

NOTA DE RELATORÍA: De conformidad con el Oficio N° B-424 del 9 de noviembre de 2022 de la Secretaria General de la Corporación y el oficio de fecha 13 de octubre de 2022 suscrito por el magistrado Alejandro Linares Cantillo, se corrige la presente providencia en el sentido de incluir la anotación “Con aclaración de voto” en el pie de firma del citado magistrado.

Sentencia SU214/22

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN ASUNTO PENAL-No se configuraron los defectos fáctico y desconocimiento del principio de interpretación conforme a la Constitución

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES DE ALTAS CORPORACIONES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad son más estrictos

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por incumplimiento del principio de subsidiariedad por cuanto no agotaron los medios de defensa judicial

(...), la exigencia del cumplimiento del requisito de subsidiariedad no puede ser interpretada como un mero capricho del juez constitucional para darle prevalencia a la forma sobre el fondo, puesto que esa exigencia responde al diseño que la Constitución trae de la acción de tutela y a las específicas funciones que esta acción cumple en el ordenamiento jurídico colombiano.

DEFECTO FACTICO POR INDEBIDA VALORACION PROBATORIA-Configuración

DEFECTO FACTICO-Fundamentos y marco de intervención que compete al juez de tutela

(...), en los casos en los que se alegue una posible valoración defectuosa del material probatorio, el juez de tutela sólo puede intervenir cuando evidencia que se ha desbordado “el marco de autonomía de los jueces para formarse libremente su convencimiento”. Y en este supuesto, la configuración del defecto requiere que la providencia judicial se adopte sin “respaldo probatorio o que haya dejado de valorar una prueba que resultaba determinante para la solución del problema jurídico sometido a su consideración”, y que, como se indicó, ese error sea ostensible, flagrante y manifiesto.

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION-Definición

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION-Estructuración

CONTRATO SIN EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES-Marco normativo del tipo penal

CONTRATO SIN EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES-Alcance y contenido

(...) son tres las conductas delictuales tipificadas: (i) tramitar contratos sin observación de los requisitos legales esenciales; (ii) celebrar contratos sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales; y (iii) liquidar contratos sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales. Así pues, en el tipo penal no están comprendidas las acciones u omisiones que se den en el marco de la ejecución del contrato. Asimismo, el tipo exige que las tres conductas sean ejecutadas (iv) por un sujeto activo calificado como lo es el servidor público y (v) que ocurra en un contexto específico, esto es, en desarrollo de las funciones públicas asignadas a ese servidor.

CONTRATO SIN EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES-Tipo penal en blanco

(...), el juez penal deberá acudir, en cada caso, a la norma legal vigente en materia de contratación pública, para efectos de determinar tales requisitos en cada uno de los distintos tipos de contrato. De esta forma, “se integra la normatividad vigente para la aplicación de la conducta considerada por la ley como delito, con lo cual, el procesado tiene conocimiento de cuáles son los requisitos legales esenciales de tales contratos, sabe que su inobservancia constituye una conducta punible, ya sea al tramitarlos o en la celebración o al liquidarlos, y puede ejercer a plenitud su derecho de defensa, con lo que se da estricto cumplimiento a los artículos 28 y 29 de la Constitución”.

CONTRATO SIN EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

INTERES GENERAL-Importancia en la contratación administrativa/INTERES GENERAL-Defensa constituye finalidad de la contratación estatal

CONTRATACION ESTATAL-Principios que la rigen

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-
Escogencia de contratista a través de concurso público

CONTRATACION DIRECTA-Aplicación de principios generales a casos en que es procedente

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA-Características y modalidades de pago

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA-Modalidad de pago a precio unitario

(...), en los contratos pactados por el sistema de precios unitarios, las mayores cantidades de obra no deben ser consecuencia de una deficiente planeación del contrato. Además, las mayores cantidades deben ejecutarse en consideración del inciso final del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que dispone que “[l]os contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”, pues, esta restricción aplica con independencia de la modalidad contractual de que se trate y del sistema de precios pactado.

CONTRATO DE CONCESIÓN-Características y modalidades

CONTRATO DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA VIAL-Alcance progresivo y contratación adicional

ADICIÓN CONTRACTUAL Y CONTRATO ADICIONAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA-Diferencias

CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA-Adición contractual carece de fundamento legal

(...), el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 admitió que los contratos de concesión de obra pública fueran adicionados hasta por el 60% del plazo estimado, siempre que se tratara de obras adicionales directamente relacionados con el objeto concesionado, postura que fue respaldada por la Sentencia C-300 de 2012. No obstante, se insiste que el artículo 28 de la Ley 1150 fue derogado por artículo 39 de la Ley 1508 de 2012, por lo que a la fecha las adiciones al objeto de los contratos de concesión de obra pública carecen de fundamento legal.

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA-Diferencia entre mayores cantidades de obra y obras adicionales, en modalidad de pago a precio unitario

(...) el Consejo de Estado ha diferenciado las obras adicionales de las mayores cantidades de obra, en los contratos de obra que se pactan por el sistema de precios unitarios. Las primeras se generan cuando se adicionan obras que no forman parte del objeto contractual inicialmente convenido, mientras que las segundas se dan en casos de contratos en los que se pactan precios unitarios y en los que el valor ejecutado de los ítems convenidos sobrepasó los cálculos efectuados inicialmente.

ADICIÓN CONTRACTUAL Y CONTRATO ADICIONAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA-Conceptos y jurisprudencia del Consejo de Estado

ADICIÓN CONTRACTUAL Y CONTRATO ADICIONAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA-Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa de la prueba

El defecto fáctico, en su dimensión negativa, se configura, entre otros, cuando el juez cuando no valora un medio de prueba determinante para el caso, sin justificación alguna. Ese error, como ha sido expuesto, debe ser ostensible, flagrante, evidente, arbitrario y objetivamente irracional para que se encuentre justificada la intervención del juez constitucional.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN ASUNTO PENAL-Inexistencia del defecto fáctico (dimensión negativa), por cuanto la valoración del acervo probatorio no modifica la conclusión de responsabilidad penal del accionante

PRINCIPIO DE INTERPRETACION CONFORME A LA CONSTITUCION-Contenido y aplicación

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN ASUNTO PENAL-Inexistencia de la violación directa de la Constitución por desconocimiento del principio de interpretación conforme a la Carta

Expediente: T-8.165.203

Acción de tutela presentada por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Magistrado ponente:

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Bogotá D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241.9 de la Constitución Política,¹ los artículos 33 y siguientes del Decreto Ley 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de la providencia del 14 de octubre de 2020 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la decisión del 11 de septiembre de 2020 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de negar la acción de tutela promovida por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior en contra de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.²

I. ANTECEDENTES

A. Hechos probados

1. El 11 de agosto de 2003 la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias publicó, en su página web,³ el pliego de condiciones que reguló el proceso de selección del contratista que habría de ejecutar la “construcción Parque Capitol y Parque de las Flores en la ciudad de Cartagena de Indias”. Al respecto, en el punto “1.1. OBJETO”, el pliego de condiciones dispuso:

“EI DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. Y C., ente territorial que

en estos pliegos se denominará EL DISTRITO, está interesado en contratar la CONSTRUCCIÓN PARQUE CAPITOL Y PARQUE DE LAS FLORES EN LA CIUDAD DE CARTAGENA DE INDIAS, para lo cual ha elaborado los estudios de ley y desea seleccionar la propuesta más favorable previo proceso de Contratación Directa de conformidad con las previsiones de este pliego, la Ley 80 de 1993 sus Decretos Reglamentarios”.4

1. En el punto “1.2. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LOS TRABAJOS” el pliego señaló:

“Los elementos generales que comprende el Proyecto son los siguientes:

* RELLENOS

* ADOQUIN

* ENCHAPE EN PIEDRA MUÑECA”.5

1. Conforme a lo anterior, los ítems y actividades previstos en el pliego de condiciones que reguló el proceso de selección del contratista que habría de ejecutar la construcción Parque Capitol y Parque de las Flores en la ciudad de Cartagena de Indias, 6 fueron los siguientes:

ITEM

DESCRIPCIÓN

1.0

PRELIMINARES

1.1.

TRAZADO Y LOCALIZACIÓN

1.2.

DEMOLICIÓN DE MUROS

1.3.

PICADA PISOS

1.4.

DESMONTE SANITARIOS

1.5.

DESMONTE CUBIERTA

1.6.

DESMONTE PUERTAS Y VENTANAS

CORTE BALDOSAS

1.8.

RETIRO MATERIAL SOBRENTE

2.0.

CIMINETOS

2.1.

EXCAVACIÓN CIMIENTOS

2.2.

CONCRETO CICLOPEO 25×50

2.3.

VIGA CIMIENTO 25×25 401/2, artos 3/8 @ 20

2.4.

SOBRECIMIENTO BLOCK # 8, RELLENO 01/2

2.5.

IMPERMEABILIZACIÓN SOBRECIMIENTO

3.0

MAMPOSTERÍA Y PAÑETE

3.1.

LEVANTE BLOCK # 8 RELLENO CON 1/2" @100cm

3.2.

VIGA AM. SUP. MUROS 10×20 201/2, aros 3/8 @20

VIGA DE CONFINAMIENTO 20×20 401/2", 3/8 @20

3.4.

PAÑETE 1:4, incl. Filos

3.5.

ENCHAPE MURO EN PIEDRA MUÑECA

3.6.

SILLAR MURO EN PIEDRA MUÑECA

4.0

PISOS

4.1.

RELLENO MATERIAL SELECCIONADO

4.2.

PISO ADOQUIN (inc. Relleno Arenoso)

4.3.

RAMPAS EN PIEDRA MÑECA

4.4.

ESCALERAS DE ACCESO

4.5.

CINTA EN PIEDRA MUÑECA

4.6.

REPARACIÓN BALDOSAS EXISTENTES

5.0.

OBRAS VARIAS

5.1.

FILTRO JARDINERAS

5.2.

RELLENO JARDINERAS EN TIERRA NEGRA

5.3.

SUM. SIEMBRA DE PLAMERAS H=3m

5.4.

IMPLANTACIÓN ARBOLES

5.5.

REJILLAS EN BRONCE

5.6.

REPARACIÓN BALDOSAS EXISTENTES

6.0

6.1.

BANCAS

6.2.

SUM. INST. LAMP. DECORAT (inc Fotocelda y Acometida)

6.3.

CANECAS

6.4.

COLUMNAS ORNAMENTALES

6.5.

BOLARDOS

6.6.

LUMINARIAS DE PEDESTAL

6.7.

LIMPIEZA GENERAL

7.0

INSTALACIONES ELÉCTRICAS

7.1.

REGISTROS ELECTRICOS

7.2.

SALIDAS PARA LUCES

7.3.

SALIDAS PARA TOMAS

7.4.

ACOMETIDA ILUMINACIÓN RED PÚBLICA

8.0

BATERIA DE BAÑOS

8.1.

TRAZADO Y LOCALIZACIÓN

8.2.

8.3.

CONCRETO CICLOPEO 25×25

8.4.

VIGA CIMIENTO 25×25 40 ½, 3/8 @ 20

8.5.

IMPERMEABILIZACIÓN VIGA CIMIENTO

8.6.

LEVANTE BLOCK #4

8.7.

VIGA AM. SUP. MUROS 10×20 2º1/2, aros 3/8 @20

8.8.

PAÑETE 1:4,incl., Filos

8.9.

ENCHAPE CERAMICO

8.10

PISO DECORPISO

8.11

SUMINISTRO E INST. DE TUBERIA HIDRÁULICA ½", PVC

8.12

PUNTO HIDRÁULICO

8.13

SUM. INST. TUBERIA SANITARIA O2"

8.14.

SUM. IST. TUBERIA SANITARIA O4"

8.15

PUNTO SANITARIO

8.16

PUNTIS ELECTRICOS

8.17

SALIDAS PARA LUCES

8.18

SUM. INST. LAMPARAS FLUORESCENT. REDONDAS

8.19

CUBIERTA LOZA MACIZA $E=0.12M$

8.20

PAÑETE 1:3, BAJO LOSA, 1:4, INC. FILOS

8.21

LEVANTE ANTEPECHO

8.22

PAÑETE ANTEPECHO, $e=0.02$, 1:4, INCL FILOS

8.23

SUM. INST. PUERTA TRIPLEX 70×205 INC. MAR. CERR-PINT

8.24

SUM. INST. JAMBAS EN CEIBA

SUM. INST. DE PIRLAN EN MADERA DE CEIBA

8.26

SUM INST. REJA EN HIERRO VARILLA CUADRADA

8.27

SUM. INST VENTANA EN ALUMINIO- VIDRIO

8.28

SUM. INST. APARATO SANITARIO ACUACER

8.29

SUM. INST. DE LAVAMANOS

8.30

SUM. INST JUEGO DE INCRUSTACIONES

8.31

SUM. INST. GRANIPLAST

8.32

PINTURA VINILO DOS MANOS

1. Y el presupuesto oficial, previsto para la ejecución de las obras fue la suma de \$219.935.000.7

1. Respecto de la conformación de la lista de posibles oferentes, el pliego de condiciones previó que “los interesados podr[ían] inscribirse en la Secretaría de Infraestructura durante el

día 11 de agosto de 2003 desde 9:00AM hasta las 12:00 M y desde las 2:30 P.M. Hasta 4:00 P.M.” y que “[s]i el número de inscritos [resultaba ser] superior a 10 se realizar[ía] un sorteo en el que se seleccionar[ían] solo 10 proponentes, el cual se realizar[ía] el mismo día de inscripción en la misma Dependencia a las 5:00 P.M”. De dicho sorteo se levantaría “un acta suscrita por un Representante del Distrito y otro de los Proponentes”.⁸

