póliza que garantice el buen manejo de tales bienes, que las obras que se realicen pasaran (sic) a ser propiedad del municipio, y que terminado el plazo de vigencia del contrato tales bienes como las obras deben ser restituidas al municipio»[97].

2.1.2.13. Análisis financiero y jurídico de la propuesta de Hydros, rendido por Gómez, Ariza, Cabrales Asociados Ltda., de contenido similar a los conceptos de BONIVENTO y FAJARDO, salvo porque alude a las excepciones de ley de la referida resolución 151 y no recomienda la figura de la sociedad en comandita por acciones para el caso de Emserchía dado el grado de responsabilidad subsidiaria de los socios gestores. El documento también muestra la reducción de los activos corrientes entre 1999 a 2001 y un incremento de las utilidades en el mismo lapso de tiempo, concluyendo que la empresa fue mejorando en esos años sobre todo en el índice de solvencia, por lo que se encontraba capacitada para cumplir con las obligaciones de corto plazo, que era necesario hacer control de fugas y pérdidas no técnicas y aumentar la cobertura rural, así como negociar con la E.A.A.B. una mejor tarifa de compra de agua en bloque y que era viable la aplicación del artículo 1.3.5.4. de la Resolución CRA 151 de 2001 que consagra el régimen de excepción al deber de utilizar procedimientos regulados que estimulen la concurrencia de oferentes, por razón de la cuantía.

2.1.2.14. Informe del CTI sobre los bienes de Emserchía y sus ganancias conforme a los balances de enero a marzo de 2003, en el que se concluye que dicha entidad contaba con una solvencia económica sólida para el momento de la constitución de la sociedad, que debió hacerse una reingeniería de gestión y administración para establecer cualquier transformación de la entidad y que no se encontró información que justificara la constitución de una nueva empresa, máxime cuando Emserchía dejó de percibir el 10% de las utilidades más el IVA y los dividendos decretados.

2.1.2.15. Informe de la Contraloría General de Cundinamarca en el que señala las difíciles condiciones financieras y administrativas de Emserchía para el año 2001.

2.1.2.16. Declaraciones de MARIO ÁNGEL-primer gerente operativo de Hydros Chía-y LUIS EDUARDO BELALCÁZAR-gerente de Gestaguas S.A.-que manifestaron que en el 2003 Hydros Chía logró créditos de aproximadamente \$8.000.000.000 que se destinaron al desarrollo del plan maestro de alcantarillado.

2.1.2.17. Testimonio de EMILIO FERNANDO SÁNCHEZ DÍAZ,-almacenista-quien indicó que lo pactado con Hydros podría ser beneficioso para el municipio, que Emserchía sí tenía la capacidad de hacer las obras requeridas pero en mayor tiempo que Hydros y que el stock de materiales fue entregado a esta empresa que, en el 2003, tenía la obligación de invertir \$9.000.000.000.

2.1.2.18. Testimonio de HERNANDO QUINTANA CAMACHO-presidente del Concejo de Chía-, el cual sostuvo que Emserchía era ineficiente e inoperativa, que el proyecto de creación de Hydros Chía se socializó en el concejo, que se discutieron otras propuestas, que algunos representantes del gobierno nacional explicaron en la sede del cabildo este tipo de proyectos y que la prestación del servicio mejoró con Hydros Chía.

2.1.2.19. Testimonio de GLORIA INÉS RODRÍGUEZ-directora de la emisora comunitaria de Chía-la cual informó que a través de ese medio de comunicación se difundió y socializó, incluso con la participación del alcalde, lo concerniente a la asociación de Emserchía con Hydros y que el servicio ha mejorado, hecho último este confirmado además por GUILLERMO VARELA ROMERO.

2.1.2.20. Testimonio de MIGUEL FERNANDO RIVERA-director del canal de televisión de Chía-, quien indicó que el proyecto de asociación sí fue socializado y que fue favorable para la comunidad.

2.1.2.21. Testimonio de AUGUSTO OSORNO GIL-Director Nacional de Agua Potable y Saneamiento del Ministerio de Desarrollo-a través del cual dio fe sobre el acompañamiento brindado al proceso de asociación de los municipios con entidades privadas para la prestación de servicios públicos domiciliarios y refirió las visitas que hizo al municipio de Chía.

2.1.2.22. Dictamen del contador JAIME RAMÍREZ MURCIA en el que se concluye que no se evidenciaron daños materiales con la constitución de Hydros Chía y que su propósito se cumplió, prueba que fue determinante para la absolución de los procesados por el delito de peculado.

2.1.2.23. Testimonio de RAMIRO HERNÁN DÍAZ GARCÍA. Indicó que solo hasta el 30 de junio de 2002 allegó el informe a la Contraloría porque a su llegada al cargo de gerente de Emserchía-15 de diciembre de 2001-no había soporte de contratos y de información fiscal, lo que conllevó a que no ejecutara los saldos para evitar meterse en problemas. El testigo también refirió que debido al desorden administrativo presentó denuncia ante el referido órgano de control fiscal y no ante la

Fiscalía porque no tenía certeza sobre la comisión de delitos, de lo cual también informó al Concejo y que el presupuesto se gastaba mayormente en la compra de agua a la Empresa de Acueducto de Bogotá.

Con fundamento en el mencionado deponente, el Tribunal presumió que «el contrato que conllevó a la creación de HYDROS CHÍA E.S.P. se elaboró de mínima cuantía con la única finalidad de desconocer los principios de publicidad y participación en el mismo por parte de varios oferentes, cuando se trataba en primer lugar de un contrato al que no aplican las normas del derecho administrativo, y en segundo, no obstante ello sí se le dio publicidad correspondiente, y era necesaria e inaplazable la creación de la nueva empresa»[98].

El defensor cierra este apartado criticando al Tribunal por considerar que el testimonio del referido sujeto es el reflejo objetivo de lo realmente acontecido, pues, por el contrario «está plagado de yerros, contradicciones y cargado de odio contra [su] prohijado»[99] y por advertir, que el resto de medios de convicción enlistados, prueban que la creación de Hydros Chía no procuraba satisfacer una finalidad de lucro ilegal y que no hubo dolo en el comportamiento de su procurado, máxime «cuando la valoración para establecer el interés de GALVIS GALVIS se origina supone o conjetura en el hecho de tener poder de nombramiento (sic) de unos funcionarios y por tanto él quería el resultado de interés indebido, en el cual como lo demuestra el proceso y los fallos de las instancias nunca se obtuvo beneficio o aprovechamiento alguno»[100].

Como norma violada enuncia el artículo 238 de la Ley 600 de 2000.

## 2.2. Segundo cargo

Acusa la infracción indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio el cual «guarda relación con el proceso intelectual de las inferencias que hace el Tribunal (...) a partir de los hechos indicadores que se relacionarían, para determinar la responsabilidad penal de [su] prohijado frente al delito de interés indebido en celebración de contratos»[101].

En concreto, aduce que el yerro recayó en el Acuerdo No. 001 de 1998, por medio del cual se adoptan los estatutos de Emserchía, porque con fundamento en él, teniendo en cuenta que señala que i) la empresa estará a cargo de una junta directiva, ii) el alcalde tendrá un representante permanente o temporal y iii) el gerente es nombrado por el mandatario local, el Tribunal dedujo que GALVIS GALVIS tenía una importante incidencia en esa empresa y se interesó indebidamente en el proceso precontractual para que le fuera adjudicado al grupo empresarial de CAVALLY PAPA, dada la facultad de aquél «de designar a los integrantes de la junta directiva y a su gerente general, al punto que nombró al Secretario de Obras Públicas, al Secretario Jurídico y al Director de Planeación Municipal como miembros de la junta directiva»[102].

En criterio del demandante, la máxima de la experiencia conculcada por el ad quem consiste en que «los servidores públicos aunque detenten incidencia en los nombramientos bajo su cargo, ello no determina que por ese hecho se pueda inferir mala fe e incluso responsabilidad penal por actuaciones de quienes estén bajo esa incidencia o poder»[103], regla que según el defensor está consolidada en el Estado colombiano, debido a que éste se rige por el principio de buena fe.

Opina que la inferencia del Tribunal es subjetiva porque «de hacer carrera (...), todos los servidores de nuestro país que ostenten poder e incidencia en el manejo de entidades públicas y por ende de los funcionarios que las dirigen, estarían es (sic) más bien cobijados por la presunción de mala fe en sus actuaciones»[104], sobre todo si se tiene en cuenta que, por disposición legal GALVIS GALVIS no podía pertenecer a la junta directiva de una empresa industrial y comercial del Estado.

La reflexión de la colegiatura, en sentir del impugnante, tampoco está soportada en el testimonio de RAMIRO HERNÁN DÍAZ GARCÍA ya que como se cree haberlo acreditado en el cargo anterior, a dicha declaración se le dio una valoración probatoria que le es ajena.

En punto de trascendencia, afirma que si no se hubiera incurrido en los yerros denunciados, se habría advertido que el hecho indicador considerado por el juzgador no incide en la responsabilidad de su cliente y que a los medios de persuasión citados en la primera censura se les dio un sentido diverso a lo que prueban, por lo que procede la absolución.

Los preceptos que estima conculcados son los artículos 238 y 284 de la y 1º y 83 de la Constitución Política.

Solicita casar la sentencia acusada y, en su lugar, absolver a su representado.

3. A favor de SANTIAGO ECHANDÍA GUTIÉRREZ y AGUSTÍN CÁRDENAS ROCHA

La apoderada reseña los sujetos procesales y los fallos de instancia e indica que la «[f]inalidad de esta casación excepcional»[105] es que se restablezca la presunción de inocencia, transgredida por el ad quem y, por ende, que se case la decisión impugnada.

Enseguida, compendia la cuestión fáctica y la actuación procesal y en lo que intitula «CAPÍTULO PRELIMINAR»[106], al amparo de la causal primera, postula «LA VIOLACIÓN DE UNA GARANTÍA FUNDAMENTAL: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA»[107], premisa ante la cual argumenta que se debieron aplicar los principios in dubio pro reo y de investigación integral.

Previa ilustración normativa, doctrinaria y jurisprudencial sobre la referida presunción, resume la denuncia y los fallos de instancia para concluir que su fundamento es subjetivo porque «habla de lo ilícito y lo indebido como un solo acto, sin desconocer que lo indebido puede estar desplegado en la culpa no en el dolo, no cumplir de forma completa con el deber que se le es exigible a una persona ante una situación, puede y debe trasladarse a la culpa y no como si fuere un elemento dolo»[108].

La abogada es de la idea que los juzgadores desconocieron los postulados arriba mencionados porque la fiscalía «tenía el deber de buscar a través de todas las pruebas recolectadas, aquellas favorables a las personas investigadas dentro de las cuales se observa de forma directa que no se tuvieron en cuenta los diferentes conceptos o dictámenes de personas especializadas en la materia»[109], incluso del Ministerio de Desarrollo.

En este punto, resalta que mientras el municipio de Mosquera tuvo la misma asesoría que la que recibió la junta directiva de Emserchía, cuyos miembros en uno y otro lugar no tenían la calidad de abogado, y se profirió preclusión en la investigación que se inició en dicho ente territorial, los aquí procesados siguen debatiendo su presunción de inocencia, como quiera que fueron condenados a raíz de un testimonio-no lo identifica-que «merece gran reproche por el interés político y demás pasiones que mueven al declarante, toda vez que para este caso la prueba debe ser de orden técnico, que pueda realmente demostrar el interés en celebrar dicho contrato, que se plasme el mismo a través de algún elemento probatorio»[110].



Agrega la jurista que si se tiene en cuenta lo alegado por ella en alguna oportunidad-no dice cuál-se acredita «un verdadero FALSO JUICIO DE EXISTENCIA, que se creó en la primera y segunda instancia por un FALSO JUICIO DE RACIOCINIO, en la valoración probatoria»[111], lo cual ubica el reproche en la causal primera.

Tras aludir a algunos aspectos dogmáticos del delito de interés indebido en la celebración de contratos, se refiere a la viabilidad de constituir una sociedad en comandita por acciones a través del contrato de asociación (artículos 1.3.4.9., literal 1, de la Resolución 151 de 2001 y 323 y 336-no específica de qué estatuto-) y recuerda que la junta directiva fue enterada sobre la crisis financiera que atravesaba Emserchía, causada, en esencia, porque el municipio no pagó el valor de los subsidios, generando el incumplimiento de las obligaciones con la EAAB y el plan de mejoramiento contable adoptado por la alcaldía.

Resalta que de la creación de la nueva sociedad se enteró a los entes de control (Contraloría, Procuraduría y Superintendencia de Servicios Públicos) y que la escritura pública de constitución de Hydros Chía exhibe cláusulas ventajosas para Emserchía pues i) esta empresa entregó la facultad de administración, pero no perdió la titularidad sobre los bienes (infraestructura) porque los dio en usufructo (artículo 1.3.1.3. de la Resolución 151 de 2001) ii) los socios gestores son los que responden ilimitadamente por las actividades al interior de la sociedad y parte de las utilidades retornan al objeto social, iii) la política estatal-documento CONPES-estimulaba para esa época la participación de la empresa privada en la prestación de los servicios públicos, tanto en el aporte de capital como en las actividades de gestión, máxime cuando lo que se pretendía era salir de la crisis económica y ix) Emserchía quedó con un alto poder disciplinador ante la posibilidad de liquidar a la nueva sociedad.

Amparada en los principios de confianza y buena fe, la libelista arguye que la condición académica y la experiencia laboral de sus prohijados-no son abogados ni contadores-, el tiempo del trámite y la asesoría jurídica que recibieron por parte de expertos de toda índole-incluso del Ministerio de Desarrollo-, les generó una creencia fundada en que no solo era viable sino jurídicamente posible y necesaria la conformación de la nueva entidad.