1. Conforme a lo regulado en el pliego de condiciones, el 11 de agosto de 2003, 56 interesados se inscribieron en la lista como posibles oferentes.⁹ En consecuencia, ese mismo día se efectuó “el sorteo para escoger a los 10 oferentes para LA CONSTRUCCIÓN PARQUE CAPITOL Y PARQUE DE LAS FLORES (CONTRATACIÓN DIRECTA DTC-SID-012-2003”,¹⁰ de lo cual resultaron seleccionados como posibles oferentes, los siguientes:

“ORDEN DE SELECCIÓN	Nº DE INSCRIPCIÓN
1. ATEC LTDA	05
2. JORGE MEJIA BOTERO	13
3. TEOFILO RAMÍREZ SALCEDO	19
4. ROQUE PAREDES CALVO Y OTROS	20
5. MEJIA VILLEGAS CONSTRUCTORES	21
6. CIVIAMBIENTAL LTDA	34
7. JOSÉ V. TRUCCO PIÑERES	37
8. INARSEV LTDA	44
9. CONSORCIO OBRAS DISTRITALES	52
10. U.T. VILORIA Y VENGAL	53”. ¹¹

1. El 19 de agosto de 2003, Civiambiental LTDA. suscribió un documento mediante el cual conformó un consorcio con la sociedad Excavar S.A. “con el objeto de contratar el Proyecto: CONSTRUCCIÓN PARQUE CAPITOL Y PARQUE DE LAS FLORES- Contratación Directa No. 012 de 2003”.¹² Y ese Consorcio ocupó el primer lugar en el orden de elegibilidad de los proponentes habilitados, por lo que el entonces Alcalde del Distrito de Cartagena de Indias, Carlos Alberto Díaz Redondo, decidió adjudicarle el contrato.¹³

1. El 15 de septiembre de 2003, Carlos Alberto Díaz Redondo, celebró el contrato No. 6-04843 con el representante del Consorcio El Parque, el cual en la cláusula primera disponía:

“PRIMERA: OBJETO.- El objeto del presente contrato es la ejecución por el sistema de precios unitarios las obras necesarias para la recuperación urbanística y paisajística de la Plazoleta Capitol y Parque de Las Flores- CONTRATACIÓN DIRECTA DTC- SID-012-2003, de conformidad con los requerimientos hechos por la Alcaldía- Secretaría de Infraestructura Distrital, y a los precios unitarios que se señalaron en el anexo”.¹⁴

“TERCERA: TÉRMINO DE DURACIÓN.- El presente contrato tendrá una vigencia de CIENTO CINCO (105) días, contados a partir de su perfeccionamiento y el plazo de ejecución de las obras será de SETENTA Y CINCO (75) DIAS a partir de la suscripción del acta de iniciación de las obras, previo cumplimiento de los requisitos de ejecución. El acta de iniciación de las obras será suscrita dentro de los quince (15) días siguientes al cumplimiento de los requisitos de ejecución (...)”.¹⁵

1. Y, respecto del valor del contrato previó:

“CUARTA. VALOR- EL DISTRITO pagará al contratista, por la ejecución de la obra la suma de CIENTO OCHENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS M. CTE (\$189.189.793,00) resultante de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por los precios unitarios respectivos, que aparecen anexos en los

documentos que hacen parte de este contrato, y el costo de imprevistos (...).16

1. El 1 de octubre de 2003, el interventor de la obra y el representante del Consorcio El Parque acordaron suspender la ejecución del contrato, en atención a que habían “transcurrido los quince (15) días a partir de su perfeccionamiento y al Contratista no se le ha[bía] cancelado el anticipo correspondiente, además el área destinada a la ejecución de las obras esta[ba] ocupada por vendedores”.17

1. El 10 de noviembre de 2003, las partes del contrato suscribieron un documento denominado “Adicional No. 1 al contrato de obras públicas No. 6-04843 de septiembre 15 de 2003 celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y el Consorcio El Parque para la recuperación urbanística Parque de Las Flores”, el cual fue pactado por un valor de \$30.840.297 y, según la cláusula primera, tenía por objeto:

“PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO.- El objeto del presente contrato es la ejecución por el sistema de precios unitarios de las obras adicionales PARA LA RECUPERACIÓN URBANÍSTICA Y PAISAJÍSTICA DEL PARQUE DE LAS FLORES- CONTRATACIÓN DIRECTA DTC-SID 00 2003. Son materia de este contrato las obras que el CONTRATISTA, se compromete a ejecutar para el DISTRITO, a la presente cláusula”.18

1. Dichas obras adicionales, consistían en “la construcción de 15 módulos para los vendedores del parque”.19 Y, en la cláusula segunda, las partes pactaron un término de duración del contrato, de la siguiente forma:

“SEGUNDA: TÉRMINO DE DURACIÓN.- El término de duración del presente contrato adicional es de SESENTA (60) DÍAS y el término de ejecución es de TREINTA (30) DÍAS contados a partir del vencimiento del plazo inicialmente pactado (...).20

1. El 25 de noviembre de 2003, el interventor y el representante del Consorcio suscribieron el “Acta de suspensión de términos y vigencia del contrato adicional No. 1 al contrato de obras públicas No. 6- 04843”, en atención a que “el área necesaria para la ejecución de los trabajos esta[ba] ocupada por vendedores estacionarios”.²¹

1. El 26 de marzo de 2004, el interventor y el representante del Consorcio suscribieron el Acta de Inicio de Obras del contrato. En esta, el contratista dejó constancia de que, aunque “recibió el anticipo correspondiente en Noviembre 30 de 2003, no se pudieron adelantar las actividades debido a que las áreas de trabajo se encontraban ocupadas por los vendedores estacionarios”, por lo que “[s]olo hasta la fecha del presente acta se logro (sic) el traslado de los vendedores del Parque de Las Flores, el Parque Capitol todavía se encuentra ocupado por los vendedores estacionarios”.²²

1. El 5 de mayo de 2004, el interventor y el representante del contratista suscribieron un documento denominado “Acta parcial de recibo de obras No. 1 Contrato No. 6-04843”.²³ Y, el 7 de junio de 2004, suscribieron dos documentos, el primero, denominado “Acta parcial de recibo de Obras No. 2 Contrato No. 6-04843”²⁴ y, el segundo, denominado “Acta Final de recibo de obras Contrato No. 6-04843”.²⁵

1. El 30 de junio de 2004, el interventor y el representante del contratista suscribieron el “Acta de inicio de obras del contrato adicional No. 1 al Contrato de obras públicas No. 6-04843”.²⁶

1. El 9 de julio de 2004, el interventor y el representante del contratista suscribieron el “Acta parcial de recibo de obras No. 1 - Contrato adicional No. 1 al contrato de obras públicas No. 6-04843”.²⁷

1. Ese mismo día, además, venció el plazo de ejecución del “Adicional No. 1 al contrato de obras públicas No. 6-04843 de septiembre 15 de 2003 celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y el Consorcio El Parque para la recuperación urbanística Parque de Las Flores”, que era de treinta (30) días contados “a partir del vencimiento del plazo inicialmente pactado”.²⁸

1. El 30 de agosto de 2004,²⁹ vencidos los plazos de ejecución pactados tanto del contrato No. 6-04843, como el del “Adicional No. 1 al contrato de obras públicas No. 6-04843” el accionante, Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior, en su condición de Alcalde del Distrito de Cartagena de Indias, y el representante del Consorcio El Parque suscribieron el “Adicional # 2 del contrato de obras públicas No. 6-04844 (sic) de septiembre 15 de 2003 celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y el Consorcio El Parque para la recuperación urbanística Parque de Las Flores”.³⁰

1. Según la Cláusula Primera, ese acuerdo tuvo por objeto:

“PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO.- El objeto del presente contrato es la ejecución por el sistema de precios unitarios de las obras adicionales, mayores cantidades PARA LA RECUPERACIÓN URBANÍSTICA PARQUE DE LAS FLORES”.³¹

1. Y el término de duración pactado fue:

“TERMINO DE DURACIÓN.- El término de duración del presente contrato adicional es de SESENTA (60) DIAS contados a partir del vencimiento del plazo pactado en el adicional No. 1 del 2004”.³²

1. Las obras adicionales, consistían en 30 módulos adicionales para los vendedores

estacionarios del Parque de las Flores. Para ello, se pactó un valor de \$64.000.000.³³

1. El 30 de septiembre de 2004, el contratista, el interventor y el Secretario de Infraestructura suscribieron el “Acta de Liquidación Final del Contrato 6-04843 y sus adicionales No. 1 y 2”.³⁴ Los principales hitos de las relaciones contractuales hasta aquí descritas pueden sintetizarse gráficamente, así:

1. El 6 de junio de 2006, la Fiscalía General de la Nación dispuso la apertura de instrucción,³⁵ con fundamento en los hechos descritos en los numerales anteriores.³⁶

1. El 18 de abril de 2013, la Fiscalía 13 Seccional delegada ante los Jueces Penales de Cartagena definió la situación jurídica del señor Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior y los demás vinculados al proceso penal,³⁷ y “dio la calificación jurídica provisional de contrato sin cumplimiento de requisitos legales del artículo 410 del Código Penal (...) y peculado por apropiación del artículo 397” del mismo Código.³⁸ En esta misma decisión decretó medida de aseguramiento contra el señor Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior.³⁹ Contra esa decisión, los interesados interpusieron recurso de apelación, el cual fue remitido el 23 de mayo de 2013 a la Oficina de Asignaciones de la Seccional de Cartagena, mediante Oficio N° 490.⁴⁰

1. Posteriormente, mediante Auto del 13 de agosto de 2013, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena resolvió una solicitud de control de la medida de aseguramiento presentada por la defensa de los procesados y ordenó la libertad inmediata de estos al considerar que la medida de aseguramiento “no había cumplido requisitos, en especial, lo relacionado con el peligro para la comunidad”.⁴¹

1. El Fiscal Seccional 13 delegado ante los Jueces Penales de Cartagena presentó una acción de tutela por considerar que la decisión del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena había vulnerado su derecho fundamental al debido proceso. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mediante la “Sentencia del 5 de septiembre de 2013, tuteló el derecho fundamental al debido proceso y dispuso dejar sin efectos el Auto del 13 de agosto de 2013”.⁴² Sin embargo, mediante Sentencia del 28 de octubre de 2013, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia revocó esta decisión.⁴³

1. El 16 de octubre de 2013, se hizo la calificación del sumario y se profirió resolución de acusación⁴⁴ en contra de Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Además, se precluyó la investigación en su contra por el delito de peculado por apropiación.⁴⁵ Esta decisión fue impugnada, mediante la presentación de los recursos de reposición y apelación. Sin embargo, la decisión del 16 de octubre de 2013 fue confirmada en ambos casos.⁴⁶

1. El 21 de enero de 2014, fue repartido el asunto al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena para efectos de que se diera apertura al juicio.⁴⁷

1. El 7 de abril de 2017, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena profirió sentencia de primera instancia en la que declaró penalmente responsable, entre otros, al señor Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales⁵³ y lo condenó a las “penas principales de prisión de setenta y dos (72) meses, multa equivalente a ochenta y siete punto cinco (87.5) SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período de ochenta y un (81) meses”.⁵⁴ En concreto, al considerar que el señor Barboza Senior, en su condición de alcalde del Distrito de Cartagena de Indias, suscribió el Adicional #2 al contrato No. 6-04843 sin efectuar proceso

de selección alguno.⁵⁵

1. La sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena fue apelada por la defensora de Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior y otros.

1. El 16 de marzo de 2018, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena confirmó la decisión. Concluyó que “el segundo pacto de adición [al contrato No. 6-04843] no fue tal, sino que realmente se trataba de un nuevo contrato y, por tanto, [el señor Barboza Senior] estaba obligado a adelantar el proceso de contratación que correspondiera”.⁵⁶ En ese sentido, “la adjudicación arbitraria e injustificada del negocio jurídico, vulneró los principios de transparencia y selección objetiva contemplados en la ley 80 de 1993, y en consecuencia, incurrió en el delito de contrato sin requisitos legales”.⁵⁷ Contra esa decisión, los implicados presentaron recurso extraordinario de casación.

1. El 11 de marzo de 2020, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió casar parcialmente la sentencia del 16 de marzo de 2018 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.⁵⁸ En la providencia se refiere de manera general a las circunstancias de todos los implicados en el proceso.

1. Para el asunto que atañe en esta oportunidad a la Corte, cabe advertir que en el caso del señor Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior la casación se formuló por un cargo con sustento en la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000.⁵⁹ En concreto, por un supuesto “error de hecho por falso juicio de existencia por omisión” en la valoración de algunos documentos probatorios incorporados en la fase de instrucción por parte de la Fiscalía, y que de haberse valorado, según la defensora de Barboza Senior, el Tribunal Superior de Cartagena “se habría percatado que el contrato no terminó el 7 de junio de 2004, que lo realizado por el alcalde (sic) BARBOZA SENIOR era una adición y que no tenía que efectuar una nueva contratación”.⁶⁰

1. Sobre este asunto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia explicó que la sentencia recurrida había llegado a una decisión razonable con fundamento en todo el material probatorio incluido en el expediente, de acuerdo con el cual, después de valorarlo íntegramente, el Tribunal Superior de Cartagena concluyó que, el señor Barboza Senior al firmar el Adicional N° 2 al Contrato de obras públicas No. 6-04843, procedió de manera “irregular” y “desconoció los principios de transparencia y selección objetiva al adjudicar la obra a quien había oficiado como contratista en el precedente negocio jurídico”.⁶¹ De ahí que, contrario a lo alegado por el demandante, de acuerdo con las pruebas del proceso, no se trató de una adición contractual, y el contrato sí finalizó el 7 de junio de 2004. Así pues, precisó que “aun cuando en el fallo de segunda instancia no aparecen expresamente mencionados cada uno de los documentos relacionados en el cargo como omitidos, ello por sí solo no estructura un yerro de esa naturaleza, máxime cuando no se contrastan las consideraciones apreciativas que sustentan la decisión de primera instancia que, con la de segunda, conforman una unidad jurídico inescindible, en todo aquello que no resulte opuesto”.⁶²

1. En consecuencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia concluyó que el cargo no prosperaba y, por ende, confirmó lo decidido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en cuanto a la responsabilidad penal del señor Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, así como la condena impuesta.