A juicio de la recurrente no está probado el interés ilícito de ninguno de los procesados, habida cuenta que la actividad estuvo enfocada en el anhelo de construir una sociedad permitida legalmente.

Reprueba el «ataque de moralidad que cuatro años después aparece en el denunciante»[112], el que tacha de contradictorio y de exhibir animadversión, enemistad y ánimo de vindicta-por razones políticas-contrá su asistido, por lo que considera que su versión debe ser estudiada conforme a las leyes de la sana crítica, sobre todo porque tiene antecedentes penales y su dicho es banal.

En caso de que sus asistidos hayan cometido un error en el cumplimiento de sus funciones, apela a la aplicación del artículo 32.10 del Código Penal, en tanto «actuaron con el convencimiento de que estaban haciendo algo legal o beneficioso para su beneficio o la comunidad»[113], que se ampara en los conceptos del Ministerio y de juristas especialistas en la materia (BONIVENTO FERNÁNDEZ, Mauricio Fajardo Abogados y Gómez Ariza, Cabrales, Asociados Ltda.).

Estima inadecuado que los juzgadores hayan analizado la situación de manera ex post y no ex ante, es decir, teniendo en cuenta un momento jurídico e histórico que no fue el vivido por sus procurados.

En consecuencia, deprecia revocar la sentencia de primera instancia y absolver a sus defendidos.

En un acápite que denomina «Disposiciones jurídicas que amparan la causal»[114], cita un fragmento de una decisión de la Corte Constitucional-no la identifica-sobre la presunción de inocencia e indica que el juez colegiado se equivocó al «da[r] por cierto que del material probatorio recaudado se encuentra prueba para demostrar el interés que (sic) [sus] prohijados en la celebración de dicho contrato»[115], al desconocer las manifestaciones de los acusados y al conferirle credibilidad a la declaración de cargo-no indica cuál-, cuestión que, en su sentir, conllevó a la vulneración de la presunción de inocencia y del principio de investigación integral.

En opinión de la litigante, si no logró probarse el peculado, «que sería la razón de ser de un interés indebido»[116], en tanto las instancias argumentaron que éste tenía por propósito «menoscabar el patrimonio del Estado y aumentar el de quienes aprobaron dicha contratación»[117], era necesaria la aplicación del principio in dubio pro reo.

Para la defensora la violación del postulado de investigación integral acaeció porque ni el ente instructor ni los juzgadores aludieron al «asesoramiento orientado de manera legal a la conveniencia de dicho contrato que definitivamente oriento (sic) el consentimiento de los hoy representados, para desdibujar cualquier apariencia de dolo en las manifestaciones por ellos realizadas»[118].

Posteriormente, dice proponer un cargo único, en el que con estribo en la causal primera, demanda la «violación directa de la ley proveniente de la falta de aplicación de normas sustanciales (falso juicio sobre existencia de la norma), vicio de juicio, que, a su vez, dió (sic) lugar a la aplicación indebida de varias normas sustanciales (falso juicio de selección y de existencia)»[119].

Explica que los falladores desconocieron la presunción de inocencia y el axioma de investigación integral y, por consiguiente, aplicaron indebidamente el artículo 410 del Código Penal.

A manera de introito, aduce que escogió esta modalidad de ataque porque se trata de un evento en el que se conculcaron los referidos postulados pese a que los falladores admitieron la falta de certeza sobre la existencia de la conducta o la responsabilidad penal de los acusados.

A renglón seguido, reproduce de similar manera a como lo hizo en el primer cargo, algunas consideraciones doctrinarias, legales y jurisprudenciales en torno a la presunción de inocencia y concluye citando el artículo 20 de la Ley 600 acerca del apotegma de investigación integral.

#### 4. A favor de PEDRO MARÍA RAMÍREZ ORTIZ

Identifica los sujetos procesales y la sentencia impugnada, transcribe los hechos de la manera como fueron consignados en dicha decisión, relaciona la actuación procesal y compendia las consideraciones plasmadas en ese fallo.

Enseguida, adviera que la demanda tiene por fin i) lograr la efectividad del derecho material, conculcado por la aplicación de la norma que consagra el interés indebido en la celebración de contratos, ii) salvaguardar el debido proceso probatorio y iii) la reparación de los agravios infligidos a su representado con la condena.

Invocando la causal primera y contemplando como normas medio vulneradas los artículos 7, 232, 237 y 238 de la Ley 600 de 2000 y como preceptos violados de manera indirecta los cánones 29 y 409 del Estatuto Sustantivo Penal, postula un cargo, en el que denuncia algunos falsos juicios de

identidad y un falso raciocinio, para lo cual inicia por sintetizar el fundamento probatorio de la sentencia acusada, particularmente, en relación con RAMÍREZ ORTIZ.

4.1. Falsos juicios de identidad. Los que habrían recaído en:

4.1.1. Declaración de RAMIRO HERNÁN DÍAZ GARCÍA rendida en la audiencia pública, la cual fue mutilada por el fallo de segundo grado «en las partes que acreditan que para la época, año 2003, en que se suscribió la Escritura Pública existían criterios diversos y encontrados sobre la necesidad o no de convocar a una licitación u otro mecanismo para ampliar la participación»[120].

Al respecto, la libelista hace ver que el Tribunal únicamente señaló que no podía contratarse de manera informal y lejos de los principios constitucionales de la función administrativa y la prestación de los servicios públicos «de tal manera, que por lo menos la concurrencia de oferentes mediante mecanismos distintos a la licitación pública, sí resultaba insoslayable»[121], ignorando con ello que, precisamente, según el testigo de cargo, subsistieron varias tesis encontradas sobre el particular.

4.1.2. Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo, que fue tergiversada por el ad quem por dos vías:

De un lado, porque mientras aquella decisión dice que en el acto jurídico de creación de Hydros Chía no aplicaba el artículo 39 de la Ley 142 de 1994 porque no fue suscrito por el municipio y no hubo enajenación de la propiedad accionaria de la empresa a la nueva sociedad pues conservó el

88% de participación, el fallo de segundo grado aseguró que debió acudirse a la concurrencia de oferentes mediante mecanismos distintos a la licitación pública.

Y, de otro lado, debido a que la providencia de naturaleza administrativa aseveró que, estudiada la escritura pública de constitución, no se percibe un ánimo de favorecer a los terceros, ni la afectación de los intereses de la empresa, del municipio o la colectividad, por lo que resolvió no amparar el derecho a la moralidad administrativa, pero el proveído acusado indica que «el solo interés o inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, permite la tipificación del delito regulado en el artículo 409 del C.P»[122] y que aquel es evidente cuando no se recibe y evalúa sino la propuesta del Grupo de CAVALLY.

4.2. Falso raciocinio «por violación de las reglas de la experiencia en la valoración de la prueba sobre el silencio en una junta directiva»[123].

Al respecto, el jurista critica a la colegiatura por inferir el interés indebido de RAMÍREZ ORTIZ en escoger empresas integrantes del grupo empresarial, como gestores de la nueva sociedad a partir de su pasividad en la reunión llevada a cabo tres días después de su posesión como gerente de Emserchía-20 de marzo de 2003-.

El profesional del derecho reprueba que el ad quem haya utilizado la regla de la experiencia[124] que expresa que «[c]uando un gerente es pasivo en una reunión empresarial es que existe un acuerdo mutuo con la persona que lo llevo (sic) al cargo»[125], siendo que «no puede afirmarse que esa sea una práctica constante y la verdad es que la pasividad puede tener múltiples razones, como por ejemplo desconocimiento total o parcial de los elementos de la discusión, resistencia pasiva, etc. que en el presente caso no se eliminaron»[126].

Concluye que la máxima empleada por el juez de segundo nivel «debe ser excluida pues el silencio no es un comportamiento que se de (sic) siempre o casi siempre que hay acuerdo previo»[127] y, en este caso, ella sirvió para dar por demostrado un acuerdo común entre RAMÍREZ ORTIZ y CORTES RODRÍGUEZ.

En el acápite de la trascendencia, previa rememoración en el sentido que su cliente fue condenado porque excluyó la recepción de otras ofertas, por la prontitud con que se suscribió la escritura pública tras su posesión y su actitud pasiva, el letrado insiste en que el fallo impugnado desconoció la concurrencia, para la época de los hechos, de posturas jurídicas disímiles sobre el particular, al punto que así lo reconoció DÍAZ GARCÍA y una sentencia contencioso administrativa consideró que no era necesario generar mecanismos para recepcionar múltiples ofertas.

Agrega, asimismo, que su defendido no tuvo un comportamiento pasivo en el trámite precontractual en el entendido que fue quien solicitó los conceptos de oficinas expertas a efecto de suscribir el contrato y tampoco existe prueba del acuerdo para favorecer al grupo empresarial.

Ante la incertidumbre que en criterio del demandante surge en relación con la conducta punible y la responsabilidad de su prohijado, estima que él no podía ser condenado.

Solicita casar el fallo condenatorio y reemplazarlo por uno de carácter absolutorio.

## CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal del 2000, la Sala inadmitirá las demandas, porque no reúnen las exigencias mínimas previstas en el artículo 212 del mismo Estatuto.

En orden a derruir la doble presunción de acierto y legalidad que recae sobre el fallo de segundo grado, el recurso extraordinario de casación debe ser elaborado por quien demuestre tener interés jurídico para impugnar, respetando las formalidades técnico jurídicas previstas en la ley y la jurisprudencia, según se trate de cada una de las causales establecidas en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

En ese sentido, el libelo debe ser íntegro en su formulación, suficiente en su desarrollo y eficaz en la pretensión, de tal suerte que se debe soportar en los principios que rigen el recurso extraordinario, en especial, los de claridad, precisión, fundamentación, prioridad, no contradicción, corrección material, crítica vinculante y autonomía, sin que sea viable argumentar a la manera de un alegato de instancia. La proposición de los cargos exige escoger adecuadamente la causal y el sentido de la violación y, concretar el disenso en términos de trascendencia.

Las impugnaciones que se examinan no acataron todos los presupuestos que rigen el trámite de casación, como pasa a verse.

1. A favor de PABLO ENRIQUE CORTÉS RODRÍGUEZ



## 1.1. Primer cargo

1.1.1. Cuando lo que se intenta acreditar es un error de hecho en el sentido de falso juicio de existencia, el casacionista está en la obligación de probar que el juzgador olvidó valorar un medio de convicción que tenía la capacidad probatoria de variar el sentido del fallo (omisión) o apreció, como si efectivamente se hubiera practicado, una prueba que no obra en el proceso (suposición), para dar por probado algún supuesto de hecho o derecho, con efecto trascendente en la decisión de fondo.

1.1.1.1. En el caso de la especie, el censor aduce que son ocho los medios de conocimiento que no fueron valorados por las instancias pese a que fueron legal y oportunamente incorporados a la actuación y le asiste razón parcialmente en tal afirmación, en la medida que verificados los fallos, se observa que por lo menos seis de ellos, en verdad, no fueron mencionados.

No obstante, desconoce el letrado que, no basta con la comprobación objetiva del yerro, es decir, con acreditar que un medio de convicción de los que integran el plexo probatorio no fue considerado por los falladores. Lo fundamental es demostrar que la valoración de tal elemento era indispensable porque contenía una información valiosa a los fines de la determinación adoptada.

No es este el caso, pues, sin excepción, se advierte que los medios de prueba cuya apreciación echa de menos el defensor y que, ciertamente, no fueron examinados por la judicatura resultan irrelevantes, de cara a la providencia confutada, habida cuenta que ellos exhiben similar contenido suasorio al analizado por las instancias a partir de otros instrumentos cognoscitivos.

1.1.1.1.1. Es así que, con los derechos de petición del 17 de mayo y 24 de julio de 2002, dirigidos, en su orden, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, por RAMIRO HERNÁN DÍAZ a fin de consultar sobre la necesidad o no de abrir licitación para la conformación de una sociedad en comandita por acciones, el defensor pretende probar que dicho peticionario «tenía una duda razonable sobre la forma de escogencia de los socios para la constitución de dicha sociedad»[128] y que antes de que su cliente-CORTES RODRÍGUEZ-ingresara a Emserchía ya se habían hecho acercamientos con el grupo empresarial de CAVALLY PAPA.

Sin embargo, aquellos fueron, justamente, los tópicos explorados por los juzgadores al estudiar, de un lado, los conceptos rendidos durante la fase precontractual por la referida entidad y por las tres firmas de abogados contratadas para dictaminar sobre la procedencia o no de la convocatoria pública y de otro, el testimonio de RAMIRO DÍAZ, quien, precisamente, manifestó que su nombramiento como gerente de Emserchía, lo cual tuvo lugar el 7 de diciembre de 2001, se consolidó, como se lo manifestara el alcalde GALVIS GALVIS, para lograr la concreción del negocio del agua con el aludido holding, evidenciando, entonces, las instancias, que desde un principio, subsistió el interés en favorecer a Hydros.

La Sala no comprende, en este punto, cómo estando probada la preexistencia de una inclinación de ánimo hacia dicha compañía por parte de la aludida administración municipal, los jueces no podían inferir igual interés en CORTÉS RAMÍREZ tras su ingreso a la junta directiva de Emserchía, máxime cuando los falladores relievieron que aquél, simultáneamente, era el secretario jurídico de la Alcaldía de Chía y en su injurada admitió que la facultad de delegación del alcalde sobre sus representantes en la junta directiva de Emserchía estaba permeada por una comunicación fluida en la que GALVIS GALVIS terminaba impartiendo directrices específicas frente a los temas a decidir en ese órgano colegiado y que se probó que el no acatamiento del querer del burgomaestre podía tener incidencia directa en la permanencia o no en el respectivo cargo de libre nombramiento y remoción.

1.1.1.1.2. De similar modo, además que el fallo de primer nivel muestra que el concepto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no fue ignorado, pues a él se refiere expresamente cuando recuerda que con este y otros conceptos los defensores intentan probar que «no se requería de licitación pública ni de ningún otro mecanismo que garantizara la pluralidad de oferentes»[129], es el mismo demandante quien indica que, al igual que las demás opiniones de expertos obtenidas por los procesados y examinadas por los sentenciadores, aquella da cuenta de la vigencia del derecho privado en el caso concreto.

En todo caso, está bien precisar que, incluso, no es exacto señalar categóricamente que dicho concepto determinó la procedencia de las regulaciones privadas, si al tiempo el censor aclara que tal documento afirma que para seleccionar los socios gestores se tendría que estudiar los estatutos de la empresa industrial y comercial del Estado, la norma de autorización municipal y subsidiariamente el Código de Comercio.

1.1.1.1.3. Tampoco se ofrece indispensable el testimonio de LUIS EDUARDO BELALCÁZAR GARAY-gerente de Hydros Chía-si se observa que lo narrado por él, esto es, que el gobierno nacional promovió los esquemas de asociación entre los municipios y el sector privado, lo cual ocurrió en relación con Emserchía y el grupo Hydros, habiendo sido asesorados por el Ministerio de Desarrollo, al punto que uno de sus representantes-AUGUSTO OSORNO-explicó en el concejo municipal los alcances de la sociedad, es información que llegó al expediente por otra fuente que sí fue evaluada por los juzgadores.

En efecto, la sentencia de primer nivel expresa que el testigo AUGUSTO OSORNO GIL, quien para la época de los hechos se desempeñó como Director de Agua Potable y Saneamiento Básico Ambiental del Ministerio de Ambiente, sostuvo que «era una política del Gobierno Nacional del presidente Álvaro Uribe Vélez fomentar la participación de capital privado en las empresas prestadoras de servicios públicos del orden estatal o territorial, por el alto nivel de corrupción e ineficiencia que caracterizaba algunas de ellas, y en tal virtud la dependencia a su cargo acompañó el proceso de conformación de Hydros Chía S. en C.A. E.S.P.»[130], solo que fue este deponente quien aclaró que «todo el proceso debía enmarcarse dentro de la legalidad impuesta en las normas constitucionales y legales que regulaban la materia»[131].

Esta constatación de la Sala, deja ver, de paso, que contrario a lo expresado en la demanda, no es cierto que se haya producido un falso juicio de existencia por omisión respecto del testimonio de AUGUSTO OSORNO GIL, el cual sí fue considerado por el juez de primer nivel.

Ahora, aunque en las sentencias no se percibe el análisis de algún medio de prueba que indique, como lo hiciera BELALCÁZAR GARAY, que la prestación del servicio de agua y alcantarillado mejoró con la empresa Hydros, es notorio que este tópico, en absoluto, corresponde al tema de prueba de este proceso.

Tampoco puede perderse de vista que, si bien este testigo narró que no supo de alguna oposición de RAMIRO DÍAZ en la fase prenegocial, no sólo el testimonio de este sujeto sino algunas actas de la junta directiva de Emserchía le revelaron a los juzgadores, de manera objetiva, justamente, lo contrario, luego, no se percibe cuál sería la relevancia de evaluar tal fragmento de la versión entregada por BELALCÁZAR.

1.1.1.1.4. La declaración de HERNANDO QUINTANA CAMACHO se ofrece insustancial, pues, de una parte, el conocimiento que exhibe sobre la aquiescencia del gobierno nacional y local-Concejo Municipal-al proceso de asociación y el consentimiento inicial hacia el mismo por parte de RAMIRO DÍAZ, fue auscultado por los jueces a partir de los testimonios recién reseñados de AUGUSTO OSORNO GIL y RAMIRO DÍAZ y, de otra, sobre el propósito de lograr eficiencia y cobertura en la prestación del servicio de agua y alcantarillado y la situación económica de Emserchía, los jueces examinaron, de manera conjunta los conceptos e informes contables que reposaban en la actuación, cuestión que incluso los llevó a absolver por el delito de peculado por apropiación:

Es así que el juzgador unipersonal señaló:

(...) al interior del proceso obran elementos de juicio que permiten señalar que Emserchía E.S.P. en los años 2001 hacia atrás presentó serias dificultades de todo orden; entre otras, no contaba con activos fijos que acrecentaran su patrimonio, por lo que presentaba debilidad en este rubro que le impedía acceder al sistema financiero en procura de créditos que le permitieran dar una mayor cobertura de los servicios públicos que prestaba. Pero esta situación cambió favorablemente para la Empresa cuando a iniciativa del Alcalde LUIS OLIVO GALVIS GALVIS, el Concejo Municipal, en sesión del 5 de septiembre de 2002 autorizó al Alcalde Municipal, para transferir en calidad de aporte a la empresa de Servicios Públicos de Chía EMSERCHÍA, las redes de acueducto y alcantarillado existentes en el municipio[132], lo que hizo que se incrementara notoriamente el patrimonio de la Empresa y, por ende, la capacidad de endeudamiento también se acrecentó.

También hay que mencionar que los gerentes que estuvieron en cabeza de la empresa en los años 2001 y 2002 adelantaron eficiente gestión pública, reconocida por el Concejo Municipal, que permitió solucionar y mejorar muchos aspectos, como la pérdida de agua no contabilizada y la cancelación de la deuda que se tenía con la empresa de Acueducto de Bogotá, además de que al finalizar el 2002 no debía suma alguna a los bancos y existía muy buena cultura de pago por parte de los usuarios, equivalente a un 98%, lo que le permitía tener un muy buen flujo de ingresos por concepto de facturación, que a su vez era su única fuente de ingresos.

No obstante ese panorama, su capacidad de endeudamiento no era muy alta y, por ende, la posibilidad de emprender nuevos proyectos estaba limitada. Sobre el particular debe tenerse en cuenta que el exgerente RAMIRO HERNÁN DÍAZ GARCÍA en la sesión del Concejo Municipal del 26 de febrero de 2003, manifestó que la capacidad de endeudamiento de Emserchía para ese momento era de MIL NOVECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$1.950.000.000.00), pero observa el juzgado que ya parte de esa capacidad se había copado con un crédito otorgado por el Banco de Bogotá por la suma de MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.500.000.000.00) que

sería destinado para las obras de acueducto y alcantarillado a emprender en la avenida Chilacos del Municipio, que además contó con recursos provenientes de la Gobernación de Cundinamarca.

Así las cosas, no resultaba contrario a los fines del Estado, en cuanto hace relación a la eficiente prestación de los servicios públicos, que Emserchía explorara alternativas encaminadas a mejorar la prestación de estos, dada su escasa posibilidad de emprender las obras necesarias por sí misma, atendiendo también que la población del municipio de Chía, para ese entonces, crecía en forma acelerada. Por tal razón, el esquema escogido por la empresa Emserchía E.S.P., que estaba contemplado en la ley (sic) 142 de 1994 y, además, era una política del gobierno nacional de ese momento, en principio, sería una solución adecuada para cumplir con una eficiente y oportuna prestación de los servicios públicos.

Sin embargo, el camino escogido por los acusados no fue el correcto porque omitieron requisitos legales y antepusieron otros intereses que llevaron a que este despacho deba emitir condena por los delitos de CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES[133] E INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS.[134]

En cuanto a las versiones entregadas por los periodistas MIGUEL FERNANDO RIVERA VILLAMIL y MANUEL ANTONIO ALONSO RODRÍGUEZ, si bien ellas acreditarían que el proyecto de creación de Hydros Chía se socializó con la comunidad a través de los medios de comunicación radiales y televisivos de la localidad y en el Concejo Municipal, el letrado ignora, entre cosas que, dichos testimonios sí fueron escudriñados. El siguiente apartado del fallo de segundo grado así lo clarifica:

El hecho de que mediante diversos testimonios se acreditara que por medios de comunicación local y en el seno del Concejo Municipal de Chía, se haya dado a conocer el proyecto de creación de una nueva empresa prestadora de servicios públicos y surtido algún debate al respecto, ello carece de la virtualidad de superar las exigencias de convocatoria mediante publicación en diarios

de amplia circulación y difusión nacional, la publicidad y transparencia, previstas en la Resolución 151 de 2001 de la CRA, vigente para la época de los hechos.[135]

Además, inadvierte que en el juicio de reproche jamás se indicó, en términos categóricos que no hubo publicidad; lo que se señaló es que ella fue tardía, concretamente, en el mes de marzo de 2003, cuando el negocio con Hydros ya estaba prácticamente finiquitado, al punto que la propuesta de la Empresa de Acueducto de Bogotá llegó en las postrimerías del proceso.

Y es que, aún, si en gracia de discusión, la valoración de los referidos medios testimoniales le hubieran permitido a los falladores determinar que el proyecto sí fue adecuadamente publicitado, existen otros supuestos, igualmente incriminatorios y debidamente soportados en el acervo probatorio que permiten sostener la condena, empezando por la arbitraria selección de la cuantía del contrato a efecto de evitar cualquier mecanismo de concurrencia de oferentes, en los términos de la Resolución 151 de 2001, pasando por el favoritismo a una propuesta que se exhibía desventajosa para Emserchía y la existencia de sobornos en cabeza del representante del grupo empresarial Hydros hacia el alcalde, el gerente de aquella y los miembros de la junta directiva.

Ahora bien, si en el cargo que se examina no se postula la exclusión valorativa de los conceptos jurídicos que acogieron el derecho privado como régimen de contratación y, además, las providencias acusadas muestran que tales documentos sí fueron evaluados, eso sí, de manera diversa a lo aspirado por el censor, no se comprende por qué el censor critica a los juzgadores por ignorarlos acudiendo para el efecto a la tesis de que debían aplicarse los principios que rigen la función pública, por cuanto esta postura no corresponde a la demostración de un falso juicio de existencia por omisión sino a una visión particular del letrado que aspira a ser sobrepuesta sobre la de carácter judicial.

En el mismo sentido, bajo la senda escogida, el casacionista no podía reprobar el criterio, expuesto en las sentencias, según el cual los conceptos de los profesionales del derecho contratados

estaban incompletos porque ello no revela que se hubieren dejado de examinar esas opiniones sino que no se está de acuerdo con la imputación de un interés indebido en la celebración del contrato de constitución de Hydros Chía, derivado de que los procesados dolosamente inadvirtieron la incorrección de los aludidos conceptos jurídicos, habida consideración que los abogados consultados pasaron por alto-porque no fueron informados al respecto-el verdadero monto del negocio jurídico y el término de duración del contrato-20 años-, circunstancias que lo ubicaban por fuera de la menor cuantía.

Aunque el defensor alega en favor de su representado un error de prohibición invencible, es claro que tal postura se ubica al margen de los medios de prueba que le indicaron a las instancias que la excusa que, quizás, hubiera podido amparar el comportamiento de CORTÉS RODRÍGUEZ y los demás miembros de la junta directiva de Emserchía, asentada en los conceptos emitidos por algunos reputados especialistas que no encontraron necesaria la licitación pública o cualquier otro mecanismo de concurrencia de oferentes de los que habla la Resolución 151 de 2001 de la Comisión de Regulación de Agua Potable, carece de fundamento, habida cuenta que aquellos no solo se rindieron partiendo de premisas equivocadas en punto de la cuantía y el término de duración contractual sino que se utilizaron por los procesados como parapeto para esconder el interés oscuro e ilegal, de carácter económico, en favor propio y del contratista que realmente los movía a contratar con Hydros. Prueba de ello, son las reuniones por fuera del ámbito público en las que se acordaron las minucias del contrato y los sobornos a ser pagados por el negocio.

En consecuencia, no hay lugar a admitir la censura.

## 1.2. Segundo cargo

1.2.1. Siendo el falso juicio de identidad un defecto de naturaleza eminentemente objetivo, su desarrollo exige acreditar que el sentido literal de un medio de prueba fue cambiado para ponerlo a decir lo que no revela. Ello puede ocurrir por tergiversación, si se varía el contenido material de



la prueba; por adición, cuando se agregan aspectos o resultados fácticos no comprendidos por el medio de convicción; o por cercenamiento, si se suprimen hechos fundamentales del instrumento probatorio.

En cualquier caso, la postulación de este tipo de yerro, exige del casacionista el deber de identificar el elemento de conocimiento sobre el que recae, revelar en términos exactos tanto lo que dimana de él, de acuerdo con su estricto contenido material, así como lo apreciado por el sentenciador al respecto, y concretar el tipo de desfiguración (adición, supresión o tergiversación) en que haya incurrido el juzgador, para lo cual se debe efectuar el correspondiente cotejo entre los dos textos y rematar enseñando la incidencia del defecto en la decisión final.

El acatamiento de tales exigencias es indispensable, por cuanto se trata de una anomalía, se insiste, de carácter eminentemente objetiva, que para su comprobación requiere la constatación de la alteración del medio de prueba por parte del fallador, la cual, por ende, excluye cualquier reparo de índole deductivo, que de existir debe ser postulado por la senda del falso raciocinio.

Ninguna de las presuntas desfiguraciones probatorias denunciadas por el demandante se acredita en el caso concreto.