A. Solicitud de tutela

1. El 20 de agosto de 2020, mediante su apoderado, el señor Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior promovió acción de tutela en contra de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, con el fin de obtener la

protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.⁶³ En su escrito, señaló que las autoridades accionadas al proferir las sentencias del 11 de marzo de 2020 y del 16 de marzo de 2018, respectivamente, incurrieron en: (i) un defecto fáctico, por haber dejado de valorar pruebas relevantes que fueron allegadas al proceso;⁶⁴ y, (ii) en una violación directa de la Constitución por desconocer (a) el principio de interpretación conforme a la Constitución,⁶⁵ y (b) la garantía del juez imparcial.⁶⁶

1. En cuanto al defecto fáctico, el accionante explicó que en “la decisión del Tribunal Superior de Cartagena posteriormente confirmada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no se realizó una valoración del material probatorio allegado al proceso, pues se omitió considerar elementos que, dadas las circunstancias del caso, hubieren llevado a una variación sustancial de la decisión”.⁶⁷ A su juicio “alrededor de 15 pruebas [documentales] directamente ligados (sic) con el objeto del presunto delito, no fueron analizadas”⁶⁸ por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, lo que lo condujo al error de (i) afirmar que el contrato estaba vencido al momento de la firma del Adicional No. 2,⁶⁹ y (ii) concluir que lo suscrito por el señor Barboza Senior, el 30 de agosto de 2004 no fue una adición, sino un contrato nuevo que requería de un proceso de contratación propio.

1. Concretamente, señaló que “la prueba utilizada por el juzgador para identificar la responsabilidad penal (...) fue el acta de entrega parcial de 7 de junio de 2004 pues en ella se indicaba que se trataba de un acta de entrega final”. Sin embargo, de una “valoración conjunta de los elementos de prueba válidamente incorporados al proceso, el juzgador habría encontrado que el contrato no terminó en dicha fecha, que por tanto la actuación del entonces alcalde se trataba de una adición que respetaba la Ley y en ese sentido no era la realización de un nuevo proceso de selección”. Así pues, en su criterio, la omisión en la valoración de las pruebas “tuvo una implicación directa en la determinación de la hipótesis creíble y lo llevó a error, en la medida que no le permitió identificar otra hipótesis, fundamentada por demás en más elementos de prueba que la primera”.⁷⁰

1. Por otra parte, explicó que “esta falta de análisis probatorio no permitió estudiar que, al momento de la firma de los adicionales, el contrato no estaba vencido, toda vez que el contrato principal (contrato 6-04843) tenía una vigencia de 105 días, se suscribió el día 15 de septiembre del 2003 y se inició, por diversos motivos, el 26 de marzo del 2004. Por otra parte, el contrato adicional número uno (1) se suscribió el 10 de noviembre del 2003 y tenía una vigencia de 60 días, la cual entraba a regir una vez finalizada la vigencia del contrato inicial. Ahora bien, si el contrato No. 6-04844 (sic) se inició el 26 de marzo del 2004 y tenía una vigencia total, incluyendo adicional número uno (1) de 165 días los cuales equivalen a 5 meses y medio aproximadamente, es claro que el contrato quedaba sin vigencia el día 7 de septiembre del 2004. Luego, si el contrato adicional numero dos (2) se firmó en el mes de agosto del 2004, es evidente que el contrato No. 6-04844 (sic) aún estaba vigente”.⁷¹

1. Además, señaló que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia también omitió “la valoración de las pruebas reseñadas al reiterar la posición del juzgado basado en su particular lectura del acta de liquidación, como elemento de prueba que, utiliza esta Alta Corporación con el objetivo de fortalecer la posición del Tribunal”.⁷² Esto, aunque “la reiteración del título del acta de 7 de junio de 2003, por su referencia en el acta de liquidación, no implica en ninguna medida un estudio de los elementos de prueba referenciados, ni siquiera del contenido mismo del acta de liquidación”.⁷³

1. En cuanto a la violación directa de la Constitución por desconocer el principio de interpretación conforme a esta, el demandante señaló que las demandadas incurrieron en ese defecto porque (i) aplicaron un tipo penal en blanco “sin tener en cuenta las remisiones normativas necesarias para determinar su alcance en respeto al principio de legalidad”,⁷⁴ e “ignoraron las reglas extraídas a partir de la Ley 80 de 1994 (sic) ‘Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública’ y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (...) para determinar el alcance del tipo penal de ‘contrato sin cumplimiento de requisitos legales’”, aunque la Corte Constitucional en la Sentencia C-917 de 2001 señaló que para “la aplicación conforme a la constitución del tipo penal del artículo 410 del Código Penal es necesario acudir a las normas que permiten determinar el alcance

de la figura contractual aplicable al caso”;⁷⁵ (ii) acogieron la interpretación desfavorable ante la diversidad de posiciones interpretativas expresadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado,⁷⁶ y de la Corte Suprema de Justicia⁷⁷ sobre el contenido y alcance del concepto de “contrato adicional”; (iii) desconocieron la “interpretación flexible del concepto de objeto contractual” prevista en la Sentencia C-300 de 2012 la cual aceptó que la figura permite al contratista y a la administración que el objeto pueda ser complementado, siempre y cuando se trate de la adición de actividades necesarias para su adecuada realización”;⁷⁸ y, en consecuencia; (iv) negaron que la construcción de los módulos para los vendedores estacionarios “sí hacía parte del objeto del contrato” por ser necesarios para el cumplimiento del mismo.⁷⁹

1. Por último, explicó que se configuró también una violación directa de la Constitución por desconocimiento de la garantía a un juez imparcial porque la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, antes de proferir la Sentencia del 16 de marzo de 2018, ya había tenido un acercamiento al objeto del proceso penal “con prevenciones de ánimo”.⁸⁰ Esto, por cuanto dicho Tribunal, en su momento, tuvo que decidir en primera instancia sobre la acción de tutela presentada por el Fiscal Seccional 13 delegado ante los Jueces Penales por considerar que la decisión de levantar la medida de aseguramiento había vulnerado su derecho fundamental al debido proceso.

1. En esa ocasión, mediante la Sentencia del 5 de septiembre de 2013, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena decidió tutelar el derecho fundamental al debido proceso del Fiscal y dispuso dejar sin efectos el Auto del 13 de agosto de 2013⁸¹ proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena. Dicha decisión, según el accionante, “solo podía fundarse en que el Tribunal encontró que existían por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso”,⁸² en tanto, el artículo 355 de la Ley 600 de 2000, antiguo Código de Procedimiento Penal, disponía que “[s]olamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva. Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso”. A juicio

del accionante “este criterio sin duda implica un contacto previo con el tema a decidir, no meramente eventual o abstracto sino referido completa y específicamente al objeto del proceso”.⁸³

1. Conforme a lo expuesto, el apoderado del demandante señaló que la acción de tutela se dirigía contra “la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y en particular, contra la providencia judicial proferida el 16 de marzo de 2018 por el Tribunal Superior de Cartagena, la cual confirmó la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito”.⁸⁴ Y en las pretensiones solicitó “dejar sin efectos la sentencia proferida el 16 de marzo de 2018 por el Tribunal Superior de Cartagena, la cual confirmó la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa misma ciudad y condenó a Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior en calidad de autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales”.⁸⁵

A. Respuesta de las entidades accionadas

1. El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena señaló que el proceso penal seguido contra el señor Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior y otros le fue repartido y que, una vez finalizadas las audiencias públicas, “el día siete (7) de abril del 2017[,] (...) procedió a dictar la correspondiente sentencia condenatoria”.⁸⁶ Para el efecto, explicó que se respetaron los derechos al debido proceso, a la defensa, así como las demás garantías procesales. Afirmó que el accionante “tuvo todas las oportunidades legales para su defensa, y de hecho hizo uso de ellas”, por lo que, en su concepto “ahora no puede decirse que se le han vulnerado sus derechos, cuando acudió a todas las instancias habidas para su defensa”.⁸⁷ Por último, señaló que “de acuerdo al acervo probatorio (...) tuvo a bien, dictar un fallo condenatorio ajustado a derecho como se puede evidenciar en el mismo”,⁸⁸ el cual fue confirmado, aun cuando fue objeto de apelación y casación.

1. Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia afirmó que “no incurrió en vía de hecho o afectación de algún derecho fundamental que amerite la intervención del juez constitucional, tal como se desprende de la lectura íntegra de la providencia”⁸⁹ objeto de reproche. Para fundamentar dicha afirmación, empezó por señalar que “admitió las respectivas demandas [de casación] y, luego de obtener el concepto del representante del Ministerio Público, concluyó que la censura promovida contra el fallo de segunda instancia, no estaba llamada a prosperar”.⁹⁰

1. Indicó que al examinar el reparo sobre el presunto error de hecho derivado de un falso juicio de existencia por omisión “advirtió que, en efecto, en el fallo de segunda instancia no aparecen expresamente mencionados cada uno de los documentos relacionados en el cargo como omitidos, pero que ello por sí solo no estructuraba el falso juicio de existencia reprochado”.⁹¹ Esto, por cuanto, desde el fallo de primera instancia se hizo una relación detallada “con fundamento en las pruebas arrimadas al expediente, sobre la cadena de inconsistencias que rodearon el trámite contractual”.⁹² A partir de ello “fue posible establecer, al igual que el Tribunal, que lo suscrito por el procesado Barboza Senior el 12 de agosto de 2004, como alcalde de la ciudad de Cartagena, no configuró una segunda adición contractual, sino un convenio diferente que, como tal, requería adelantar un proceso de selección de acuerdo con la Ley 80 de 1993”.⁹³ Dicha conclusión tuvo fundamento “en el criterio fijado por esta Sala de Casación Penal, atendiendo a las ilustraciones del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional”,⁹⁴ sobre la diferencia entre la adición de un contrato y el contrato adicional.

1. En el término del traslado no se recibió pronunciamiento alguno por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

A. Sentencia de tutela de primera instancia

1. Mediante la sentencia del 11 de septiembre de 2020, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia negó la tutela reclamada, pues consideró que la providencia emitida por la Sala de Casación Penal de esa misma Corte “no envuelve algún error configurativo de ‘vía de hecho’”,⁹⁸ dado que “sus tesis comportan una motivación atendible y acorde al tópico base de discordia”.⁹⁹ Después de hacer una reseña de los argumentos en los que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia fundamentó su decisión de no casar la sentencia del 16 de marzo de 2018 proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, al menos en lo que se refiere al caso del señor Barboza Senior, concluyó que lo “expuesto por el quejoso y lo dirimido por la ‘Colegiatura’, muestra una disparidad de pareceres, pero no un desliz colosal de ésta”,¹⁰⁰ por cuanto “la institución acusada expuso con suficiencia porqué (sic), en su opinión, el ruego invocado no era aceptable, desvirtuando todos los yerros alegados por el demandante”.¹⁰¹ Por último, frente al reproche consistente en el desconocimiento de la garantía de un juez imparcial, expuso que “tal circunstancia no fue alegada en el respectivo juicio, motivo que basta para soslayar el requerimiento en honor al principio de subsidiariedad que rige en esta senda”.¹⁰²

A. Impugnación

1. Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior, a través de su apoderado, impugnó el fallo de primera instancia. Luego de reiterar los argumentos fácticos y jurídicos del escrito de tutela, fundamentó la impugnación en que el “fallo de primera instancia de tutela violó de manera absoluta el deber de motivación que exige el ordenamiento jurídico”.¹⁰³ Al respecto, señaló que (i) el análisis sobre el defecto fáctico fue despachado “sin analizar los argumentos expuestos sobre la relevancia de las pruebas omitidas en el caso”,¹⁰⁴ lo cual desconoció los criterios establecidos por la Corte Constitucional para determinar la existencia de un error de esta naturaleza, pues estos exigen “un estudio a profundidad del caso concreto en el que se aborde punto por punto las sindicaciones realizadas sobre dichas omisiones y valoraciones y se determine de manera específica y mediante un juicio concienzudo si las mismas revisten un rango de arbitrariedad con incidencia en el sentido de la sentencia que configure una vía

de hecho digna de tutela”.¹⁰⁵ Sin embargo, el fallo de tutela de primera instancia “no aportó ningún análisis de los elementos constitutivos de los defectos fácticos, ningún razonamiento sobre los argumentos aportados en este caso concreto respecto de la omisión de prueba”.¹⁰⁶

1. Asimismo, explicó que (ii) no hubo análisis sobre el vicio relacionado con la violación directa a la Constitución por desconocimiento de la interpretación conforme a esta. Resaltó que en el escrito de tutela se explicó “la ausencia de regulación legal de la figura del contrato adicional, así como de la diversidad de posturas relativas al asunto y la obligación prevista en el precedente constitucional (C-917 de 2001) de aplicar el tipo penal del artículo 410 del Código Penal en respeto de los principios de legalidad y tipicidad”.¹⁰⁷ No obstante, adujo que dichos argumentos “no fueron retomados ni mucho menos analizados, sino ignorados en su totalidad por el fallador”.¹⁰⁸ Por último, afirmó que el argumento sobre la violación directa a la Constitución por desconocimiento del derecho al juez imparcial se descartó “con una simple mención al criterio de subsidiariedad”.¹⁰⁹ Ello, a su juicio, implica ignorar las razones dadas en el escrito de tutela sobre por qué una conclusión en ese sentido “implicaría una prevalencia irrazonable de la forma sobre el fondo”.¹¹⁰

A. Sentencia de tutela de segunda instancia

1. Mediante providencia del 14 de octubre de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo impugnado. Después de hacer una síntesis de los análisis y conclusiones de la de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el fallo objeto de amparo constitucional, consideró que dicha decisión “no es arbitraria o caprichosa ni puede considerarse lesiva de garantías superiores, dado que el juez convocado valoró adecuadamente los elementos de prueba que se incorporaron al expediente con sujeción a las reglas de la sana crítica”.¹¹¹ En ese sentido, señaló que “no es admisible que el juez de tutela sustituya al juez de conocimiento para valorar las pruebas o imponer su propio criterio como lo pretende el impugnante”.¹¹² Por último, en relación al argumento del

accionante sobre la vulneración a la garantía a un juez imparcial, señaló que “él mismo reconoce que no alegó tal circunstancia en el juicio, situación que hace patente el incumplimiento del requisito de subsidiariedad de este mecanismo en ese aspecto”.¹¹³

A. La selección del caso y las actuaciones en sede de revisión

1. El 6 de abril de 2021, por medio de un correo electrónico, el apoderado del demandante solicitó la selección del expediente de tutela señalando que el asunto cumple con diferentes criterios orientadores de aquellos previstos en el artículo 52 del Reglamento Interno de la Corporación, tales como: (i) criterio objetivo por desconocimiento de precedente, y (ii) criterio subjetivo por la existencia de una grave violación a un derecho fundamental. Este expediente correspondió al estudio del rango de competencia de la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco, la cual decidió excluirlo de revisión.