1.2.2. En realidad, asegura el jurista que del Acta No. 004 del 28 de marzo de 2003, la colegiatura omitió-o tergiversó porque no es claro-que en la reunión de la junta directiva de la fecha mencionada se habló de ciertas conversaciones que se sostuvieron con algunos proponentes y la evaluación por un lapso de 18 meses de sus propuestas, de la disposición del alcalde para escuchar otras posibilidades, de la proposición del gobernador de Cundinamarca de conformar una sociedad para operar el acueducto de Chía, de las consultas hechas a algunos juristas, de la participación del Ministerio de Desarrollo y de la decisión de contratar con Hydros y someter a votación la minuta.

Sin embargo, el aparte transcrito por el mismo libelista del fallo de segunda instancia, muestra que cada uno de esos tópicos fueron plasmados de manera literal en la providencia, lo cual descarta la supuesta desfiguración acusada por el recurrente.

Ahora, si lo rebatido es que a partir de dicho documento, el Tribunal infirió que el alcalde intervino de manera determinante en el trámite precontractual y desde un principio no se permitió que otros oferentes hicieran sus propuestas concretas y que sin mayor análisis se descartaron para dar paso únicamente a la del grupo Hydros, ha debido encaminar el ataque por la senda del falso raciocinio, identificando la ley de la sana crítica violentada por el juez plural.

Adicionalmente, el libelista deja de lado que los falladores no desconocieron la existencia de otros proponentes, pues lo que se reprochó es que los enjuiciados impidieran que aquellos accedieran oportunamente a la información contable de Emserchía, a efecto de que, en términos de equidad, tuvieran la posibilidad real de elaborar y presentar sus propuestas, lo que no ocurrió igual con los representantes de Hydros a quienes se les suministró, desde un inicio, todo el material requerido para que pudieran proceder en tal sentido. Un claro ejemplo de ello, es lo que pasó con la Empresa de Acueducto de Bogotá, la cual sólo hasta el 26 de marzo de 2003 manifestó, a través de su presidente, que de ser debidamente informada e invitada, harían la mejor oferta posible.

1.2.3. Algo similar se puede decir del presunto cercenamiento del Acuerdo No. 001 en el que se aludió a la reunión con potenciales inversionistas a lo largo de 18 meses y la obtención de varios conceptos públicos y privados, pues, si bien tal información no se evaluó en tanto componente de dicha prueba, sí fue considerada como parte de otros instrumentos probatorios de idéntico jaez, como la referida Acta No. 004, de la que recién se ocupó la Corte.

1.2.4. En cuanto al Acta No. 002 del 20 de marzo de 2003, el impugnante asegura que se omitió que a) se efectuaron reuniones con varios proponentes, b) la decisión de fusión se adoptó con fundamento en estudios previos, c) existía la percepción de que las condiciones que la E.A.A.B. hubiera impuesto a Chía eran costosas y desventajosas porque expresamente se dijo que «escuchado (sic) la oferta de la E.A.A.B., con la cual se está ejecutando un contrato de compra de agua en bloque el cual es demasiado oneroso para la empresa y para el municipio»[136] y d) hubo acompañamiento del Ministerio de Desarrollo e «interés del gobierno en que las empresas de servicios públicos tomaran sus propias decisiones»[137].

Al respecto, como viene de verse, es claro que los tópicos enunciados en los literales a), b) y d) sí fueron objeto de análisis por los juzgadores a partir de otros medios de convicción, luego, devendría intrascendente que las respectivas consideraciones de los jueces no se hayan atado a dicho documento.

Y, frente al aspecto señalado en el literal c), se reprueba que no se haya valorado la percepción sobre las condiciones costosas y desventajosas que hubiera impuesto la EAAB; sin embargo, no se entiende cómo tal conclusión se desprende de la referida acta, si ella, conforme a la transcripción que hace el libelista, no expresa aquello sino que para el momento de la reunión se venía ejecutando un contrato de compra de agua que era muy oneroso, distinto, por ende, a la oferta de asociación.

1.2.5. Aunque el litigante considera que del Acta No. 012 del 23 de diciembre de 2002 se suprimieron los apartes que se refieren al concepto del tratadista BONIVENTO FERNÁNDEZ, sobre la viabilidad del proyecto con Hydros, bajo las previsiones del derecho privado y al estudio de los modelos de Melgar y Mosquera, basados en idéntico esquema de sociedad en comandita por acciones con socios privados, y respecto de los cuales la investigación penal que se inició fue precluida, lo cierto es que ambos tópicos fueron examinados por los falladores, una vez más, no en relación con dicho documento, sino como un tema presente en otras pruebas.

Respecto al primero de ellos, es nítido que la opinión del doctor BONIVENTO en la que señaló que el contrato debía regirse por las reglas del Código de Comercio fue evaluada, en extenso, en

ambos fallos[138], concluyendo que «el jurista consultado no hizo ninguna referencia al literal d) del artículo 1.3.5.3., de la referida resolución de la CRA, que establece como contratos que deben celebrarse por medio de procedimientos regulados que estimulen la concurrencia de oferentes, “d) Todos los que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo para plazos superiores a 5 años”, lo cual puede explicarse en el hecho concerniente a que curiosamente no se le dio a conocer al consultado que el contrato tendría una vigencia de 20 años»[139].

La segunda cuestión también fue analizada por ambas instancias, las cuales señalaron que «si bien es cierto que, en los casos de constitución de Hydros Melgar e Hydros Mosquera, la fiscalía precluyó las investigaciones adelantadas contra los inculcados por el presunto delito de celebración indebida de contratos, tal y como lo señalara el juez de primer nivel, las valoraciones de orden fáctico, probatorio y jurídico allí plasmadas, no resultan vinculantes en el proceso que ocupa la atención de la Sala, pues cada evento tiene sus particularidades fácticas y probatorias, los referidos pronunciamientos constituyen precedente judicial, y la decisión que aquí se asuma debe corresponder a la realidad probatoria y a las normas llamadas a regular el asunto»[140].

1.2.6. Según el libelista, varios fragmentos de la indagatoria de su asistido no fueron valorados. Los más representativos se refieren a que i) no pudo haber estado en la reunión del «18 de enero de 2002»[141] en la casa de Guaymaral de CAVALLY, porque para esa época no estaba vinculado al municipio de Chía en calidad de secretario jurídico[142] o como miembro de la junta directiva[143], ii) la decisión de conformar la sociedad se adoptó después de explorar varias alternativas y estudiar el tema, para lo cual se valió de conceptos expertos-públicos (Ministerio de Desarrollo, Superintendencia de Servicios Públicos) y privados (JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ)-iii) la contratación procedía por la vía directa porque no se había emitido la Resolución 242, iv) la propuesta de CAVALLY la conoció a través de RAMIRO DÍAZ, v) la selección de un operador privado se justificaba para procurar rentabilidad social, eficiencia y calidad del servicio, vi) se consultó con tres firmas de abogados (BONIVENTO; FAJARDO; GÓMEZ, ARIZA CABRALES), vii) la junta directiva no hizo convocatorias porque era función del gerente quien socializó el tema en los medios de comunicación y en el concejo municipal y viii) no se vulneraron los principios de la función administrativa.

Lo primero a resaltar, es que la reunión llevada a cabo en Guaymaral (que contó con la presencia del propietario del inmueble-CAVALLY-, del entonces alcalde-GALVIS GALVIS-, del gerente de Emserchía-RAMIRO DÍAZ-, de los miembros de la junta directiva, entre ellos, CORTES RODRÍGUEZ y el abogado de Hydros-MAURICIO FAJARDO-), se celebró el 18 de enero de 2003 y no el 18 de enero de 2002, como sesgada y convenientemente lo afirma el demandante, oportunidad aquella para la cual es clara su vinculación laboral con la administración municipal.

Enseguida, es necesario recordar que los puntos ii), v), vi), vii) y viii) fueron temas ampliamente estudiados por los juzgadores porque fueron conocidos, como se ha venido señalando, a partir de otras pruebas, y, frente a los enunciados en los numerales iii) y iv) el defensor no explica cuál sería la implicación de la aludida Resolución 242 en la escogencia del régimen a aplicar en el contrato de asociación y tampoco indica la importancia de que fuera a través de RAMÍREZ que conoció de la propuesta de CAVALLY.

1.2.7. El letrado afirma que el Tribunal tergiversó una respuesta ofrecida por RAMIRO HERNÁN DÍAZ GARCÍA al Ministerio Público durante la audiencia pública, porque a la pregunta que indagaba acerca de si CAVALLY le ofreció dinero a algún miembro del grupo de gobierno del alcalde, el testigo respondió que cuando le ofreció dinero a él le dijo que le había dado a GALVIS y, sin embargo, el ad quem entendió que hubo un ofrecimiento a los miembros de la junta directiva.

No obstante, esta conclusión del libelista obedece a una visión fraccionada del testimonio de DÍAZ GARCÍA y de la valoración judicial del mismo. En efecto, el deponente deja de lado que los juzgadores auscultaron todas las salidas procesales del declarante siendo fieles a su contenido, de tal forma que además de referirse a lo contado por él en la vista pública sobre el ofrecimiento de dinero que le fuera hecho de manera personal por CAVALLY y la manifestación que éste le hizo de haber pagado lo propio a GALVIS, también analizó su declaración inicial ante la Fiscalía, donde claramente narró que al instarlo a recibir el soborno de CAVALLY, CORTÉS le dijo que el paquete de la junta y algunos concejales-el soborno-ya estaba arreglado.

En ese orden, no se percibe ninguna desfiguración de dicha prueba.

1.2.8. El impugnante falta, asimismo, al principio de corrección material, al señalar que los jueces no advirtieron lo revelado por el concepto de la firma Gómez Ariza, Cabrales Asociados Ltda., sobre el régimen privado aplicable a Emserchía por virtud de la Ley 142 de 1994 y la Resolución 151 de la CRA, en tratándose de un contrato de menor cuantía y el hecho de que los miembros de la junta directiva no fueron los que diseñaron la minuta ni tuvieron como excusa la cuantía para evadir intencionalmente la licitación y favorecer caprichosamente los intereses de CAVALLY, pues el monto de aquella fue determinado por el grupo Hydros, ya que, distinto a lo planteado por el censor, los proveídos objeto del recurso, sí examinaron, en su justa dimensión, tales aspectos, señalando que, precisamente, el error del concepto consistió en considerar que la cuantía definida en el proyecto de minuta sometido a examen de los abogados por parte de Hydros era de \$50.000.000, siendo que era infinitamente superior.

Finalmente, iguales argumentos a los consignados en la respuesta a la primera censura deben predicarse en esta oportunidad para descartar el error de prohibición invencible alegado por el demandante.

En estas condiciones, el reparo no puede ser admitido.

1.3. Tercer cargo (subsidiario)

Es indispensable recordar que el error de hecho por falso raciocinio se acredita cuando el ejercicio valorativo del funcionario judicial es trasgresor de los postulados de la lógica, de las leyes de la ciencia o de las reglas de la experiencia, es decir, de los principios de la sana crítica como método de apreciación probatoria.

Con tal fin, el libelista debe señalar con exactitud el medio de prueba sobre el que recae el yerro, identificar aquello que expresamente dice y se deduce de él, el mérito persuasivo otorgado por el juzgador, indicar y desarrollar con exactitud la regla lógica, la ley de la ciencia o la máxima de la experiencia aplicada erradamente al realizar el proceso valorativo de los medios de prueba, así como la que apropiadamente le debió servir de apoyo, la norma de derecho sustancial que indirectamente resultó excluida o indebidamente aplicada o interpretada y, finalmente, demostrar que, de no haberse incurrido en el defecto, el sentido de la decisión adversa habría sido sustancialmente opuesto.

En el caso de la especie, el jurista arguye que se vulneró el postulado lógico de no contradicción porque se consideró que RAMIRO HERNÁN DÍAZ no fue inconsistente en su relato, siendo que en la declaración rendida ante la fiscalía contó que PABLO CORTÉS le dijo que CAVALLY ya había arreglado el paquete de comisiones a los miembros de la junta directiva y a algunos concejales, mientras en la vertida en el juicio, no señaló nada de lo anterior, y sólo dijo que el alcalde recibió una suma de dinero de CAVALLY y que éste le había ofrecido dinero a él, sin involucrar a ningún otro funcionario.

Al respecto, desde la proposición del reparo, es palmario que no se evidencia la falta de coherencia interna propugnada por el defensor, como quiera que los puntos a los que se refiere el testigo en una y otra oportunidad no son idénticos como para poder elaborar el ejercicio de comparación respectivo, máxime si, como lo señalara el Tribunal, la versión entregada en la audiencia pública no corresponde a la repetición del testimonio de DÍAZ GARCÍA sino a su ampliación.

Tampoco se compadece con la realidad afirmar que se acudió a la analogía para suponer que lo dicho por DÍAZ ante el instructor es verdad porque el resto de su narración tiene asiento en otras pruebas, pues lo que los juzgadores expresaron es que, en general, el relato del procesado es consistente y está refrendado por otros medios de prueba.

Ahora, el censor pretende restarle credibilidad al aparte del referido testimonio en el que narra cómo, para alentarlo a recibir la remuneración económica ilegal ofrecida por CAVALLY, el procesado CORTES le comentó al deponente que el paquete para la junta y algunos concejales ya estaba arreglado, por carecer de un soporte probatorio adicional; sin embargo, no toma en cuenta que nuestro sistema procesal penal no demanda una suerte de tarifa legal que obligue a contar con más de un elemento cognoscitivo para afianzar el grado de certeza respecto de un supuesto fáctico.

Finalmente, el letrado arguye que al examinar los conceptos de BONIVENTO y FAJARDO, los juzgadores marginaron la regla de la experiencia que indica que «las personas suelen confiar en los conceptos de expertos especialistas en determinadas materias, para determinar su propia conducta en la vida social»[144].

No obstante, deja de lado los precisos razonamientos de las instancias que señalan que, en el caso concreto, dicha máxima sí fue considerada de cara a los conceptos de los reconocidos profesionales del derecho mencionados que indicaban la posibilidad de acudir a la modalidad de contratación directa, sólo que se estimó, contrario al querer del libelista, que no cabía la aplicación del principio de confianza, habida cuenta que existían otras circunstancias que descartaban tal posibilidad.

Así se pronunció el ad quem:



Ahora bien, al margen de que los servidores públicos a quienes concernía el adelantamiento de la fase precontractual dirigida entre otras cosas a la escogencia del socio o socios con los cuales constituiría la nueva empresa de servicios públicos domiciliarios, hayan obtenido conceptos favorables de juristas y de instituciones oficiales para la creación de la nueva empresa de servicios públicos domiciliarios con la participación de empresas privadas, advirtiéndose que el procedimiento estaba sometido al régimen del derecho privado, por así determinarlo especialmente el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, ello no significa per se que se encuentren aparados por el principio de confianza o que hayan actuado bajo el influjo de un error invencible como se alega por algunos de los censores en favor de sus representados, al haberse omitido deliberadamente surtir un trámite que garantizara de manera real y efectiva la concurrencia de oferentes; primero, porque teniendo la condición de servidores públicos, no podían desconocer que los vinculaban de manera insoslayable los principios consagrados en el artículo 209 de la Carta Política, que hacen relación a la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, a más de los generales de la contratación pública, esto es, los principios de transparencia y selección objetiva, segundo, porque todo indica que desde un comienzo surgió un interés indebido en que fuera un determinado grupo empresarial el que se asociara con Emserchía E.S.P., para crear Hydros Chía al no dar espacio para que otro u otros eventuales interesados pudiesen formalizar sus propuestas contando con la información requerida; tercero, porque para eludir la concurrencia de oferentes, deliberadamente se optó por fijarle al contrato una cuantía mínima, a pesar de que el mismo objeto social y sus implicaciones evidenciaba que su cuantía no era precisamente mínima, sino superior, como ya hubo oportunidad de analizarse; cuarto, porque en el procedimiento se surtieron actuaciones propias de un negocio de estirpe privada (reunión en un restaurante bogotano y diálogos sobre el contrato en la residencia de quien lideraba los intereses del grupo empresarial privado), pasándose por alto, que si bien el trámite contractual estaba regido por el derecho privado, él mismo no dejaba de ser estatal, debiendo así por los servidores públicos mantenerse la imparcialidad y decoro necesarios para garantizar la total transparencia en la selección de los socios y aprobación del contenido del contrato de creación y alcantarillado y, quinto, porque de acuerdo con el testimonio atendible del ciudadano Ramiro Hernán Díaz García, quien ocupó el cargo hasta el mes de febrero de 2003, debido a que formuló algunos reparos a la constitución de la nueva sociedad y al contenido de la minuta presentada por los únicos oferentes, quien lideraba el grupo empresarial privado le ofreció una importante suma de dinero para que colaborara en la concreción de la asociación, siendo informado por aquél, que el alcalde ya había recibido un anticipo y tenía garantizada su comisión, mientras el presidente de la junta directiva de Emserchía el doctor Cortés, buscó persuadirlo para que aceptara el ofrecimiento de Cavally Papa, comentándole que “ya habían arreglado con Cavally todo el paquete de la junta y de algunos concejales”, pero como no aceptó la propuesta, le fue exigida la renuncia que se vio precisado a presentar.[145]

El censor estima que el señalamiento del valor de la cuantía por parte de Hydros en la minuta de escritura pública de constitución de Hydros Chía, exime automáticamente a su cliente de cualquier responsabilidad. No obstante, nada dice acerca del argumento de las instancias según el cual una suma como la pactada-\$50.000.000-[146], resultaba absurda y desproporcionada respecto de un objeto social como el del contrato examinado, donde «por operaciones de venta (...) podía tener o superar ingresos anuales de \$7.399.348.976.00[147] (conforme al estado de resultados de enero 1 de 2002 a diciembre 30 de 2002 de Emserchía E.S.P., suscrito por el gerente general y un contador público)»[148] y el sólo inventario de los bienes entregados en usufructo por dicha empresa a Hydros Chía tenía un valor de \$773.894.863.64, cuestión que habría demandado de los servidores públicos investigados, en sana lógica, por lo menos alguna inquietud o resistencia.

Así mismo, no puede perderse de vista que los juzgadores resaltaron que hubo varias voces que se opusieron a la forma de selección del contratista, empezando por el revisor fiscal, luego, no podría argumentarse que, hubo homogeneidad en la idea de contratar de la manera como se hizo.

Agréguese que, el concepto rendido por Gómez, Ariza, Cabrales, Asociados Ltda. daba cuenta de una situación financiera regular o mala de dos de las empresas integrantes del holding y aludía a ciertos reparos frente a algunas condiciones desfavorables del contrato para Emserchía, cuestión que, sin embargo, como lo anotan los sentenciadores, curiosamente, no le mereció ningún reparo a los procesados.

Tampoco, en consecuencia, se admitirá este reproche.

Finalmente, es indispensable destacar que aun cuando, por virtud del artículo 216 de la Ley 600 de 2000, la Corte cuenta con la facultad oficiosa de admitir a trámite una demanda que no satisface los presupuestos de lógica y debida argumentación previstos en el canon 212 ejusdem, esta es una

potestad discrecional que no responde a la solicitud que con esa pretensión formule el recurrente, ya que por virtud del principio de limitación, la Sala está impedida para reformular o construir la demanda y el censor tiene la carga de elaborarla respetando todos aquellos parámetros.

## 2. A favor de LUIS OLIVO GALVIS GALVIS

### 2.1. Primer cargo

Habiendo aclarado en la respuesta a la demanda presentada por el defensor de CORTÉS RODRÍGUEZ, los requisitos de técnica y debida argumentación del error de hecho por falso juicio de identidad, en este aparte, la Corte únicamente se dedicará a mostrar cómo la censura que por esta senda se promueve no satisface los más mínimos presupuestos de demostración de dicho tipo de yerro.

En verdad, por una parte, es manifiesta la confusión argumentativa del recurrente al escoger esta modalidad de ataque para revelar su inconformidad frente a algunas presuntas contradicciones del testigo derivadas de suprimir o quizás introducir algunas variantes durante el juicio que contrastarían con su versión inicial, toda vez que, como es apenas obvio, ello no comporta mutilación alguna del testimonio por parte de los falladores, sino que apunta a acreditar una supuesta divergencia del relato del deponente, aspecto este que para ser cuestionado, tendría que haber sido ignorado por los falladores y denunciado por la senda del error de hecho por falso raciocinio, indicando, para el efecto, el postulado de la lógica, la regla de la experiencia o el criterio científico inadecuadamente aplicado por el juzgador, la máxima que, en cambio, debió regir el asunto y la trascendencia en la decisión acusada.

No fue este el derrotero seguido por el libelista, quien no solo omitió identificar el contenido probatorio objeto del cercenamiento y su correlato en el fallo acusado sino que tampoco acreditó que algún parámetro de la persuasión racional fue vulnerado por los sentenciadores.

En realidad, sin ningún desarrollo y apegado a una opinión personal de la forma en que ha debido ser analizada tal prueba, únicamente, destacó las inconsistencias que, a su juicio, surgen del cotejo del relato vertido por DÍAZ GARCÍA en la fase de investigación con el entregado en la etapa de juzgamiento-particularmente, con el silencio o imprecisión respecto a algunas circunstancias narradas en detalle en la primera salida procesal y con algunos otros medios de conocimiento (por ejemplo, los dictámenes del CTI y de los consultores privados y la carta de renuncia a Emserchía)-, en relación con la asistencia a una reunión en la Empresa de Acueducto de Bogotá por parte del testigo y el alcalde y los tópicos tratados en ella; el monto de dinero ofrecido por la Comunidad Económica Europea y la clase de proyectos en que sería invertido; la manifestación de objeciones técnicas expresada por el deponente en diversas reuniones, frente a la propuesta del grupo empresarial de CAVALLY y la escritura pública de constitución; los asuntos discernidos en la reunión del «18 de enero de 2002»[149] en Guaymaral; las cuestiones que debatió el declarante con CAVALLY en la sala de juntas de la alcaldía: la existencia del proyecto de la Comunidad Económica Europea y el ofrecimiento de \$150.000.000 y el cargo de gerente de la nueva empresa por tres años, más la información acerca de que éste último ya había arreglado con el alcalde, el motivo que lo llevó a no formular denuncia por estos hechos: o CAROLINA CARRIZOSA ya lo había hecho o nunca lo consideró y desconoce si se procedió en tal sentido y la razón por la que no expresó ningún reparo al proceso de negociación con Hydros en su carta de renuncia, pese a que sí lo formuló frente a otro contrato.

A lo dicho se suma, la transgresión del principio de corrección material derivado de señalar que ningún comentario le mereció a los falladores que ante la fiscalía DÍAZ GARCÍA exhibió datos, fechas, cifras y aspectos técnicos mientras que en la etapa del juicio, el juez de la causa lo requirió para que aclarara sus inconsistencias, ante lo cual aquél manifestó que en la primera diligencia contó con documentos de apoyo siendo que no se dejó constancia al respecto en el expediente.

En efecto, además que los fallos destacan cómo el paso del tiempo, en el caso concreto, y la falta de un interrogatorio y/o conainterrogatorio específico frente a algunos puntuales aspectos que fueron objeto de la primera salida procesal del deponente explicarían la no homogeneidad absoluta en su narración, se advierte que el de segunda instancia sí se ocupó del tema objeto de preocupación del censor, de la siguiente manera:

El hecho concerniente a que en el acta de la diligencia no se hubiera dejado expresa constancia respecto a que el deponente consultó documentos o notas de ayudas de memoria, como aquél lo refirió a la postre, no afecta la validez de la prueba, pues a lo sumo se constituye en una irregularidad.

Cabe destacar que en la parte final del acta correspondiente a la declaración, se dejó constancia en cuanto a que el testigo hizo entrega de actas de Emserchía, informe de gestión del año 2002, de auditoría externa, generalidades del proyecto de recursos de la Comunidad Económica Europea, informe de gestión y resultados del año 2003, en procura de corroborar la información mencionada, lo cual permite inferir razonablemente que el testigo pudo consultar antes o en el curso de la diligencia la referida documentación para suministrar de la manera más precisa y detallada, las fechas de algunos eventos, las cuantías de proyectos e inversiones y otros aspectos de interés.[150].

Igual defecto argumentativo cabe predicar de la acusación del libelista según la cual la colegiatura no hizo ninguna consideración acerca del motivo de sospecha que surgiría de que DÍAZ GARCÍA era contradictor político de GALVIS GALVIS, pues otra realidad dibuja el aparte del fallo de segundo grado que enseguida se transcribe:

Se hizo referencia por los señores defensores, a que en la valoración del testimonio no se tuvo en cuenta el hecho concerniente a que el testigo Díaz García reconoció ante la señora Juez Penal del Circuito de Zipaquirá que luego de su retiro de la gerencia de Emserchía se vinculó a la campaña política del señor Oscar Carbonell a la alcaldía de Chía, persona socia de Orlando Gaitán y demandante en una acción popular por la creación de Hydros Chía, de tal manera, que su resentimiento y rivalidad política viciaban la imparcialidad del testigo. Al respecto considera la

Sala, que el deponente no negó haberse vinculado durante algunos meses a la campaña política referida, pero el hecho de que el señor Carbonell sea socio o tenga vínculos con quien promovió una acción popular por la creación de Hydros Chía, no conduce a inferir que el testigo por complacer a terceras personas o por resentimiento derivado del hecho de que le fue solicitada la renuncia del cargo de gerente de Emserchía, haya optado por tergiversar aquello que fue de su conocimiento en la fase de estudio de creación de Hydros Chía o inventado lo concerniente a encuentros sociales privados con representantes del “holding” de marras y el ofrecimiento de comisiones o prebendas por parte del señor Cavally Papa en procura de lograr la escogencia de los socios privados por él liderados, la aprobación de la minuta de la sociedad y la protocolización de la respectiva escritura pública, para causar perjuicio no sólo al burgomaestre municipal de la época, sino a los integrantes de la junta Directiva de Emserchía y al gerente que fue designado en su reemplazo para finiquitar los trámites que se habían visto interferidos por los reparos que hacía al contenido del proyecto de minuta de creación de la nueva empresa cuestionada.