1. El 2 de julio de 2021, con fundamento en la facultad prevista en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991 y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 57 del Acuerdo 02 de 2015, la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger y el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas insistieron en la selección del presente asunto para revisión por parte de la Corte Constitucional. En ambos casos se planteó la necesidad de aclarar el alcance del concepto de adición contractual, de conformidad con lo desarrollado por esta Corporación en la Sentencia C-300 de 2012. De igual manera, el Magistrado Reyes Cuartas indicó la importancia de pronunciarse sobre este asunto dado que existe divergencia de criterios jurisprudenciales de las Cortes frente a la aplicación del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 para determinar la responsabilidad penal.

1. Mediante Auto del 19 de julio de 2021, la Sala de Selección de Tutelas Número Siete escogió para su revisión el expediente T-8.165.203, con fundamento en los criterios objetivo por unificación de jurisprudencia y complementario por tratarse de una tutela contra

providencias judiciales en los términos de la jurisprudencia constitucional. De acuerdo con el referido auto, el expediente fue repartido y asignado para su conocimiento a la Sala Segunda de Revisión de Tutelas, en cabeza del Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar. El 5 de agosto de 2021, el expediente fue remitido por la Secretaría General al Despacho para su sustanciación.

1. El 2 de septiembre de 2021, se decretó la práctica de pruebas para un mejor proveer y verificar la presunta vulneración de los derechos fundamentales del accionante. En particular, por tratarse de una tutela contra providencia judicial, se solicitó en préstamo el expediente del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, en el cual fue condenado el señor Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior, entre otros, como autor responsable del delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.

1. El 17 de septiembre de 2021, se requirió a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y a los Juzgados 1 y 2 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cartagena para que dieran cumplimiento al auto del 2 de septiembre de 2021 y, en consecuencia, remitieran las pruebas decretadas. Adicionalmente, se suspendieron los términos para fallar, de conformidad con el artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional (Acuerdo 02 de 2015).

1. El 14 de octubre de 2021, la Presidencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena informó que había remitido, por segunda vez, el expediente físico a la Corte Constitucional mediante la empresa de mensajería Servientrega. Esto, por cuanto en la primera remisión que habían realizado el 4 de octubre de 2021, el expediente había sido devuelto.

1. El 5 de noviembre de 2021, la Secretaría General remitió al Despacho sustanciador, vía

correo electrónico, el expediente digitalizado del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00.

1. Posteriormente, el 8 de noviembre de 2021, con fundamento en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991,¹¹⁴ el apoderado del demandante solicitó como medida provisional que se procediera a la suspensión de la ejecución de la sentencia del 11 de marzo de 2020 proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual confirmó la decisión de primera y segunda instancia de condenar al señor Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior como autor del delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales. Para el efecto, argumentó que las providencias judiciales objeto de la acción de tutela, además de desconocer los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia del señor Barboza Senior “ponen en grave riesgo su derecho a la libertad personal, pues se encuentra ad-portas de ser ejecutada la pena privativa de la libertad a la que fue condenado por el término de 72 meses”.¹¹⁵

1. En comunicación allegada al Despacho el 15 de febrero de 2022, el apoderado del demandante reiteró la solicitud de la medida cautelar.

1. El 25 de febrero de 2022, se presentó informe a la Sala Plena de la Corte Constitucional, para que decidiera si asumía o no el conocimiento del proceso. Esto, habida cuenta que (i) se trata de una tutela que busca dejar sin efectos una sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; y que (ii) podría exigir de una sentencia de unificación para decidir sobre la posible configuración del defecto que el apoderado del accionante denominó “violación directa de la Constitución por desconocimiento del principio de interpretación conforme a la Constitución”, puesto que en la jurisprudencia de las Cortes existe disparidad de criterios sobre el contenido y alcance de una adición contractual en los términos del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

1. En sesión ordinaria del 9 de marzo de 2022, la Sala Plena de la Corte Constitucional asumió el conocimiento del proceso.

I. CONSIDERACIONES

A. Competencia

1. La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar y decidir sobre la acción de tutela de la referencia con arreglo a lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

A. Cuestión previa: solicitud de medida provisional

1. Con fundamento en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991,¹¹⁶ el apoderado del demandante solicitó como medida provisional que se suspendiera la ejecución de la sentencia del 11 de marzo de 2020 proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la decisión de primera y segunda instancia de condenar al señor Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior como autor del delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.

1. El artículo 7 del Decreto 2591 de 1991 faculta a los jueces de tutela para decretar, de oficio o a petición de parte, medidas provisionales cuando adviertan la urgencia y necesidad

de intervenir transitoriamente. El juez constitucional tiene la facultad de “suspender la aplicación del acto concreto que amenace o vulnere” un derecho fundamental, y de “dictar cualquier medida de conservación o seguridad” para “proteger un derecho” o “evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados”.¹¹⁹ Así pues, estas medidas tienen la finalidad de “velar por la supremacía inmediata de la Constitución, sea que esto implique proteger un derecho fundamental o salvaguardar el interés público”.¹²⁰ Ahora bien, la facultad de proferir medidas provisionales se encuentra habilitada desde la presentación de la acción de tutela hasta antes de proferir sentencia, “pues al resolver de fondo deberá decidir si tal medida provisional se convierte en permanente, esto es, definitiva o si por el contrario, habrá de revocarse”.¹²¹

1. En este caso, la Sala Plena encuentra pertinente realizar un análisis definitivo y no provisional, con fin de garantizar una adecuada definición jurídica sobre las pretensiones del accionante. Esto, habida cuenta que el demandante está privado de la libertad en su domicilio, y alega que las sentencias proferidas por las demandadas —que confirmaron la decisión de declararlo responsable como autor del delito previsto en el artículo 410 del Código Penal—, vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. Sin embargo, las decisiones condenatorias que se cuestionan se encuentran en firme, por lo que están amparadas por los efectos de la cosa juzgada y se presumen correctas hasta que se defina lo contrario. Esa presunción, además “resulta más fuerte cuando se trata de providencias dictadas por un órgano de cierre”,¹²² como lo es la Corte Suprema de Justicia, en la Sala de Casación Penal para este caso.

1. Por las razones anteriores, no es posible acceder a la solicitud de suspender los efectos de la providencia proferida por una Corte la que por lo demás, en principio, se presume ajustada a la Constitución. En tal virtud, la Sala Plena procederá a realizar el correspondiente análisis de procedencia de la acción de tutela.

A. Análisis de la procedencia de la acción de tutela

1. En primer lugar, la Sala considera necesario verificar si, en el presente caso, se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En caso de que así sea, corresponderá plantear el caso, definir los problemas jurídicos y exponer el esquema para resolverlos.

1. De manera reiterada, esta Corte ha sostenido que la acción de tutela procede sólo, de manera excepcional, contra providencias judiciales. Esta regla obedece a que en un Estado de Derecho deben respetarse los principios de independencia y autonomía judicial. También, al hecho de que las sentencias que emiten las autoridades judiciales en el marco de sus competencias tienen los efectos de la cosa juzgada.¹²³ Así pues, el respeto a aquellas garantiza el principio de la seguridad jurídica.¹²⁴ Sin embargo, a manera de excepción, la tutela puede proceder contra una providencia judicial, cuando se acreditan todos los requisitos generales de procedencia. Si ello es así, el juez de tutela podrá analizar, de mérito, si la providencia censurada resulta incompatible con la Constitución Política porque, por ejemplo, vulnera derechos fundamentales.¹²⁵

1. Los requisitos generales de procedencia son: 1) legitimación por activa y por pasiva: el juez de tutela debe verificar, por una parte, la titularidad de los derechos fundamentales de la persona que acude a la acción de tutela y, por otra parte, "(...) la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues [es quien] está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite la misma en el proceso";¹²⁶ 2) relevancia constitucional: el juez de tutela solo puede resolver controversias de orden constitucional con el objeto de procurar la materialización de derechos fundamentales, de modo que, no puede inmiscuirse en controversias de naturaleza legal¹²⁷ o de contenido económico;¹²⁸ 3) subsidiariedad: el demandante debió agotar todos los "medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial," excepto cuando el recurso de amparo se presente como mecanismo transitorio de protección de derechos fundamentales;¹²⁹ 4) inmediatez: la solicitud de protección de derechos fundamentales debe presentarse en un plazo razonable;¹³⁰ 5) irregularidad procesal decisiva: si lo que se

discute es la ocurrencia de una irregularidad procesal, aquella debe ser determinante en la vulneración de derechos fundamentales;¹³¹ 6) identificación razonable de los hechos vulneradores del derecho: el accionante debe enunciar los hechos presuntamente vulneradores y los derechos conculcados¹³² y, 7) que no se ataquen sentencias de tutela: las controversias sobre derechos fundamentales no pueden extenderse indefinidamente en el tiempo, pues ello afectaría la seguridad jurídica y el goce efectivo de los derechos fundamentales.¹³³ Respecto de esto último, deben tenerse en cuenta las precisiones hechas en la Sentencia SU-627 de 2015.¹³⁴

1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en los casos en los que acción de tutela se dirige contra sentencias de las Cortes, la sustentación de los requisitos generales de procedencia requiere de una argumentación cualificada. En efecto, la Sala Plena ha sostenido que “(...) la tutela en contra de una sentencia dictada, en particular, por una Alta Corte, exige valorar, prima facie, si la decisión se fundamentó en una actuación arbitraria e ilegítima de la autoridad judicial, violatoria de derechos fundamentales,” razón por la cual “(...) el examen de la relevancia constitucional debe ser más estricto que el que pudiera hacerse en los demás eventos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales”.¹³⁵

1. Lo anterior porque las Cortes cumplen un rol especial en el sistema judicial, en la medida en que son los órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones. En esta medida, ellas establecen precedentes al momento de interpretar las normas aplicables a cada uno de los casos que juzgan. Estos precedentes pueden ser horizontales o verticales. Como se precisó en la Sentencia SU-053 de 2015, “(...) el precedente horizontal hace referencia al respeto que un juez debe tener sobre sus propias decisiones y sobre las tomadas por jueces de igual jerarquía, mientras que el vertical apunta al acatamiento de los fallos dictados por las instancias superiores en cada jurisdicción, encargadas de unificar la jurisprudencia”.

1. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado es muy importante para establecer la interpretación del ordenamiento jurídico. Dado que la lectura

de los enunciados normativos no suele ser un asunto pacífico, “los precedentes de estas corporaciones constituyen una herramienta trascendental en la solución de casos en los cuales las leyes pueden admitir diversas comprensiones en aras de evitar decisiones contradictorias en casos idénticos”.¹³⁶

1. En este marco, la Corte Constitucional ha precisado que la interpretación unificada del derecho por parte de los órganos de cierre tiene un carácter instrumental, pues se trata de una herramienta que opera como condición para “(...) la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite”. Además, “[l]a previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley”.¹³⁷

1. Bajo esta perspectiva, ha explicado que la interpretación que realizan los órganos de cierre está sustentada en el principio de supremacía de la Constitución (art. 4 C.P.), el principio de igualdad (art. 13 C.P.), el debido proceso (art. 29 C.P.) y el carácter previsible de las interpretaciones de los jueces, como una expresión concreta del principio de confianza legítima (art. 83 C.P.). Es por ello por lo que las reglas sentadas por las Cortes deben observarse por los jueces de inferior jerarquía, razón por la cual deben presentar argumentos sólidos para apartarse del precedente fijado por la cabeza de la respectiva jurisdicción.¹³⁸

1. En esta línea, esta Corporación ha considerado que la tutela contra sentencias del Consejo de Estado o de la Corte Suprema de Justicia, como la que se controvierte en el caso sub examine, implica un grado de deferencia mayor por parte del juez constitucional, pues se trata de decisiones proferidas por el órgano límite de la jurisdicción ordinaria por disposición

expresa del constituyente (art. 237 C.P.) y que, en principio, están cobijadas por una garantía de estabilidad mayor que las decisiones proferidas por otros jueces, en razón de su papel en el ordenamiento jurídico.

1. En el presente caso, la Sala analizará los requisitos generales de procedencia con fundamento en estas reglas, es decir, con una carga interpretativa más rigurosa que la que se utiliza en otros casos.