La afirmación de la defensa, en cuanto a que ello vició la imparcialidad del testigo, corresponde a una simple apreciación sin soporte objetivo en el proceso. Valga señalar, que de haber existido un resentimiento con los alcances predicados por la defensa o una confabulación política para incriminar falsamente a los procesados, era de esperarse que prontamente el testigo acudiera a la Fiscalía, pero contrariamente a ello, todo indica que luego de la dejación del cargo, se desentendió del asunto, y cuando se enteró varios años más tarde de que era requerido su testimonio, se presentó ante el órgano de persecución penal para dar cuenta de aquello que era de su conocimiento y allegar prueba documental.[151]

De otro lado, tampoco es verdad que se haya omitido valorar que, a mediados de febrero de 2002, CAVALLY PAPA, en compañía de la ingeniera ARISTIZABAL, hicieron una presentación del proyecto ante el consejo de gobierno del municipio de Chía, pues el siguiente aparte del fallo de segunda instancia lo contradice:

(...) señaló que con posterioridad a que la asesora contable y financiera de EMSERCHÍA E.S.P., (...) suministrara un informe confidencial al alcalde LUIS OLIVO GALVIS, a los integrantes de la Junta Directiva de la empresa referida y a varios secretarios de la administración (ostentando él para ese momento el cargo de Secretario de Obras Públicas) acerca del incumplimiento del gerente de

rendir informes, fue invitado por el burgomaestre al “Club del Chicó” donde hizo presencia el señor Belalcázar, quien se quejó respecto a que el gerente Martínez no les colaboraba para la realización de los estudios que necesitaban, ante lo cual el alcalde le dijo que no se preocupara “eso ya lo tengo resuelto, le presento al nuevo gerente de Emserchía, señalándome, esa fue mi primera noticia del nombramiento”, que como él le expresara las razones por las cuales no deseaba desempeñar ese cargo, el jefe de la administración le dijo “que lo necesitaba allá para que le ayudara a realizar el negocio del agua con esas personas refiriéndose a Belalcázar y sus amigos”, siendo nombrado el 7 de diciembre de 2001 como gerente encargado, asumiendo funciones el 15 de diciembre posterior, y desde ese momento hasta el mes de febrero de 2002 hizo entrega por orden del alcalde a la ingeniera Gloria Aristizabal enviada por el señor Cavally papa, de los estados financieros de la empresa, copia de los estatutos y resultados de gestión; es decir, toda la información requerida para establecer su situación económica, financiera, administrativa etc., efectuándose al cabo de ello una reunión de Consejo de Gobierno en la alcaldía, a la cual asistió Cavally Papa, efectuando una exposición sobre estimados, proyecciones e inversión de la nueva empresa (...)[152].

Según el defensor, el aparte supuestamente omitido-que, como se vio, no lo fue-demostraría que DÍAZ GARCÍA, como ex gerente de Emserchía participó, sin oponerse, en la etapa precontractual con el grupo Hydros. No obstante, desconoce lo que objetivamente establecieron los fallos en el sentido que, si bien dicho sujeto, en un principio, acompañó dicho proceso, al final optó por alejarse del mismo, al punto que, ante las objeciones que formuló y las consecuentes presiones y desavenencias con el mandatario local y el contratista, se vio obligado a renunciar a su cargo.

Tampoco reflexionó el jurista acerca de la explicación del testigo, brindada en su primera declaración y admitida como veraz por los sentenciadores, en torno a la causa que lo condujo a no motivar su carta de renuncia en punto de su inconformidad con el proceso de negociación con el grupo de Cavally, consistente en la disuasión que, a manera de favor, le manifestó CORTES RODRÍGUEZ, previo a que la presentara.

Finalmente, la falta de claridad del ataque refulge evidente por cuenta de la violación del principio de no contradicción, en la medida que, no únicamente, de manera indistinta acusa el cercenamiento, la tergiversación y adición de las pruebas que enlista[153], sino que no específica

respecto de cada una de ellas cuál es el fragmento objeto de la distorsión que reprueba, ni mucho menos hace la confrontación con las sentencias a efecto de lograr establecer si se incurrió o no en un falso juicio de identidad.

Solamente dedica su esfuerzo a identificar los medios de convicción en los que habrían recaído los yerros, a reseñar sucintamente el contenido probatorio de aquellos y a indicar que los defectos denunciados condujeron a desconocer que la creación de Hydros Chía no tuvo por fin colmar los apetitos lucrativos de su asistido y demás funcionarios públicos sino conjurar la imposibilidad financiera de Emserchía de prestar un buen servicio y de afrontar la construcción de obras de infraestructura.

En este punto, está bien resaltar, como se hizo atrás, que los falladores, de modo alguno, ignoraron los motivos de orden financiero que tuvo Emserchía para buscar la concurrencia de un socio, pues, justamente, partieron de la premisa según la cual, para la época de los hechos, dicha empresa tenía cierta solvencia económica que le permitía garantizar la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado en el municipio de Chía pero no para emprender el inicio de nuevas obras destinadas a expandirlo y modernizarlo, al punto que ningún juicio de reproche se elevó por tal circunstancia sino por la manera ilícita de seleccionar el proponente.

Tampoco inobservaron los jueces que se trataba de un contrato al que no le aplicaba el derecho público y que se dio cierta socialización al proceso de contratación, sólo que precisaron que, no obstante aquello, los acusados, por su condición de servidores públicos, no podían soslayar los principios que rigen la función pública, particularmente, los de selección objetiva y publicidad, máxime cuando, si bien la Resolución 151 de 2001 no imponía la licitación pública si obligaba a implementar mecanismos de concurrencia de oferentes cuando quiera que la vigencia del contrato fuera superior a 5 años e involucrara un objeto social de mayor cuantía.



Por último, todos aquellos reparos orientados a reprobar la inferencia de participación en el punible por la capacidad de influencia del mandatario local en sus subalternos con ocasión de su poder de nominación y el mérito positivo asignado al testimonio de DÍAZ GARCÍA-por razón de las supuestas contradicciones en que habría incurrido el testigo y el resentimiento profesado por el mismo en contra de GALVIS GALVIS-, no podían ser del resorte del falso juicio de identidad postulado, sino, si acaso, del falso raciocinio, siempre que hubiera demostrado la violación de las leyes de la sana crítica, cometido no emprendido por el letrado en este ataque.

Así las cosas, no se admitirá esta censura.

## 2.2. Segundo cargo

El demandante arguye vulnerada la máxima de la experiencia consistente en que «los servidores públicos aunque detenten incidencia en los nombramientos bajo su cargo, ello no determina que por ese hecho se pueda inferir mala fe e incluso responsabilidad penal por actuaciones de quienes estén bajo esa incidencia o poder»[154], regla que tendría asiento en el principio de buena fe.

De este modo, admite la capacidad nominadora de su cliente en el ente municipal y la junta directiva de Emserchía pero descarta la injerencia que pudiera haber tenido en sus subalternos, en tanto considera que de hacer carrera la tesis del Tribunal «todos los servidores de nuestro país que ostenten poder e incidencia en el manejo de entidades públicas y por ende de los funcionarios que las dirigen, estarían es (sic) más bien cobijados por la presunción de mala fe en sus actuaciones»[155].

No obstante, deja de lado que, en el caso concreto, la atribución de responsabilidad en contra de GALVIS GALVIS, surgió de la concurrencia y convergencia de la prueba indiciaria-entre la que, por supuesto, se cuenta con el indicio de oportunidad derivado del poder de nombramiento que tenía el acusado respecto de los coprocesados-con el resto del acervo probatorio, particularmente, el testimonio de RAMIRO HERNÁN DÍAZ GARCÍA, quien habiendo sido gerente de Emserchía conoció, a fondo, del proceso de negociación con Hydros Chía y por eso, narró cómo desde el día en que el alcalde lo nombró en el mencionado cargo le dijo que el propósito de esa designación era que le ayudara en el negocio del agua con los del grupo de BELALCÁZAR-otro de los representantes del holding Hydros-, finalidad que, de ahí en adelante, se fraguó con toda suerte de estrategias- publicidad no oportuna, reuniones sociales privadas, limitación del valor de la cuantía del contrato a su menor expresión, entre otros-y que finalmente encontró alguna obstrucción en el referido testigo, en tanto se opuso a los términos de la minuta de constitución de la nueva sociedad y se negó a recibir el soborno que de manera generalizada ofreció CAVALLY tanto a GALVIS GALVIS como al resto de miembros de la junta directiva, a efecto de concretar la asociación.

El libelista inadvierte, asimismo, que a pesar de que, por disposición legal, GALVIS no podía pertenecer a la junta directiva de Emserchía, en tanto empresa industrial y comercial del Estado, siempre estuvo al frente del proceso de contratación, al punto que los juzgadores lo ubicaron, con un papel predominantemente activo, en todas las fases de la negociación-públicas y privadas-.

Es así como, con fundamento en el plexo probatorio, los fallos afirman que ante la poca colaboración que venía prestando el gerente de Emserchía del año 2001-MARTÍNEZ-con el proyecto de asociación con Hydros, el alcalde lo removió para nombrar a RAMIRO DÍAZ GARCÍA, decisión que le fue comunicada en un almuerzo con BELALCÁZAR, en el Club El Chicó, bajo la promesa de que le ayudara a sacar adelante dicha aspiración; igualmente, informan que GALVIS GALVIS participó en varias de las reuniones de junta directiva de Emserchía-como lo probaron varias de las actas consultadas por los jueces-, estuvo presente en la reunión llevada a cabo en la casa de CAVALLY, ubicada en Guaymaral, donde se debatieron los pormenores de la escritura pública de constitución y DÍAZ GARCÍA se opuso a su protocolización, CAVALLY se molestó por su interferencia por lo que solicitó el concurso de GALVIS GALVIS para definir la suerte del negocio, ante lo cual éste tomó la palabra para atemperar la situación prometiendo proseguir con la iniciativa de asociación.

Las sentencias también constataron que el referido burgomaestre instó a DÍAZ GARCÍA para que se pusiera de acuerdo con CAVALLY dado el compromiso que tenía con él para viabilizar y firmar el contrato, convocándolo, entonces, para que se reuniera en la sala de juntas de la alcaldía con CAVALLY a fin de finiquitar la divergencia recién referenciada, oportunidad aprovechada por éste para ofrecerle dinero y el cargo de gerente de la nueva entidad por tres años y mencionarle que GALVIS GALVIS ya había recibido su porción.

Los proveídos acusados igualmente destacaron que, la renuncia de DÍAZ GARCÍA permitió la designación por el alcalde de un nuevo gerente: PEDRO MARÍA RAMÍREZ ORTIZ, que, siendo amigo de CORTÉS RODRÍGUEZ, se plegara al querer común del alcalde y el contratista-Hydros-, en procura de la pronta suscripción del instrumento público constitutivo de la nueva sociedad.

Además, los jueces advirtieron la falta de autonomía de los miembros de la junta directiva y, por ende, la influencia notoria y determinante en la celebración del contrato debido a que:

(...) su mismo secretario jurídico PABLO ENRIQUE CORTÉS RODRÍGUEZ durante el interrogatorio en audiencia pública sostuvo que "...la delegación que hace el señor alcalde implica permanentemente consultar con él los diferentes temas que se van a tratar en las juntas y el alcalde fija unas políticas en torno a lo que su delegado debe decidir..."[156], lo cual es elemento indicativo de que los miembros de la Junta Directiva, que a la vez eran secretarios de Despacho y, por tanto, designados por el Alcalde, no podían actuar de manera diferente a lo que él insinuaba o sugería, pues de lo contrario, posiblemente, tenían que dejar sus cargos, que no sobra recordar eran de libre nombramiento y remoción, como ocurrió con el Ex- gerente RAMIRO HERNÁN DÍAZ y creemos también con la Doctora LIGIA ISABEL ÁVILA VERA, quien se desempeñó como Secretaria de Gobierno de la Alcaldía de Chía del 10 de marzo al 4 de abril de 2003 (apenas 25 días) y votó negativamente la minuta presentada para aprobación de la Junta Directiva de Emserchía del 28 de marzo de 2003 aduciendo no tener suficiente socialización o conocimiento del proyecto[157], lo que no hizo el Gerente PEDRO MARÍA RAMÍREZ ORTIZ pese a que este había llegado al cargo una semana después.[158]

Por lo visto, entonces, la censura debe ser inadmitida.

### 3. A favor de SANTIAGO ECHANDÍA GUTIÉRREZ y AGUSTÍN CÁRDENAS ROCHA

Lo primero que se advierte es que la libelista se equivocó al escoger la vía de la casación excepcional para promover el recurso extraordinario, cuando es claro que, al tenor del artículo 205 de la Ley 600 de 2000, éste procedía por la ruta ordinaria pues el delito investigado y juzgado: interés indebido en la celebración de contratos, tiene prevista una pena máxima superior a ocho (8) años.

Igualmente, frente a la crítica consignada en el que la profesional del derecho denomina «CAPÍTULO PRELIMINAR»[159] es manifiesta su deficiencia argumentativa por cuanto no solo no es clara al señalar la causal en la que se apoya y la modalidad específica de ataque que propugna, sino que confunde el alcance del principio de investigación integral, cuya violación tendría que haberse denunciado por la senda del motivo tercero, con el del error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, cuya alegación es del resorte de la causal primera, cuerpo segundo.

En efecto, la abogada estima que la falta de valoración de algunos medios de prueba-conceptos especializados-, legalmente incorporados a la actuación, vulnera el referido postulado, siendo que, aquello corresponde a un yerro in iudicando y no a la ausencia de recaudo por parte del ente acusador y/o el juez de conocimiento de tales elementos cognoscitivos.

La sinrazón de la recurrente se ratifica cuando argumenta que lo alegado por ella en alguna oportunidad, que no identifica, acredita el falso juicio de existencia denunciado, el cual, a su juicio, es producto del falso raciocinio «en la valoración probatoria»[160].

Así mismo, si lo pretendido era rebatir el criterio de los falladores en punto de lo “indebido” como elemento de la descripción típica del injusto y la ubicación dogmática del dolo en la estructura del delito, ha debido acudir a la ruta de la infracción directa, identificando la norma inaplicada, aplicada indebidamente o interpretada erróneamente junto con la incidencia en el fallo confutado.

En cambio, si la divergencia lo era en punto de la credibilidad asignada por los sentenciadores a un testigo que tacha de sospechoso por su interés político, pero que ni siquiera identifica en un primer segmento del reproche, sino en un momento posterior, como el denunciante-que no lo es[161]-, para cuestionar a DÍAZ GARCÍA por contradictorio, vindicativo y tener antecedentes penales, la defensora ha debido acudir a la ruta de la trasgresión indirecta de la ley sustancial, en la modalidad de error de hecho por falso raciocinio, siempre que acreditara la lesión de alguna ley de la sana crítica, porque de lo contrario estaría impedida para rebatir el valor suasorio asignado a la prueba, dada la relativa discrecionalidad de los juzgadores para evaluar el plexo probatorio, máxime cuando los falladores se pronunciaron, en detalle, frente a cada una de las tachas que enervaron los defensores contra la veracidad del testimonio.

No se puede pasar por alto, además, que cuando la letrada propugna por la valoración exclusiva de la prueba técnica para demostrar el interés indebido de celebrar el contrato de marras, desconoce que nuestro régimen procesal penal se rige por el sistema de persuasión racional o de libre convicción y no por el de la tarifa legal probatoria.

Igualmente, en lo que no constituye más que un alegato de instancia, extraño a este tipo de recurso, la jurista sugiere la aplicación de un criterio de igualdad frente a la decisión de preclusión adoptada frente al proceso de contratación con Hydros Mosquera y resalta la pertinencia de la constitución de la nueva sociedad, como consecuencia de las deficiencias de orden financiero a que se enfrentó la empresa que la precedió, pero, igual que el defensor de CORTÉS RODRÍGUEZ, inadvierte, por una parte, que los juzgadores aludieron a las diferencias entre el proyecto de asociación del vecino municipio y el llevado a cabo en Chía, incluso, apoyándose en el Acta No. 12 del 23 de diciembre de 2002, en la que expresamente se admite tal escenario diverso y, por otra, que la situación económica de Emserchía no fue ajena a las consideraciones de los falladores, sólo que no resultó relevante de cara al juicio de responsabilidad enervado contra los acusados, atendiendo que la acusación no versó propiamente sobre la constitución de la sociedad en comandita por acciones con un oferente privado, y la finalidad perseguida con la misma-alcantar una adecuada capacidad de endeudamiento-, sino que se enderezó a cuestionar la falta de implementación de un mecanismo de selección distinto al interés privado y amañado de los servidores públicos.

En este punto, resulta oportuno recordarle a la litigante que los delitos de peculado por apropiación e interés indebido en la celebración de contratos son de naturaleza autónoma, luego, la absolución por el primero de ellos, no necesariamente debería tener como consecuencia jurídica, la adopción de idéntica decisión respecto del segundo, pues una cosa es la apropiación en provecho propio o de un tercero del patrimonio estatal cuya administración, tenencia o custodia haya sido confiada al servidor público por razón o con ocasión de sus funciones, conducta no realizada por los procesados en el caso concreto y, otra, bien distinta, el interés del funcionario en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir, por razón de su cargo o de sus funciones.

Ahora, la jurista resalta que en el acto jurídico de constitución de Hydros Chía se estipularon varias cláusulas que resultan ventajosas a Emserchía, pero no especifica cuál sería el yerro de los proveídos impugnados. Y, de suponer que fue la falta de valoración de tal aspecto tampoco indica la relevancia de este hecho, de cara a la declaración de justicia incorporada a los fallos.

Aunque la demandante reclama la aplicación del artículo 32.10 del Código Penal, apelando, para el efecto, a la falta de ilustración profesional de sus prohijados-no son abogados ni contadores-y al principio de confianza, en tanto arguye que se valieron de la asesoría jurídica de expertos, abandona aspectos cruciales de la atribución de responsabilidad, como que «no vacilaron en acudir a la residencia del ciudadano Cavally Papa, quien lideraba la propuesta del grupo empresarial que finalmente fue seleccionado, dejándose de lado sin justificación alguna las glosas objetivas que un consultor de la propia administración había hecho a la capacidad económica, financiera y operativa de por lo menos dos de las empresas integrantes del citado grupo empresarial, discutiendo en el ámbito privado como lo refiriera el testigo de excepción [DÍAZ GARCÍA], la propuesta contractual que resultó favorecida (...)»[162] y que el referido deponente contó que CORTÉS RAMÍREZ, al sugerirle que aceptara el soborno que le fuera ofrecido por CAVALLY PAPA, le dio a conocer que «las comisiones para los integrantes de la junta directiva ya estaban definidas al igual que para el alcalde»[163].

Así mismo, el reproche estructurado en el único cargo propuesto por la demandante, también adolece de insalvables defectos argumentativos, empezando porque denuncia la aplicación indebida del artículo 410 de la Ley 599 de 2000, descriptivo del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, siendo que el mismo no fue materia de la acusación o de la atribución de responsabilidad, en la medida que el punible objeto de imputación fue el de interés indebido en la celebración de contratos, consagrado en el canon 409 ejusdem.

Adicionalmente, nótese cómo la letrada acude a la ruta de la infracción directa de la ley sustancial para reprobar, sin ningún desarrollo conceptual, la violación del principio de investigación integral y de la presunción de inocencia, como consecuencia de la admisión por parte de los falladores de la falta de certeza sobre la existencia de la conducta o la responsabilidad penal de sus procurados, siendo que, por un lado, como se señaló atrás, la alegación frente al postulado de investigación integral sería del resorte de la causal tercera y, por otro, la censura trasgrede el axioma de corrección material porque no es cierto que las sentencias, reconozcan duda probatoria alguna respecto al injusto de interés indebido en la celebración de contratos o la participación de los enjuiciados en el mismo y hayan omitido reconocer tal circunstancia en la parte resolutive de los fallos.

Siendo ello así, tampoco procede la admisión de este reparo.

#### 4. A favor de PEDRO MARÍA RAMÍREZ ORTIZ

En el único cargo propuesto, el defensor acusa dos presuntos falsos juicios de identidad y un falso raciocinio, ninguno de los cuales aparece debidamente sustentado por las razones que enseguida se precisan.

En primer lugar, la revisión del fallo de segunda instancia muestra que no existe la mutilación del testimonio de DÍAZ GARCÍA, proclamada por el letrado, sobre la existencia, para cuando se suscribió la escritura pública, de criterios diversos y encontrados sobre la necesidad o no de una licitación u otro mecanismo para ampliar la participación, pues dicha providencia, es expresa en mencionar que el testigo señaló que para la época en que se presentó la minuta para revisión-3 de diciembre de 2002-, el revisor fiscal había indicado que este tipo de procesos debían hacerse por licitación pública, que a mediados del mismo mes se discutió sobre la figura jurídica que viabilizaría la inversión privada y que se obtuvieron los conceptos de BONIVENTO y FAJARDO en relación con la creación de la empresa.

Tampoco es claro que los fallos impugnados hubieren tergiversado la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca que indicó que en el contrato de asociación no cabía la aplicación de la Ley 142 de 1994, al no haber sido suscrito por el municipio y no existir enajenación accionaria, en tanto conservó el 88% de participación y que la escritura pública de constitución no revelaba un ánimo de favorecer a los terceros privados por lo que no se estimó vulnerado el principio de moralidad administrativa, pues, justamente, a esos tópicos, se refirieron los juzgadores, en los términos consignados por el libelista.

Es así como el a quo indicó sobre el particular:



Dicha decisión [es decir, la del Juzgado Primero Administrativo de Zipaquirá] fue objeto de recurso de apelación por el apoderado de las empresas accionadas, correspondiendo la alzada a la Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca que el 23 de febrero de 2012 dictó sentencia de segunda instancia en la que revocó parcialmente el numeral primero en cuanto amparó el derecho a la moralidad administrativa, negando la protección de este derecho, y confirmó en relación al patrimonio público, a la vez que revocó totalmente el numeral segundo y en su lugar declaró la nulidad del acto jurídico contenido en la Escritura Pública No. 3629 del 2 de abril de 2003 otorgada en la Notaría 29 del Círculo de Bogotá.[164]

(...)

Por su parte, la Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en el fallo del 23 de febrero de 2012, sobre el punto sostuvo:

“Como el acto jurídico que permitió que Hydros Chía asumiera la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado no fue suscrito por el municipio de Chía, en su condición de entidad territorial, el régimen aplicable no estaba contemplado en las normas del Estatuto de Contratación Pública. Entonces, la situación que originó el surgimiento de Hydros Chía no encuadra dentro de los presupuestos establecidos en el artículo 39 de la ley (sic) 142 de 1994, como lo afirmó el agente del Ministerio Público, dado que no se trata de un contrato celebrado por la entidad territorial.

(...) Dado que no hubo enajenación de la propiedad accionaria de la empresa de la nueva sociedad, donde tiene la condición de socia mayoritaria por ser la titular del 88 por ciento de participación, el Estatuto de Contratación Pública no resultaba aplicable al acto jurídico suscrito por Emserchía...”. [165]

Y, el Tribunal, conservando, en lo esencial, similar línea argumentativa[166] resaltó:

No sin antes transcribir las previsiones del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2002, [el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Primera-Subsección B] hizo énfasis en que la norma era clara en establecer, que como regla general, los contratos celebrados por las entidades estatales que prestan servicios públicos domiciliarios, no están sujetos al Estatuto de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 de 1993, aunque dispuso que dicho parámetro no resulta aplicable cuando la misma norma disponga otra cosa, como en aquellos casos en que, según su parágrafo, el contrato tenga por objeto que la empresa de servicios públicos asuma la prestación del mismo o sustituya en la prestación a otra persona. Advirtió el tribunal con estricta sujeción a las expresiones utilizadas por el legislador en el parágrafo, que la referida previsión únicamente es aplicable a los contratos celebrados por las entidades territoriales con las empresas de servicios públicos, lo cual no ocurrió en el caso de la especie, por cuanto quien celebró el acto jurídico que dispuso la creación de HYDROS CHÍA no fue el municipio de Chía, como entidad territorial, sino la Empresa de Servicios Públicos de Chía.

(...)

Reiteró así la corporación, que el supuesto de hecho previsto en el parágrafo de la norma no se cumple en el caso de HYDROS CHÍA, puesto que el contrato para que HYDROS CHÍA asumiera la prestación del servicio no fue suscrito por el municipio de Chía, lo cual descartaba la aplicación del Estatuto General de Contratación y la licitación para la selección del contratista.

Retomando el tema central, esta Sala, acoge la postura del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en cuanto a que desde la perspectiva del parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, el contrato celebrado por la Empresa de Servicios Públicos de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del municipio de Chía (EMSERCHÍA E.S.P.), para la creación de HYDROS CHÍA S. en C.A. E.S.P., no requería de licitación pública, términos de la Ley 80 de 1993, por cuanto la exigencia de tan particular procedimiento precontractual, fue prevista en el régimen de los servicios públicos domiciliarios, exclusivamente para los entes territoriales (municipios, departamentos etc.,) y no para las empresas industriales y comerciales

del sector descentralizado integrantes de la estructura del Estado, encargadas de prestar tales servicios, cuyos contratos se rigen prima facie por el derecho privado. Sin embargo, se reitera, ello no significa que los contratos que celebren tales entidades estatales, puedan concretarse de manera informal y alejada de los principios generales que rigen la contratación estatal, al igual que los principios constitucionales que presiden la función administrativa y la prestación de los servicios públicos, de tal manera, que por lo menos la concurrencia de oferentes mediante mecanismos distintos a la licitación pública, sí resultaba insoslayable. [167] (Subrayas y negrillas del texto original).

Distinto, entonces, es que los jueces de conocimiento estimaran que pese a la consideración de la autoridad judicial administrativa en el sentido que la ley no exigía licitación pública para el contrato de asociación entre Emserchía e Hydros, en el caso concreto, sí debió acudir a algún mecanismo de selección de oferentes que respetara las previsiones de la Resolución 151 de 2001, habida cuenta que, verdaderamente, correspondía a un contrato de cuantía superior y de una duración de 20 años, criterios estos que, ninguna consideración le merecieron al casacionista.

Ahora, en cuanto al presunto falso raciocinio proveniente de que el juez plural infiriera el interés indebido de su prohijado en escoger al grupo Hydros como gestor de la nueva sociedad, dada su pasividad en la reunión llevada a cabo tres días después de su posesión como gerente de Emserchía-20 de marzo de 2003-, para lo cual habría empleado la regla que indicaría que «[c]uando un gerente es pasivo en una reunión empresarial es que existe un acuerdo mutuo con la persona que lo llevo (sic) al cargo»[168], es manifiesto que el censor perdió de vista que el ad quem no concluyó la participación de RAMÍREZ ORTIZ en el delito endilgado, únicamente, a partir del indicio contingente derivado de su silencio durante dicha sesión de la junta directiva en la que se lo iba a facultar para suscribir la escritura pública de constitución.

Si se lee con detenimiento el proveído impugnado, se constata que, el libelista no satisface el principio de trascendencia que rige este recurso extraordinario, en la medida que nada dice acerca del resto de elementos de juicio que condujeron al fallador colegiado a ratificar la decisión de condena, como que, i) el nombramiento de su asistido se dio tras la remoción por parte del alcalde GALVIS GALVIS de los dos gerentes que le precedieron y se opusieron a la negociación con el holding liderado por CAVALLY, ii) RAMÍREZ ORTIZ admitió que dicho burgomaestre le solicitó que le colaborara en sacar adelante la propuesta de ese grupo, respecto del cual ya había adquirido un compromiso, iii) pese a que en la reunión de la junta directiva celebrada el 28 de marzo de 2003, convocada para aprobar la minuta de constitución de la nueva sociedad, RAMÍREZ ORTIZ solicitó

un aplazamiento a efecto de esperar el concepto solicitado al Director de Agua Potable y Saneamiento Básico del Ministerio de Desarrollo, en la sesión posterior-del 1º de abril-, sin que el mismo hubiera sido allegado[169] y contando para ese momento con la opinión jurídica de la firma GÓMEZ, ARIZA, CABRALES ASOCIADOS que señalaba que dos de las empresas que conformaban el grupo empresarial contratista tenían problemas financieros, no se opuso a la aprobación que de dicho documento se produjo en esa ocasión y iv) en la misma oportunidad, tomó la iniciativa a fin de que la junta directiva lo autorizara para suscribir la escritura pública respectiva, lo que en efecto ocurrió particularmente rápido, esto es, al día siguiente.