1. Legitimación en la causa por activa y por pasiva

1. Por activa. En este caso, la acción de tutela fue presentada por el señor Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior, (i) quien fue el condenado en el proceso penal que concluyó con las sentencias condenatorias que se cuestionan y, en consecuencia, (ii) es titular de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, cuya vulneración se alega. Por tanto, en el asunto sub examine se satisface el requisito de legitimación en la causa por activa.

1. Por pasiva. La acción de tutela fue interpuesta contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, autoridades judiciales que profirieron, respectivamente, las Sentencias del 11 de marzo de 2020 y del 16 de marzo de 2018. Por ser las accionadas las autoridades que habrían incurrido en la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados, en el asunto sub examine se satisface el requisito de legitimación en la causa por pasiva.

1. Relevancia constitucional

1. El requisito de relevancia constitucional tiene tres finalidades, a saber: “(i) preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional y, por tanto, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad; (ii) restringir el ejercicio de la acción de tutela a cuestiones de relevancia constitucional que afecten los derechos fundamentales y, finalmente, (iii) impedir que la acción de tutela se convierta en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces”.¹³⁹

1. En consecuencia, el requisito de relevancia constitucional exige que, en cada caso concreto, el juez deba verificar que la acción de tutela no esté siendo utilizada como una instancia adicional a las previstas por las vías judiciales ordinarias,¹⁴² y que justifique “razonablemente la existencia de una restricción desproporcionada a un derecho fundamental”, puesto que no resulta suficiente “la mera adecuación del caso a un lenguaje que exponga una relación con derechos fundamentales”,¹⁴³ Así pues, no es suficiente que la parte demandante alegue la violación del derecho fundamental al debido proceso para entender acreditado el requisito general de procedencia de relevancia constitucional.

1. Con fundamento en estas consideraciones, la Sentencia SU-573 de 2019 y, posteriormente, la Sentencia SU-128 de 2021 reiteraron tres criterios de análisis para establecer si una tutela cumple con el requisito de relevancia constitucional.

1. Primero, la controversia debe versar sobre un asunto constitucional y no meramente legal y/o económico.¹⁴⁴ Las discusiones de orden legal o aquellas que se relacionan, exclusivamente, a un derecho económico deben ser resueltas mediante los mecanismos ordinarios dispuestos para su trámite, toda vez que al juez de tutela le está prohibido “inmiscuirse en materias de carácter netamente legal o reglamentario que han de ser definidos por las jurisdicciones correspondientes”.¹⁴⁵ Un asunto carece de relevancia

constitucional cuando: (i) la discusión se limita a la mera determinación de aspectos legales de un derecho, como, por ejemplo, la correcta interpretación o aplicación de una norma procesal, salvo que de ésta se desprendan claramente violaciones de derechos fundamentales; o (ii) sea evidente su naturaleza o contenido económico, por tratarse de una controversia estrictamente monetaria con connotaciones particulares o privadas, “que no representen un interés general”.¹⁴⁶

1. Segundo, “el caso [debe involucrar] algún debate jurídico que gire en torno al contenido, alcance y goce de algún derecho fundamental”.¹⁴⁷ Dado que el único objeto de la acción tutela es la protección efectiva de los derechos fundamentales, en los casos de acciones de tutela contra providencias judiciales, “es necesario que el asunto que [la] origina (...) tenga trascendencia para la aplicación y el desarrollo eficaz de la Constitución Política, así como para la determinación del contenido y alcance de un derecho fundamental”.¹⁴⁸ Por tal razón, los casos en los que se invoca la protección de derechos fundamentales, pero la solución se limita a la interpretación y aplicación de normas de rango legal, no tienen, en principio, relevancia constitucional.

1. Tercero, la tutela no es una instancia o recurso adicional para reabrir debates legales ya agotados en los procesos ordinarios. Según la jurisprudencia constitucional, “la tutela contra providencias judiciales no da lugar a una tercera instancia, ni puede reemplazar los recursos ordinarios”,¹⁴⁹ pues la competencia del juez de tutela se restringe “a los asuntos de relevancia constitucional y a la protección efectiva de los derechos [fundamentales] y no a problemas de carácter legal”.¹⁵⁰ En ese orden de ideas, la tutela en contra de un auto o una sentencia exige valorar si la decisión se fundamentó en una actuación ostensiblemente arbitraria e ilegítima de la autoridad judicial, violatoria de las garantías básicas del derecho al debido proceso.¹⁵¹ Solo así se garantiza “la órbita de acción tanto de los jueces constitucionales como de los de las demás jurisdicciones”.¹⁵²

1. Mediante la acción de tutela que ahora se analiza, el demandante pretende “dejar sin

efectos” las sentencias del 16 de marzo de 2018 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, y del 11 de marzo de 2020 proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, las cuáles dejaron incólume las decisiones del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena de condenar al demandante, entre otros, como “autor responsable del delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales”, e imponerle las “penas principales de prisión de setenta y dos (72) meses, multa equivalente a ochenta y siete punto cinco (87.5) SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período de ochenta y un (81) meses”.¹⁵³ Esto, por cuanto, a juicio del demandante, las autoridades accionadas, al proferir dichas sentencias, incurrieron en (i) un defecto fáctico, por haber dejado de valorar pruebas relevantes que fueron allegadas oportunamente al proceso y que habrían conducido a un conclusión opuesta respecto de la responsabilidad penal del accionante,¹⁵⁴ y (ii) en una violación directa de la Constitución por desconocer (a) el principio de interpretación conforme a la Constitución,¹⁵⁵ y (b) la garantía del juez imparcial.¹⁵⁶

1. En este caso, la Sala Plena considera que la acción de tutela satisface el requisito de relevancia constitucional, porque la controversia planteada no se refiere a un asunto “meramente legal y/o económico”,¹⁵⁷ y, prima facie, propone un debate jurídico en torno al alcance y contenido de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, en el marco de un proceso penal el cual “es expresión del poder punitivo del Estado y, en consecuencia, su ejercicio debe ser plenamente justificado, razonable y garante de todas las prerrogativas a las que haya lugar, pues detrás de su intervención se encuentra la afectación de bienes fundamentales en una democracia, como la libertad personal”.¹⁵⁸

1. Además, según expuso el demandante, en el caso sub judice pudo existir una indebida valoración del material probatorio allegado al proceso, así como un posible desconocimiento de los parámetros fijados por la Corte Constitucional que resultaban relevantes para resolver el caso y determinar la existencia de su responsabilidad penal.

1. En efecto, el demandante señaló que 15 pruebas documentales allegadas oportunamente al expediente del proceso penal no fueron tenidas en cuenta al proferir la decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena que, posteriormente, fue confirmada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo que condujo a las autoridades demandadas “a error, en la medida que no le[s] permitió identificar otras hipótesis, fundamentada (sic) por demás, en más elementos de prueba”, por lo que terminaron por condenar al señor Barboza Senior, pese a que, en criterio de este, las pruebas que no se valoraron evidenciaban que lo que suscribió el 30 de agosto de 2004 fue una adición contractual, que no exigía un nuevo proceso de contratación, y no un contrato adicional.¹⁵⁹

1. Asimismo, el demandante indicó que las demandadas (i) aplicaron un tipo penal en blanco “sin tener en cuenta las remisiones normativas necesarias para determinar su alcance en respeto al principio de legalidad”,¹⁶⁰ e “ignoraron las reglas extraídas a partir de la Ley 80 de 1994 (sic) ‘Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública’ y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (...) para determinar el alcance del tipo penal de ‘contrato sin cumplimiento de requisitos legales’”, aunque la Corte Constitucional en la Sentencia C-917 de 2001 señaló que para “la aplicación conforme a la constitución del tipo penal del artículo 410 del Código Penal es necesario acudir a las normas que permiten determinar el alcance de la figura contractual aplicable al caso”;¹⁶¹ (ii) acogieron la interpretación desfavorable ante la diversidad de posiciones interpretativas expresadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado,¹⁶² y de la Corte Suprema de Justicia¹⁶³ sobre el contenido y alcance del concepto de “contrato adicional”; (iii) desconocieron la “interpretación flexible del concepto de objeto contractual” prevista en la Sentencia C-300 de 2012 la cual aceptó “que la figura permite al contratista y a la administración que el objeto pueda ser complementado, siempre y cuando se trate de la adición de actividades necesarias para su adecuada realización”;¹⁶⁴ y, en consecuencia; (iv) negaron que la construcción de los módulos para los vendedores estacionarios “sí hacía parte del objeto del contrato” por ser necesarios para el cumplimiento del mismo.¹⁶⁵

1. Así pues, la discusión involucra debates relevantes desde el punto de vista constitucional, en torno a la forma en que fueron valoradas de las pruebas documentales allegadas al expediente y a las interpretaciones que esta y las demás Cortes han efectuado sobre (a) la aplicación del artículo 410 del Código Penal, (b) el límite de las modificaciones al objeto de los contratos públicos y (c) el alcance y contenido de la garantía del juez imparcial. En consecuencia, se concluye que la acción de tutela tiene relevancia constitucional.¹⁶⁶

1. Subsidiariedad

1. La Sala Plena procede con el examen del requisito de subsidiariedad, para lo cual, iniciará con el estudio, por separado, de los argumentos relacionados con la supuesta vulneración de la garantía del juez imparcial, para luego efectuar el análisis, de manera conjunta, de los demás argumentos presentados en el escrito de tutela.

1. Análisis del requisito de subsidiariedad respecto del defecto por violación directa de la Constitución por la presunta vulneración de la garantía del juez imparcial

1. La Sala Plena evidencia que los argumentos relacionados con la presunta vulneración de la garantía del juez imparcial no satisfacen el requisito de subsidiariedad.

1. El demandante manifestó que se configuró una violación directa de la Constitución por desconocimiento de la garantía a un juez imparcial porque la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, antes de proferir la Sentencia del 16 de marzo de 2018, había tenido un acercamiento al objeto del proceso penal “con prevenciones de ánimo”.¹⁶⁷ Esto, por cuanto dicho Tribunal, en su momento, tuvo que decidir en primera instancia sobre una acción de tutela que presentó el Fiscal Seccional 13 Delegado ante los Jueces Penales de

Cartagena, en la que alegó que la decisión de levantar la medida de aseguramiento contra los procesados —entre ellos el demandante—, contenida en el Auto del 13 de agosto de 2013 proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena, había vulnerado su derecho fundamental al debido proceso.

1. En esa ocasión, mediante la Sentencia del 5 de septiembre de 2013, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena tuteló el derecho fundamental al debido proceso del Fiscal Seccional 13 delegado ante los Jueces Penales de Cartagena, y dejó sin efectos el Auto del 13 de agosto de 2013¹⁶⁸ proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena. Posteriormente, ese mismo Tribunal fungió como juez de segunda instancia en el proceso penal adelantado contra el demandante.

1. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al decidir en primera instancia sobre la acción de tutela que ahora se tramita en sede de revisión, concluyó sobre este asunto que “frente a la eventual transgresión por la imparcialidad del Tribunal referida por el promotor en el libelo, tal circunstancia no fue alegada en el respectivo juicio, motivo que basta para soslayar el requerimiento en honor al principio de subsidiariedad”.¹⁶⁹

1. Y, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en segunda instancia, confirmó esa conclusión. Al respecto, afirmó que “el actor insiste en que la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena no fue imparcial porque conoció una acción de tutela sobre la medida de aseguramiento que se le impuso en el proceso penal, no obstante, él mismo reconoce que no alegó tal circunstancia en el juicio, situación que hace patente el incumplimiento del requisito de subsidiariedad de este mecanismo en ese aspecto”.¹⁷⁰

1. La Sala Plena estima que los jueces de instancia acertaron al determinar la falta de acreditación del requisito de subsidiariedad respecto de la supuesta vulneración de la garantía al juez imparcial. En efecto, en el escrito de tutela el demandante reconoció no

haber alegado esa circunstancia en el curso del proceso penal. Concretamente afirmó:

“(…) Si bien se trata de una circunstancia que no fue alegada en el juicio ante el Tribunal, esto no desconoce las profundas implicaciones que tuvo sobre los derechos de mi representado y en este sentido, la falta de análisis de esta vulneración bajo el argumento de que no se cumplen los requisitos procedimentales de procedencia de la acción de tutela implicaría una prevalencia irrazonable de la forma sobre el fondo, de forma tal que estos fueran concebidos como un obstáculo para la satisfacción de los derechos fundamentales a través del ejercicio de la acción de amparo”.¹⁷¹

1. Respecto de estos argumentos del demandante, resulta relevante reiterar que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial “subsidiario y residual”, lo que significa que “sólo es procedente supletivamente, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo estos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable”.¹⁷² Bajo esa perspectiva, se entiende que “la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos dentro de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”.¹⁷³

1. En ese sentido, en principio, le corresponde al interesado “agotar todos los medios judiciales ordinarios que tenga al alcance para procurar la defensa de sus derechos fundamentales, como requisito previo para acudir al mecanismo de amparo constitucional”.¹⁷⁴ Esto, habida cuenta que el carácter subsidiario de la acción de tutela pretende asegurar que esta no sea implementada como “un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el legislador. Menos aún, que resulte ser un camino excepcional para solucionar errores y omisiones de las partes o para corregir oportunidades vencidas en los procesos jurisdiccionales ordinarios”.¹⁷⁵ De modo que, cuando se atacan decisiones judiciales proferidas en un proceso que ha concluido, esta Corte ha señalado que el juez constitucional debe asegurarse de que la “la acción de amparo no se está utilizando

para revivir oportunidades procesales vencidas”.176

1. Así pues, la exigencia del cumplimiento del requisito de subsidiariedad no puede ser interpretada como un mero capricho del juez constitucional para darle prevalencia a la forma sobre el fondo, puesto que esa exigencia responde al diseño que la Constitución trae de la acción de tutela y a las específicas funciones que esta acción cumple en el ordenamiento jurídico colombiano.