En estas circunstancias, no procede la admisión de este libelo.

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

RESUELVE

Primero. Inadmitir las demandas presentadas por los defensores PABLO ENRIQUE CORTÉS RODRÍGUEZ, LUIS OLIVO GALVIS GALVIS GALVIS, SANTIAGO ECHANDÍA GUTIÉRREZ, AGUSTÍN CÁRDENAS ROCHA y PEDRO MARÍA RAMÍREZ ORTIZ contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2015 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca.

Segundo. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Presidente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

[1] Concretamente, el 25 de abril de 2003. Cfr. folios 3-11 del cuaderno original 1.

[2] Cfr. folios 55-56 del cuaderno original 1 del Tribunal.

[3] Cfr. folio 154-160 del cuaderno original 1.

[4] Cfr. folios 19-20 del cuaderno original 2.

[5] Cfr. folios 57-58 ibidem.



[6] Cfr. folios 215-255 ibidem.

[7] Cfr. folio 45 del cuaderno original 8. Igualmente, se ordenó compulsar copias para que se investigue la conducta de GIOVANNI CAVALLY PAPA.

[8] Cfr. folios 295 y 302 ibidem.

[9] Se precisa que en la parte resolutive de la resolución de acusación de primera instancia se indica que la acusación también lo es por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales enrostrado a GALVIS GALVIS (Cfr. folio 302 ibidem); sin embargo, ello corresponde a una imprecisión, en la medida que en la parte motiva de la providencia se especifica que la imputación solamente abarca los punible de interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación. Cfr. folio 295 ibidem.

[10] Cfr. folios 295 y 302 ibidem.

[11] Cfr. folio 246-303 ibidem.

[12] Cfr. folios 191-216 del cuaderno 9 original.

[13] Cfr. folios 88-124 del cuaderno de segunda instancia de la Fiscalía.

[14] Cfr. folio 3 del cuaderno 10 original.

[15] Cfr. folios 114-121 ibidem.

[16] Cfr. folios 145-153 ibidem.

[17] Cfr. folios 172-197 ibidem.

[18] Cfr. folios 199-205 ibidem.

[19] Cfr. folios 290-306 ibidem y 1-6 del cuaderno original 11.

[20] Cfr. folios 99-105 del cuaderno original 13.

[21] Cfr. folios 176-185 ibidem.

[22] Cfr. folios 35-47 del cuaderno original 14.

[23] Cfr. folios 55-59 ibidem.

[24] Cfr. folios 1-16 del cuaderno original 16

[25] Cfr. folios 166-171 ibidem.

[26] En virtud del Acuerdo PAA12-9131 del 5 de enero de 2012 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Cfr. folio 5 del cuaderno original 17.

[27] Cfr. folios 9-10 ibidem.

[28] Cfr. folios 80-82 ibidem.

[29] Cfr. folios 104-107 ibidem.

[30] Cfr. folios 109-130 ibidem.

[31] Cfr. folios 199-200 ibidem.

[32] Cfr. folio 6-10 del cuaderno original 18.

[33] Se precisa que en la parte motiva de la providencia, concretamente, en el acápite de dosificación punitiva, además de la pena de prisión de cuatro (4) años, el a quo determinó para estos procesados las sanciones de multa en cuantía de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.

[34] Cfr. folios 106-203 del cuaderno original 18.

[35] Cfr. folio 200 del cuaderno original 1 del Tribunal.

[36] Cfr. folios 54-201 ibidem.

[37] Cfr. folios 213-215 ibidem.

[38] Cfr. folios 228-286 ibidem y 1-35, 37-70 y 72-100 del cuaderno 2 del Tribunal.

[39] En la que refiere que teniendo en cuenta el interés del gobierno nacional en que la empresa privada participe en la operación de las empresas de servicios públicos domiciliarias se entrevistó con el alcalde encargado de apellido CARBONELL y el electo-LUIS OLIVO GALVIS así como con el gerente de Emserchía-RAMIRO DÍAZ-, a efecto de manifestar su intención de postularse como proponente dentro de esa iniciativa.

[40] Cfr. folio 235 vuelto del cuaderno 1 del Tribunal.

[41] Cfr. folio 236 ibidem.

[42] Cfr. folio 236 vuelto ibidem.

[43] Cfr. folio 244 ibidem.

[44] Cfr. folio 245 ibidem.

[45] Ibidem.

[46] Cfr. folio 247 ibidem.

[47] Ibidem.

[48] Cfr. folio 247 vuelto ibidem.

[49] El fragmento transcrito no referencia cuál era esa opinión.

[50] Cfr. folio 252 vuelto del cuaderno original 1 del Tribunal.

[51] Cfr. folio 253 ibidem.

[52] Ibidem.

[53] Cfr. folio 252 vuelto ibidem.

[54] Cfr. folios 252 vuelto y 253 ibidem.

[55] Cfr. folio 253 vuelto ibidem.

[56] Ibidem.

[57] Cfr. folios 253 vuelto-254 ibidem.

[58] Cfr. folio 254 ibidem.

[59] No se precisa el apellido.

[60] Cfr. folio 256 ibidem.

[61] Cfr. folio 256 vuelto ibidem.

[62] Cfr. folios 256 vuelto y 257 ibidem.

[63] Cfr. folio 257 vuelto ibidem.

[64] Ibidem.

[65] Cfr. folio 258 vuelto ibidem.

[66] Cfr. folio 259 ibidem.

[67] Cfr. folio 258 vuelto ibidem.

[68] Cfr. folio 259 vuelto ibidem.

[69] Ibidem.

[70] Ibidem.

[71] Cfr. folio 260 ibidem.

[72] Cfr. folio 260 vuelto ibidem.

[73] Ibidem.

[74] Cfr. folio 261 ibidem.

[75] Quien contrató a la firma Gómez, Ariza, Cabrales Asociados para el acompañamiento técnico y jurídico y presentó a los potenciales oferentes: Vermat, Consorcio colombiano Hormaza, Hydros y un exgobernador del Cauca.

[76] Cfr. folio 262 vuelto del cuaderno original 1 del Tribunal.

[77] Cfr. folio 265 ibidem.

[78] Cfr. folio 265 vuelto ibidem.

[79] Cfr. folio 266 ibidem.

[80] Ibidem.

[81] Cfr. folio 267 ibidem.

[82] Cfr. folio 269 ibidem.

[83] Cfr. folio 272 ibidem.

[84] Cfr. folio 275 ibidem.

[85] Ibidem.

[86] Cfr. folios 277 y 277 vuelto ibidem.

[87] Cfr. folio 277 vuelto ibidem.

[88] Cfr. folio 280 ibidem.

[89] Cfr. folios 280 vuelto y 281 ibidem.

[90] Cfr. folio 281 ibidem.

[91] Ibidem.

[92] Cfr. folio 281 vuelto ibidem.

[93] Cfr. folios 285 y 285 vuelto ibidem.

[94] Cfr. folio 12 del cuaderno 2 del Tribunal.

[95] Cfr. folio 15 ibidem.

[96] Cfr. folio 18 ibidem.

[97] Cfr. folio 23 ibidem.

[98] Cfr. folio 27 ibidem.

[99] Cfr. folio 28 ibidem.

[100] Ibidem.

[101] Cfr. folio 29 ibidem.

[102] Cfr. folio 30 ibidem.

[103] Cfr. folio 31 ibidem.

[104] Cfr. folio 32 ibidem.

[105] Cfr. folio 39 ibidem.

[106] Cfr. folio 41 ibidem.

[107] Ibidem.

[108] Ibidem.

[109] Ibidem.

[110] Cfr. folio 50 ibidem.

[111] Ibidem.

[112] Cfr. folio 55 ibidem.

[113] Cfr. folio 56 ibidem.

[114] Cfr. folio 57 ibidem.

[115] Cfr. folio 58 ibidem.



[116] Ibidem.

[117] Ibidem.

[118] Ibidem.

[119] Cfr. folio 60 ibidem.

[120] Cfr. folio 87 ibidem.

[121] Cfr. folio 88 ibidem.

[122] Cfr. folio 93 ibidem.

[123] Ibidem.

[124] El demandante precisa que esta regla no fue enunciada en el fallo.

[125] Cfr. folio 94 del cuaderno original 2 del Tribunal.

[126] Ibidem.

[127] Cfr. folio 95 ibidem.

[128] Cfr. folio 235 vuelto del cuaderno 1 del Tribunal.

[129] Cfr. folio 158 del cuaderno original 18. A este mismo aspecto, el a quo se refirió, más adelante, para recordar que, a partir de ello, se pretendió demostrar la ausencia de dolo. Cfr. folio 172 ibidem.

[130] Cfr. folio 175 ibidem.

[131] Ibidem.

[132] Flios 193 a 217 del c.o. No. 4.

[133] Se precisa que el Tribunal absolvió a GALVIS GALVIS por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

[134] Cfr. folios 191-192 del cuaderno original 18.

[135] Cfr. folio 153 del cuaderno 1 del Tribunal.

[136] Cfr. folio 257 vuelto ibidem.

[137] Ibidem.

[138] Cfr. folios 173-174 del cuaderno original 18 y 158-159 del cuaderno 1 del Tribunal.

[139] Cfr. folio 159 del cuaderno original 1 del Tribunal.

[140] Cfr. folios 166-167 del cuaderno original 18.

[141] Cfr. folio 260 vuelto del cuaderno original 1 del Tribunal.

[142] Se vinculó en marzo o abril de 2002.

[143] Ingresó a la junta en septiembre de 2002.

[144] Cfr. folio 280 ibidem.

[145] Cfr. folios 165-166 ibidem.

[146] En el que Emserchía aportaba \$44.000.000 y el holding integrado por cinco empresas solo contribuía con \$6.000.000.

[147] Fol. 5, Anexo 13.

[148] Cfr. folio 125 del cuaderno original 1 del Tribunal.

[149] Cfr. folio 260 vuelto ibidem.

[150] Cfr. folios 143-144 ibidem.

[151] Cfr. folios 145-146 ibidem.

[152] Cfr. folios 128-129 ibidem.

[153] Acuerdo No. 001 del 20 de marzo de 2003 del Concejo Municipal de Chía, Concepto de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, Informes o monografías de ingeniería civil sobre la actualización del plan maestro del acueducto de Chía, Decreto 135 del 18 de julio de 2001-Plan de Ordenamiento Territorial 2001-2003-, indagatorias de PEDRO MARÍA RAMÍREZ ORTIZ, LUIS OLIVO GALVIS GALVIS, PABLO ENRIQUE CORTÉS RODRÍGUEZ, AGUSTÍN CÁRDENAS ROCHA y SANTIAGO ECHANDÍA GUTIÉRREZ, conceptos de JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ, MAURICIO FAJARDO ABOGADOS ASOCIADOS y AUGUSTO OSORNO GIL-Director de Agua Potable y Saneamiento Básico y Ambiental-, análisis financiero y jurídico de la propuesta de Hydros, rendido por GÓMEZ, ARIZA, CABRALES ASOCIADOS LTDA., informe del CTI sobre los bienes de Emserchía y sus ganancias conforme a los balances de enero a marzo de 2003, informe de la Contraloría General de Cundinamarca, testimonios de MARIO ÁNGEL-primer gerente operativo de Hydros Chía-, LUIS EDUARDO BELALCÁZAR-gerente de Gestaguas S.A.-, EMILIO FERNANDO SÁNCHEZ DÍAZ-almacenista-, HERNANDO QUINTANA CAMACHO-presidente del Concejo de Chía-, GLORIA INÉS RODRÍGUEZ-directora de la emisora comunitaria de Chía-, MIGUEL FERNANDO RIVERA-director del canal de televisión de Chía-, AUGUSTO OSORNO GIL y RAMIRO HERNÁN DÍAZ GARCÍA y dictamen del contador JAIME RAMÍREZ MURCIA.

[154] Cfr. folio 31 del cuaderno original 2 del Tribunal.

[155] Cfr. folio 32 ibidem.

[156] Fl. 137 c.o. No. 11.

[157] Ver Acta Número 004 del 28 de marzo de 2003, folios 83 a 110 del c.o. No. 4.

[158] Cfr. folios 171-172 del cuaderno original 18.

[159] Cfr. folio 41 del cuaderno original 2 del Tribunal

[160] Cfr. folio 50 ibidem.

[161] Porque RAMIRO HERNÁN DÍAZ GARCÍA obra como testigo de cargo, no así como denunciante.

[162] Cfr. folio 177 del cuaderno original 1 del Tribunal.

[163] Ibidem.

[164] Ver folios 12 a 72 del c.o. No. 17.

[165] Cfr. folios 153 y 160 del cuaderno original 18.

[166] Se precisa que el ad quem no estuvo de acuerdo con su inferior en que se requería licitación pública, pero sí en que era obligatorio cualquier otro mecanismo de concurrencia de oferentes en los términos de la Resolución 151 de 2001.

[167] Cfr. folios 116-117 del cuaderno original 1 del Tribunal.

[168] Cfr. folio 94 del cuaderno original 2 del Tribunal.

[169] Solo hasta el 24 de abril de 2003 fue allegado, cuando ya se había suscrito la escritura pública de constitución.