1. Pues bien, en este caso, se evidencia que el demandante tuvo por lo menos 2 oportunidades y mecanismos jurídicos mediante los cuales debió haber alegado, al interior del proceso penal, la supuesta falta de imparcialidad de los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena al momento de proferir la sentencia del 16 de marzo de 2018.

1. Por una parte, en el curso de la segunda instancia, el demandante debió haber hecho uso de la recusación como mecanismo judicial para poner de presente sus dudas sobre la imparcialidad de los Magistrados del Tribunal ahora demandado. En efecto, la institución procesal de la recusación,¹⁷⁷ tiene el propósito de garantizar la independencia e imparcialidad de los funcionarios judiciales, quienes, a petición de parte, deben apartarse del proceso que vienen conociendo cuando se configura alguna de las causales de impedimento expresamente descritas en la ley.¹⁷⁸

1. Al respecto, el artículo 105 de la Ley 600 de 2000 —procedimiento penal bajo el cual se adelantó el proceso en contra del demandante— dispone:

“Artículo 105. Requisitos y formas de recusación. Si el funcionario judicial en quien concurra alguna de las causales de impedimento no lo declarare, cualquiera de los sujetos procesales podrá recusarlo.

La recusación se propondrá por escrito ante el funcionario judicial que conoce del asunto,

acompañando las pruebas, cuando fuere posible, y exponiendo los motivos en que se funde” (énfasis propio).

1. El artículo 106 de esa misma Ley señala:

“Artículo 106. Aceptación o rechazo de la recusación. Si el funcionario judicial recusado aceptare como ciertos los hechos en que la recusación se funda, se continuará el trámite previsto cuando se admite causal de impedimento. En caso de no aceptarse, se enviará a quien le corresponde resolver para que decida de plano, si la recusación versa sobre magistrado decidirán los restantes magistrados de la sala.

Presentada la recusación, el funcionario resolverá inmediatamente mediante providencia motivada” (énfasis propio).

1. De modo que por ser un asunto relevante que, según su dicho, afectaba su derecho al debido proceso, el accionante debió acudir a la recusación como mecanismo judicial para poner de presente sus dudas sobre la imparcialidad de los magistrados del Tribunal ahora demandado por vía de tutela.

1. En este primer escenario, el argumento del demandante podría, incluso, no satisfacer el requisito de inmediatez porque la recusación se habría tenido que alegar antes de que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena proferiera la sentencia de segunda instancia, del 16 de marzo de 2018. Y, la acción de amparo fue radicada el 20 de agosto de 2020, es decir, más de dos años después de proferido el fallo en cuestión, término que, en este escenario resultaría irrazonable.

1. Por otra parte, el demandante debió también alegar esas preocupaciones sobre la supuesta falta de imparcialidad de los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial

de Cartagena, a través del recurso de casación. Concretamente, mediante la causal prevista en el numeral 3 del artículo 207 de la Ley 600 de 2000 que prevé que el recurso de casación procede “[c]uando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”. Esto, teniendo en consideración que el artículo 306 de esa misma ley dispone que son causales de nulidad “[l]a comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso”, dentro de lo cual, sin duda, se encuentran comprendidos los casos en los que se profieran decisiones dentro de un proceso penal sin apego al principio de imparcialidad.

1. Sin embargo, el demandante dejó de usar la recusación y el recurso de casación como mecanismos jurídicos ordinarios y eficaces para poner de presente, al interior del proceso penal, esa supuesta falta de imparcialidad de los Magistrados del Tribunal. De modo que, no es admisible que ahora pretenda revivir esas oportunidades procesales a través de la acción de tutela, pues, como se explicó esta es un mecanismo residual constitucional.

1. En virtud de lo anterior, la Sala Plena concluye que los argumentos relacionados con la presunta vulneración de la garantía constitucional al juez imparcial no satisfacen el requisito de subsidiariedad.

1. Análisis del requisito de subsidiariedad respecto del defecto fáctico y del defecto por violación directa de la Constitución por la presunta vulneración del principio de interpretación conforme a esta

1. Respecto del defecto fáctico y del defecto de violación directa a la Constitución por desconocimiento del principio de interpretación conforme a esta, la Sala Plena encuentra acreditados los requisitos de subsidiariedad, porque el accionante no cuenta con otro mecanismo judicial para controvertir las decisiones proferidas por las accionadas. En efecto, el accionante, antes de presentar la acción de tutela sub examine, agotó todos los recursos e instancias previstos en la Ley 600 de 2000, con el propósito de controvertir las providencias cuestionadas.

1. Así, mediante la sentencia del 16 de marzo de 2018, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena resolvió el recurso de apelación presentado por la defensa del señor Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior, en contra de la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena el 7 de abril de 2017. Y, mediante la sentencia del 11 de marzo de 2020, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió sobre la demanda de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena. En consecuencia, la Sala encuentra cumplido el requisito de subsidiariedad respecto del defecto fáctico y del defecto de violación directa a la Constitución por desconocimiento del principio de interpretación conforme a esta.

1. Inmediatez

1. Salvo por la falta de inmediatez mencionada respecto de la transgresión de la garantía del juez imparcial, de manera general se puede considerar que la acción de tutela sub examine satisface el requisito de inmediatez. En efecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia profirió el 11 de marzo de 2020 la sentencia de casación recurrida y el accionante formuló el escrito de tutela el 20 de agosto de 2020. En este sentido, transcurrieron cinco meses y nueve días entre la última sentencia proferida en el proceso penal y la solicitud de amparo, término que resulta razonable. Por consiguiente, la Sala también encuentra cumplido el requisito de inmediatez respecto de los defectos fáctico y de violación directa a la Constitución por desconocimiento del principio de interpretación conforme a esta.

1. Verificación de los demás requisitos de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencia judicial

1. El resto de las exigencias de procedencia se examinan únicamente frente al defecto fáctico y al defecto por violación directa de la Constitución por la vulneración del principio de interpretación conforme a esta.

1. Del contenido de los argumentos plasmados en la demanda de tutela, se identifica que, a juicio del demandante, la supuesta falta de valoración de 15 pruebas documentales por parte del Tribunal Superior de Cartagena condujo a que este adoptara una teoría del caso equivocada, a partir de la cual concluyó que (i) lo suscrito por el señor Barboza Senior fue un contrato adicional que debía celebrarse conforme a un proceso de contratación independiente, y no, una adición contractual, y que (ii) el contrato No. 6-04843 de 2004 terminó el 7 de junio de 2004, aunque las mencionadas pruebas documentales evidenciaban lo contrario. Así pues, esa supuesta irregularidad procesal consistente en la falta de valoración de pruebas documentales oportunamente allegadas al expediente del proceso penal, aparentemente, sería decisiva para definir la responsabilidad penal del señor Barboza Senior, por lo que, respecto de esos argumentos se tiene acreditado el requisito de que la irregularidad procesal sea, prima facie, decisiva. Por otra parte, los argumentos del escrito de tutela se dirigen a señalar la interpretación que se le debió haber dado a las normas penales y a las normas que regulan la contratación pública para que resultaran conforme a los mandatos constitucionales. Por esta razón, respecto de esos argumentos no es necesario estudiar este requisito.

1. Asimismo, la tutela satisface el requisito de identificar de manera razonable los hechos vulneradores del derecho, dado que los argumentos que sustentan la configuración de los defectos siguen un orden comprensible y se articulan en un discurso claro.

1. Por último, la acción de tutela se dirige contra unas sentencias dictadas por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante las cuales se confirmó la decisión de condenar, entre otros, al señor Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior como autor del delito de contrato sin

cumplimiento de requisitos legales. En tal virtud, es evidente que no se trata de una tutela contra una sentencia de tutela.

1. Este análisis de los requisitos de procedencia cumple el exigente estándar en relación con la acción de tutela contra sentencias de las Cortes porque la supuesta falta de valoración de pruebas allegadas al expediente, así como la alegada violación del principio de interpretación conforme a la Constitución (i) son relevantes en términos de derechos fundamentales, puesto que se dan en el marco de un proceso penal que terminó con una sentencia condenatoria, como manifestación del poder punitivo del Estado y que implica la afectación de bienes fundamentales como la libertad personal; y (ii) los argumentos que superaron el análisis de procedibilidad no pretenden revivir oportunidades procesales, sino que están encaminados a que se evalúe si las decisiones del Tribunal Superior del Distrito Superior de Cartagena y de la Corte Suprema de Justicia se proferieron conforme a las exigencias de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Todo lo anterior, justifica la intervención del juez constitucional.

A. Delimitación del caso, planteamiento del problema jurídico y metodología de la decisión

1. A través de su apoderado, el señor Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior presentó acción de tutela contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia,¹⁷⁹ en tanto, a su juicio, las autoridades accionadas al proferir las sentencias del 16 de marzo de 2018 y del 11 de marzo de 2020 presuntamente incurrieron (i) en un defecto fáctico y (ii) en una violación directa de la Constitución por desconocer (a) el principio de interpretación conforme a la Constitución,¹⁸⁰ y (b) la garantía del juez imparcial.¹⁸¹

1. Al evaluar el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de las acciones de

tutela contra providencias de las Cortes, la Sala Plena encontró que los argumentos relacionados con la supuesta vulneración de la garantía del juez imparcial no cumplían con el requisito de subsidiariedad. Dado que esos argumentos resultaron ser improcedentes, el análisis de fondo por parte de la Corte Constitucional se delimitará a los argumentos dirigidos a fundamentar el defecto fáctico y el defecto por violación directa de la Constitución a causa del desconocimiento del principio de interpretación conforme.

1. En el escrito de la demanda, el accionante señaló que la acción de tutela se dirigía contra “la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y en particular, contra la providencia judicial proferida el 16 de marzo de 2018 por el Tribunal Superior de Cartagena, la cual confirmó la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito”.¹⁸² Y en las pretensiones solicitó “dejar sin efectos la sentencia proferida el 16 de marzo de 2018 por el Tribunal Superior de Cartagena, la cual confirmó la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa misma ciudad (...)”.¹⁸³ En efecto, el análisis en sede de tutela debe efectuarse tanto de la Sentencia proferida el 11 de marzo de 2020 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como de la proferida el 16 de marzo de 2018 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, porque tales fallos conforman una unidad jurídica inescindible sobre lo decidido en el proceso penal respecto de la responsabilidad penal del demandante.¹⁸⁴ En consecuencia, el análisis en sede de revisión se realizará respecto de ambas providencias.

1. Conforme a lo expuesto, le corresponde a la Sala Plena resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al proferir la sentencia del 11 de marzo de 2020, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena al proferir la sentencia del 16 de marzo de 2018, incurrieron en un defecto fáctico al no haber valorado 15 pruebas documentales que, a juicio del accionante, evidenciaban que (i) lo suscrito por del demandante no fue un contrato adicional, sino una adición contractual, que no exigía de un nuevo proceso de contratación, y que (ii) el contrato No. 6-04843 no terminó el 7 de junio de 2004 cuando se firmó el acta de recibo de la obra?

¿La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al proferir la sentencia del 11 de marzo de 2020, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena al proferir la sentencia del 16 de marzo de 2018, incurrieron en un defecto por violación directa a la Constitución por, al parecer, desconocer el principio de interpretación conforme a esta al (i) aplicar un tipo penal en blanco sin tener en cuenta las remisiones normativas necesarias para determinar su alcance e ignorando las reglas contenidas en la Ley 80 de 1993, aunque la Sentencia C-917 de 2001 señaló que para “la aplicación conforme a la constitución del tipo penal del artículo 410 del Código Penal es necesario acudir a las normas que permiten determinar el alcance de la figura contractual aplicable al caso”; (ii) acoger la interpretación desfavorable ante la diversidad de posiciones interpretativas expresadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado,¹⁸⁵ y de la Corte Suprema de Justicia¹⁸⁶ sobre el contenido y alcance del concepto de “contrato adicional”; (iii) desconocer la “interpretación flexible del concepto de objeto contractual” prevista en la Sentencia C-300 de 2012 la cual aceptó que la figura permite al contratista y a la administración que el objeto pueda ser complementado, siempre y cuando se trate de la adición de actividades necesarias para su adecuada realización”;¹⁸⁷ y, en consecuencia;(iv) no admitir que los módulos hacían parte del objeto del contrato No. 6-04843 por ser necesarios para el cumplimiento del mismo?

1. Para resolver estos problemas jurídicos, la Sala (i) reiterará la jurisprudencia sobre el defecto fáctico y (ii) sobre el defecto por violación directa a la Constitución como causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; (iii) se referirá a la historia, alcance y contenido del tipo penal de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales; (iv) expondrá las razones por las cuales el interés general es el cimiento de la contratación pública; (v) presentará las características del contrato de obra pública; (vi) expondrá las características del contrato de concesión, así como de los alcances progresivos en los contratos de concesión vial; (vii) examinará el alcance y contenido de las adiciones contractuales y de los contratos adicionales a la luz de la ley, así como de la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, así como de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; y, (viii) analizará y decidirá el caso concreto.

A. Caracterización sobre el defecto fáctico. Reiteración de jurisprudencia.188

1. La valoración de las pruebas corresponde al juez natural, en ejercicio de los principios de autonomía e independencia judicial, de su papel como director del proceso, de los principios de inmediación y de apreciación racional de la prueba. Sin embargo, el ejercicio de esas facultades está sujeto de manera inescindible a la Constitución y a la ley.¹⁸⁹ Por esa razón, esas facultades deben ejercerse conforme a criterios objetivos, racionales y rigurosos,¹⁹⁰ de acuerdo con las reglas de la sana crítica, los parámetros de la lógica, de la ciencia y de la experiencia.¹⁹¹

1. El defecto fáctico se configura cuando “el apoyo probatorio en el cual se basa el juzgador para resolver un caso es absolutamente inadecuado o insuficiente”,¹⁹² es decir “cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”.¹⁹³ Sin embargo, no basta con que se acredite cualquier error en el juicio valorativo de la prueba. Por el contrario, el yerro en la labor o práctica probatoria debe satisfacer los requisitos de (i) irrazonabilidad, lo que significa que el error debe ser ostensible, flagrante, manifiesto o “evidente, arbitrario y objetivamente irracional”;¹⁹⁴ y (ii) trascendencia, que implica que el error debe tener “incidencia directa”, “trascendencia fundamental” o “repercusión sustancial” en la decisión judicial adoptada, por lo que, de no haberse presentado, la decisión hubiera sido distinta.¹⁹⁵

1. La Corte Constitucional ha señalado que el defecto fáctico puede materializarse de dos formas. Por un lado, puede configurarse por conductas activas del juez como (a) apreciar y dar valor a elementos materiales probatorios de forma “completamente equivocada”; (b) fundamentar su decisión en una prueba que no es apta para esa conclusión; o (c) valorar pruebas indebidamente practicadas o recaudadas. En estos se estará ante “la dimensión positiva” del defecto fáctico.¹⁹⁶

1. Por otro lado, puede configurarse por conductas omisivas del juez, como cuando (a) este

no valora un medio de prueba determinante para el caso, o (b) no decreta de oficio o a petición de parte la práctica de pruebas pertinentes para resolver el problema jurídico, sin justificación alguna, eventos en los que se estará ante “la dimensión negativa” del defecto fáctico.¹⁹⁷

1. La jurisprudencia constitucional ha sido enfática al señalar que las “divergencias subjetivas de la apreciación probatoria no configuran un defecto fáctico”¹⁹⁸ porque la práctica judicial demanda que los jueces adopten posturas en circunstancias en las que se le presentan “dos interpretaciones de los hechos, diversas pero razonables”.¹⁹⁹ En esos casos, el juez natural es autónomo, su actuación se presume de buena fe y puede valorar los elementos materiales probatorios y decantarse por el que le resulte convincente.²⁰⁰ En consecuencia, “los accionantes tienen la carga de demostrar las hipótesis en que se presenta la irregularidad en materia probatoria”.²⁰¹

1. Finalmente, esta Corporación precisó que la intervención del juez constitucional al momento de evaluar la posible configuración de un defecto fáctico “es limitada en virtud de los principios de autonomía judicial, juez natural e inmediación” y en atención a que la acción de tutela no tiene la vocación de convertirse en una nueva instancia,²⁰² razón por la cual, no se puede adelantar un nuevo examen del material probatorio.

1. Así pues, en los casos en los que se alegue una posible valoración defectuosa del material probatorio, el juez de tutela sólo puede intervenir cuando evidencia que se ha desbordado “el marco de autonomía de los jueces para formarse libremente su convencimiento”. Y en este supuesto, la configuración del defecto requiere que la providencia judicial se adopte sin “respaldo probatorio o que haya dejado de valorar una prueba que resultaba determinante para la solución del problema jurídico sometido a su consideración”,²⁰³ y que, como se indicó, ese error sea ostensible, flagrante y manifiesto.

A. Caracterización del defecto por violación directa de la Constitución, como causal específica de procedencia de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia²⁰⁴

1. La violación directa de la Constitución como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, tiene sustento en el carácter normativo de la Constitución y en su posición preeminente en el ordenamiento jurídico (art. 4 C.P.). Esto significa, entre otras cosas, que las autoridades judiciales tienen el deber de aplicar directamente la Constitución para efectos de resolver los casos concretos y, tienen también, el deber de aplicar las normas legales e infralegales de acuerdo con sus principios y valores.²⁰⁵ De modo que, “[e]n todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se [deben aplicar] las disposiciones constitucionales”.²⁰⁶

1. La violación directa de la Constitución, inicialmente, se concibió como un defecto sustantivo, pero a partir de la Sentencia T-949 de 2003, se empezó a entender como una causal autónoma de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.²⁰⁷ Esa conceptualización se robusteció en la Sentencia C-590 de 2005, en la que la Corte explicó que este defecto se configura en dos casos: (i) cuando el juez “deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto”, o (ii) cuando el juez “aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución”.

1. Respecto del primer supuesto, la Corte ha precisado que la inaplicación de una disposición ius fundamental ocurre en los siguientes casos:“(a) cuando en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y, (c) cuando el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución”.²⁰⁸ El principio de interpretación conforme a la Constitución, se debe aplicar “cuando quiera que, entre las varias interpretaciones en juego, haya una o unas que resulten contrarias a la Carta Política y otra que se acomode al texto superior. En ese caso, el juez (...) debe descartar en su fallo las interpretaciones

incompatibles con la Constitución y disponer como obligatoria la interpretación conforme a la Constitución”.²⁰⁹ Si ninguna de las interpretaciones, consideradas en sí mismas por separado, es contraria a la Constitución, “no cabe hacer ese ejercicio siguiendo tal método de interpretación”.²¹⁰

1. Respecto del segundo supuesto, la Corte ha caracterizado su configuración a partir de la aplicación del principio de supremacía constitucional o de la excepción de inconstitucionalidad por parte del juez. Al respecto, se ha señalado que los jueces, en sus fallos, deben tener en cuenta el principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 4º Superior,²¹¹ en tanto la Constitución es norma de normas y, cuando existe incompatibilidad con las disposiciones legales, deben aplicarse las constitucionales.²¹²

1. Aunque este defecto tiene una relación estrecha con el defecto sustantivo y con el defecto por desconocimiento del precedente, tiene un contenido específico que se ha aplicado en varios planos. En materia pensional, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha precisado que la negativa de los jueces ordinarios a indexar la primera mesada pensional implica la violación directa del derecho fundamental a la seguridad social (art. 48 C.P.) y los mínimos constitucionales que fundamentan el derecho al trabajo (art. 53 C.P.).²¹³ En otros ámbitos, como la participación de las víctimas en el proceso penal, la Corte ha señalado que los jueces que vigilan el cumplimiento de una pena deben verificar la eventual afectación de estos derechos y los intereses de la sociedad (art. 250.6 C.P.). Este defecto también se utilizó para resolver casos en que los jueces no aplicaron la sanción moratoria a los docentes oficiales con el argumento de que no existía una disposición que lo permitiera. La Corte sostuvo que el pago oportuno de las cesantías garantiza el derecho al trabajo y la seguridad social (arts. 25 y 48 C.P.).²¹⁴ Desde una perspectiva similar, la Corte aplicó esta causal en los casos en los que los jueces se negaron a aplicar el incremento pensional del 14% a algunos pensionados por tener personas a cargo, lo que desconoce el derecho al mínimo vital y la dignidad humana (arts. 2 y 53 C.P.).²¹⁵

1. Así las cosas, la violación de la Constitución se produce por cuenta de su inaplicación o aplicación defectuosa. En estos términos se deja brevemente caracterizado el defecto por violación directa de la Constitución.

A. Historia, alcance y contenido del tipo penal de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales

1. Las razones para establecer la tramitación, celebración y liquidación de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales, como un delito tipificado, “se remonta al año 1936”.²¹⁶ Antes, “no había un capítulo especial para esta clase de delitos, pues, en tal época, eran pocos los contratos que celebraba el Estado y su cuantía no era significativa”.²¹⁷ Luego, la actividad contractual del Estado aumentó a causa, particularmente, del “incremento de las obras públicas y al desarrollo de las comunicaciones, en la prestación de servicios en salud y la educación”,²¹⁸ por lo que “se abrió el camino no sólo para que se formara una rama independiente del derecho administrativo, que es la contratación administrativa”,²¹⁹ sino para que se planteara la discusión sobre si las conductas irregulares por parte de los servidores públicos, al momento de gestionar contratos públicos, “debía constituir un delito o sólo merecería reproche ético o ser sancionada disciplinariamente”.²²⁰ En 1936, el Legislador zanjó esta discusión y elevó a delito la conducta, así:

“Artículo 162. El funcionario o empleado público, que al intervenir por razón de su cargo en la celebración de algún contrato o licitación pública, en la liquidación de efectos o haberes públicos, o en el suministro de los mismos, se concertare con los interesados o especuladores para obtener determinado resultado, o usare de cualquier maniobra o artificio conducente a ese fin, incurrirá en prisión de uno a ocho años. Algún contrato o licitación pública en la liquidación de efectos o haberes públicos, o en el suministro de los mismos, se concertase con los interesados o especuladores para obtener determinado resultado, o usarse de cualquier maniobra o artificio conducente a ese fin, incurrirá en prisión de uno a ocho años”.²²¹

1. Esta disposición fue objeto de críticas, por lo que, quienes trabajaron en los anteproyectos encaminados a modificar el Código Penal de 1936 mediante el Decreto Ley 100 de 1980, “realizaron los primeros intentos para que estas conductas ocuparan un capítulo propio en el Código”,²²² el cual se denominó “De la celebración indebida de contratos”, y agrupó tres modalidades de delitos: (i) violación de régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades (art. 144); (ii) interés ilícito en la celebración de contratos (art. 145); y (iii) para lo que interesa en este caso: contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 146).

1. El Código Penal contenido en la Ley 599 de 2000, en el artículo 410 del Capítulo IV también denominado “De la celebración indebida de contratos”, tipificó el mismo delito, con la diferencia de que suprimió la expresión “y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero”.²²³ El texto del tipo penal antes de la reforma efectuada por la Ley 890 de 2004 —el cual se encontraba vigente para el momento de los hechos sub examine—, disponía:

“Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.

1. Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 modificó la disposición y aumentó las penas a “prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses”.

1. Según la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia “el supuesto de hecho descrito enmarca la conducta de un servidor público que entre sus atribuciones debe intervenir en un proceso de contratación, e incumple los requisitos sustanciales exigidos para su trámite o al celebrar o liquidar el contrato omite verificar que se hayan cumplido”.²²⁴ Así pues, se trata de “un tipo penal funcional que protege el bien jurídico de la administración pública²²⁵, definida como el conjunto de condiciones materiales que se expresan en el artículo 209 de la Constitución, en el que se definen los rasgos fundamentales de la función y de la ética pública²²⁶” (citas propias del texto original).²²⁷

1. Este delito “[s]anciona el incumplimiento de los requisitos legales esenciales de un contrato estatal en las fases de tramitación, celebración y liquidación; por tanto, las irregularidades consumadas en la etapa de ejecución con atípicas”.²²⁸

1. En efecto, del texto del artículo se evidencia que son tres las conductas delictuales tipificadas: (i) tramitar contratos sin observación de los requisitos legales esenciales; (ii) celebrar contratos sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales; y (iii) liquidar contratos sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales. Así pues, en el tipo penal no están comprendidas las acciones u omisiones que se den en el marco de la ejecución del contrato. Asimismo, el tipo exige que las tres conductas sean ejecutadas (iv) por un sujeto activo calificado como lo es el servidor público y (v) que ocurra en un contexto específico, esto es, en desarrollo de las funciones públicas asignadas a ese servidor. ²²⁹

1. La tramitación “corresponde a la fase precontractual, comprensiva de los pasos que la administración debe seguir desde el inicio del proceso hasta la celebración del contrato”.²³¹ Celebrar el contrato significa formalizarlo “para darle nacimiento a la vida jurídica, a través de las ritualidades legales esenciales”, y liquidarlo comprende “una actuación administrativa posterior a la terminación del contrato, por cuyo medio las partes verifican en qué medida y

de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto derivado de su ejecución".²³²

1. Adicionalmente, el artículo contiene un tipo penal en blanco,²³³ por lo que "la definición o actualización de sus ingredientes normativos remite a otras normas del ordenamiento jurídico; en especial, al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) y a otras reglas legales especiales de los contratos estatales, las que, por ende, completan la descripción típica".²³⁴

1. En efecto, el supuesto de hecho del delito está incompleto y exige remitirse a las disposiciones que, fuera del ámbito penal, establecen los "requisitos legales" para tramitar, celebrar y liquidar contratos públicos, pues sólo así se puede determinar el contenido exacto del tipo penal.²³⁵ En consecuencia, el juez penal deberá acudir, en cada caso, a la norma legal vigente en materia de contratación pública, para efectos de determinar tales requisitos en cada uno de los distintos tipos de contrato. De esta forma, "se integra la normatividad vigente para la aplicación de la conducta considerada por la ley como delito, con lo cual, el procesado tiene conocimiento de cuáles son los requisitos legales esenciales de tales contratos, sabe que su inobservancia constituye una conducta punible, ya sea al tramitarlos o en la celebración o al liquidarlos, y puede ejercer a plenitud su derecho de defensa, con lo que se da estricto cumplimiento a los artículos 28 y 29 de la Constitución".²³⁶

1. Por otra parte, "no cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de ley aplicable a la contratación estatal realiza el tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales", sino que el "quebrantamiento de la legalidad en las fases de tramitación, celebración o liquidación del contrato ha de recaer sobre aspectos sustanciales, cuya desatención comporta la ilicitud del proceso contractual".²³⁷ Así pues, el concepto de "requisitos legales esenciales como elemento normativo hace alusión al respeto y cumplimiento integral de los principios que rigen la contratación pública, como son:

planeación, economía, responsabilidad, transparencia y deber de selección objetiva, contenidos en el artículo 209 de la Carta Política, en la Ley 80 de 1993”.²³⁸

1. Pero, además, cada tipo contractual puede tener requisitos esenciales propios, A fin de identificar cuáles requisitos son sustanciales al contrato estatal, deben contemplarse “tres criterios, complementarios entre sí, que se extraen tanto de la teoría general del negocio jurídico como de los postulados rectores del Estatuto de Contratación Estatal”.²³⁹

1. El primer criterio se deriva de los artículos 1501 y 1741 del Código Civil²⁴⁰ que son aplicables a los contratos públicos, en virtud de la remisión a las disposiciones civiles que efectúan los artículos 13241 y 40242 de la Ley 80 de 1993. El artículo 1501 de ese Código dispone que “[s]on de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son la naturaleza de un contrato la que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”. Y, el artículo 1741 señala que son nulidades absolutas las producidas por “un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la accidentalidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan”.

1. El segundo criterio “se fundamenta en las causales de nulidad absoluta del contrato estatal, previstas en el art[ículo] 44 de la Ley 80 de 1993”.²⁴³ Esta disposición señala que son absolutamente nulos los contratos públicos en los casos previstos en el derecho común, y, entre otras cosas, cuando: (i) se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad en la Constitución y la ley; (ii) se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; y (iii) se celebren con abuso o desviación de poder.²⁴⁴

1. Sobre el particular, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“No toda infracción de un requisito de legalidad, por vía de acción o de omisión, constituye desconocimiento de los requisitos esenciales del contrato, y para la identificación de éstos el operador judicial debe atender dos aspectos: de una parte, acudir a la teoría general de los negocios jurídicos para aplicar los criterios que determinan la ineficacia, la inexistencia y la nulidad del acto, ya que con estos se sanciona la pretermisión de una exigencia trascendental dispuesta por el legislador para el respectivo negocio; y de otro, complementario del anterior, aplicar a cada uno de los momentos contractuales (tramitación, celebración, ejecución y liquidación) los principios tutelares vinculantes, inderogables e improrrogables de la contratación Estatal.

“En relación con los criterios de nulidad, la Ley 80 de 1993 consagra sus propias causales, y en el artículo 44- 2 prevé como motivo de invalidación absoluta, celebrar contratos contra expresa prohibición constitucional y legal, precepto de trascendental importancia, pues además de remitir a las exigencias constitucionales inherentes al a contratación administrativa, que naturalmente no pueden ser obviadas por servidor público alguno, enlaza con lo dispuesto en el artículo 24- 8 de la Ley 80 de 1993, en el que se prohíbe a las autoridades responsables de la contratación obrar con desviación o abuso de poder y eludir los procedimientos de selección objetiva y demás requisitos previstos en ese Estatuto”.²⁴⁵

1. El tercer y último criterio, se fundamenta en que “un requisito contractual puede catalogarse como esencial a partir de la valoración sobre el impacto que su inobservancia pueda tener en la materialización de los principios rectores de la contratación estatal”.²⁴⁶ En efecto, “los principios constituyen límites del ejercicio funcional del servidor público en materia de contratación; por ende, la violación de los requisitos legales esenciales del contrato tiene que examinarse con remisión a aquellos”.²⁴⁷ Esto, habida cuenta que, la contratación estatal es una actividad reglada que debe adelantarse conforme a todos los principios y reglas que la regulan.²⁴⁸

A. El interés general como cimiento de la contratación pública

1. La actividad contractual en el Estado Social de Derecho es una modalidad de gestión pública que está directamente asociada al cumplimiento del interés general.²⁴⁹ Esto, en tanto, el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas”.²⁵⁰

1. Así pues, la defensa del interés general “no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa”.²⁵¹ En esa medida, “todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad”.²⁵² De ahí que, el objetivo central del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública haya sido, precisamente, “disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”.²⁵³

1. En consonancia con lo anterior, la Ley 80 de 1993, en el artículo 23, dispuso que las actuaciones de quienes intervengan en la actividad contractual del Estado deben estar sujetas a los principios de economía, transparencia, selección objetiva, responsabilidad, así como con los principios que rigen la función administrativa, los cuales, se encuentran establecidos en el artículo 209 superior y son igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.²⁵⁴

1. Respecto del principio de selección objetiva, esta Corte ha resaltado que “es fundamental que la selección de los colaboradores de la administración responda a criterios objetivos, en concordancia con los principios que rigen la función administrativa”. Esta exigencia fue inicialmente prevista en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en el que se precisaba que la selección de contratistas debía hacerse atendiendo a la oferta más favorable para la entidad,

tanto desde el punto de vista económico como de los fines a los que sirve el contrato. Ello, excluye la posibilidad de acudir a factores subjetivos para la selección. En ese momento “el legislador consideró que la ponderación de diversos criterios definidos en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia, como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio -no un precio menor al definido en los pliegos-, era la mejor forma de seleccionar objetivamente al contratista”.²⁵⁵ Luego, el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que en el artículo 5 reguló nuevamente los criterios que se deben considerar para la selección objetiva de los contratistas.

1. En esta última disposición se establecieron cuatro criterios generales para la selección del contratista, a saber:“(i) la capacidad jurídica, condiciones de experiencia y capacidad financiera y de organización, como requisitos habilitantes para participar en el respectivo proceso de selección; (ii) la favorabilidad de la oferta desde el punto de vista técnico y económico; (iii) el menor precio, en el caso en lo que la entidad contratante planea adquirir bienes y servicios de características uniformes; y (iv) la experiencia específica y la composición del equipo de trabajo, en los procesos dirigidos a la selección de consultores. turno redunda en mejores ofertas en beneficio de la eficiencia”.²⁵⁶

1. Asimismo, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 señaló el principio de transparencia como un principio rector de la contratación pública, que tiene como fin “garantizar la imparcialidad en la selección del contratista, lo que exige que la escogencia del contratista deba efectuarse a través de la licitación”.²⁵⁷ Como consecuencia, el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 “señaló la licitación pública como el mecanismo de selección de los contratistas del Estado por excelencia”.²⁵⁸ La selección del contratista mediante la licitación pública es primordial en la contratación pública, pues garantiza que los procedimientos y condiciones utilizados para la escogencia del contratista sean “claros, nítidos, transparentes, en aras de asegurar la prevalencia del interés general como principio fundante del Estado social de derecho (art. 1 C.P.)”.²⁵⁹

1. Otra forma de selección del contratista, dispuesta por el Legislador, es la contratación directa, entendida como la facultad que tiene el jefe de una entidad del Estado para escoger a la persona que ha de celebrar el contrato con la entidad, prescindiendo del procedimiento de licitación pública, pero sujeto en todo caso al principio de transparencia. Esa forma de selección del contratista busca también materializar los principios de la función administrativa y los previstos en la Ley 80 1993.260 Sin embargo, la regulación admite que “no todos los contratos son susceptibles de aplicarles las reglas de la licitación pública o el concurso, bien porque la cuantía del mismo no justifi[ca] el procedimiento de la licitación (...), ya por la naturaleza misma del contrato”.261

1. En efecto, esa facultad de contratar directamente no es una facultad discrecional del jefe de la entidad, pues debe adelantarse con estricta observancia de los requisitos y condiciones dispuestos en la Ley. Al respecto, el párrafo 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 dispone que el Gobierno Nacional debía expedir “dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella. Si el Gobierno no expidiera el reglamento respectivo, no podrá celebrarse directamente contrato alguno por ninguna entidad estatal, so pena de su nulidad”. Luego, la Ley 1150 de 2007, en el numeral 4 del artículo 2 define los contratos en los cuales el Estado puede contratar directamente. Las leyes 1753 de 2015, 2028 de 2021 y 2160 de 2021, posteriormente, adicionaron 5 causales. Actualmente, son las siguientes:

Artículo 2°. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: (...)

“4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

a) Urgencia manifiesta;

b) Contratación de empréstitos;

c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo.

En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales;

d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;

e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;

f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de

2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público;

g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

j) La contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición.

k) La selección de peritos expertos o asesores técnicos para presentar o contradecir el dictamen pericial en procesos judiciales.

l) Los contratos o convenios que las entidades estatales suscriban con los cabildos Indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del Gobierno Propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

m) Los contratos que las entidades estatales suscriban con los consejos comunitarios de las comunidades negras, regulados por la Ley 70 de 1993, que se encuentren incorporados por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad étnica y cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los derechos de los pueblos de las mismas comunidades.

n) Los contratos que las entidades estatales suscriban con las organizaciones de base de personas pertenecientes a poblaciones afrocolombianas, raizales y palenqueras o con las demás formas y expresiones organizativas, que cuenten con diez (10) años o más de haber sido incorporados por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento de sus organizaciones, la identidad étnica y cultural, y/o la garantía de los derechos de las poblaciones de las mismas

organizaciones”.

1. Así pues, la contratación directa no debe ser entendida como una excepción a la licitación, en cuanto esta modalidad de selección también se encuentra reglada y “está a la altura para cumplir los fines u objetivos”²⁶² de la contratación estatal.

1. Por último, debe considerarse el principio de planeación. Aunque este principio no está previsto de forma expresa en la Ley 80 de 1993, el Consejo de Estado ha señalado que “su contenido y alcances bien pueden delinearse como consecuencia de la hermenéutica armónica de un conjunto de disposiciones de rango tanto constitucional [artículos 2, 209, 339 a 353 de la Carta Política] como legal [artículos 25 (numerales 6, 7 y 11 a 14) y 26 (numeral 3) de la Ley 80 de 1993], con remarcado acento tras la expresa catalogación de la contratación estatal como mecanismo de promoción del desarrollo por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007”.²⁶³

1. Este, se traduce “en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado”.²⁶⁴

1. Así pues, conforme al principio de planeación, resulta indispensable que “los órganos oficiales elaboren ‘estudios y análisis suficientemente serios y completos’, de orden técnico, financiero y jurídico, que precedan el procedimiento de contratación con el propósito de determinar: i) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que deba tener la obra cuya contratación resulta necesaria; ii) los costos de acuerdo con las cantidades

y especificaciones establecidas; iii) la elaboración de diseños, planos y análisis técnicos y iv) la disponibilidad de recursos presupuestales para cubrir el valor total del contrato, entre otros aspectos”.²⁶⁵

1. En consecuencia, los contratos públicos “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público”,²⁶⁶ con el fin de garantizar el interés general, la realización efectiva de los objetos contractuales pactados, y proteger el patrimonio público.

A. El contrato de obra pública

1. La Ley 80 de 1993, en el numeral 1 del artículo 32, define el contrato de obra como aquel que tiene por objeto “la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, (...) la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”.²⁶⁷ Con esta definición, el Legislador limitó los contratos de obra a “trabajos materiales exclusivamente sobre bienes inmuebles”.²⁶⁸ Y, en virtud de los artículos 1269 y 2270 de esa misma Ley, la parte contratante necesariamente debe ser una entidad pública.

1. Ahora bien, según el artículo 1973 del Código Civil, el cual aplica a los contratos públicos en virtud de la remisión a las disposiciones civiles que efectúan los artículos 13271 y 40272 de la Ley 80 de 1993, dispone que el contrato de obra es aquel en que “dos partes se obligan recíprocamente”: una a “ejecutar una obra”, y otra a pagar “un precio” por esa obra.²⁷³ Así pues, conforme a esta disposición, los elementos de la esencia del contrato de obra son el objeto y el precio. En consonancia con lo anterior, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 dispone que “[l]os contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”.

1. Tradicionalmente el contrato de obra pública “se ha clasificado según la modalidad de pago, en contratos de obra pública a precio unitario, a precio global, por administración delegada y por el sistema de reembolso de gastos. En el derecho colombiano, esta clasificación se encontraba incorporada en el antiguo estatuto contractual consagrado en el Decreto Ley 222 de 1983”.²⁷⁴ Aunque la Ley 80 de 1993 no incorporó esa clasificación del contrato de obra, nada obsta para que las partes pacten la modalidad de pago que mejor se ajuste a las necesidades de la obra.²⁷⁵

“Aquí cabe advertir que el precio en el contrato de construcción de un edificio puede ser estipulado en diversas formas:

(...) b. A precios unitarios, en cuyo caso no queda determinado el precio global de la construcción, sino apenas el de cada una de las partes más o menos homogéneas que componen aquella y en relación con una unidad de medida, como, por ejemplo, a tanto el metro cúbico de concreto, o el metro cuadrado de pintura, o el de pavimentos, o el de techumbre, etc. En este caso el dueño de la obra no está seguro sino de los precios unitarios así estipulados, pero no de cuál irá a ser el costo total de la obra, pues todo depende de la cantidad de cada parte de la obra respecto de la cual se haya pactado el precio unitario. El precio total pues, solo podrá calcularse inicialmente en forma aproximada, es decir, con base en cálculo también aproximado de las cantidades de cada obra parcial; y solo se conocerá su monto definitivo una vez terminada la obra, cuando se sumen los resultados parciales que arrojen la multiplicación de cada precio unitario por la cantidad de obra parcial para la cual se haya previsto”²⁷⁸ (subrayado fuera del texto original).

1. El sistema de precios unitarios supone, entonces, “un acuerdo de voluntades en que las partes determinan el valor de cada ítem invertido en la obra, sin que ello necesariamente signifique una absoluta indefinición en ese o en otros aspectos esenciales del negocio”.²⁷⁹

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

A. El contrato de concesión, las concesiones de infraestructura vial y las razones por las que la aplicación de la Sentencia C-300 de 2012 carece de sustento legal desde el 2012

1. El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de concesión son aquellos que “celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

1. A partir de esta definición legal del contrato de concesión la jurisprudencia y la doctrina han identificado, por lo menos, tres modalidades distintas de dicho contrato, a saber: “(i) concesión para la prestación de un servicio público; (ii) concesión para la construcción de una

obra pública, y (iii) concesión para la administración y explotación de un bien de carácter público”.280

1. Dentro de las concesiones para la construcción de obras públicas, se encuentran las concesiones de construcción de infraestructura vial. Respecto de este tipo de concesiones, el artículo 30 de la Ley 105 de 1993²⁸¹ establece que la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, pueden en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

1. Asimismo, el artículo 15²⁸² de la mencionada Ley 105²⁸³ determinó que el Ministerio de Transporte debía presentar al Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES los planes de expansión vial para su aprobación.

1. Mediante el Documento CONPES 3413 del 6 de marzo de 2006, se adoptó el “Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006 - 2014” a cargo del Instituto Nacional de Concesiones -INCO²⁸⁴ que, previo aval fiscal dado por el CONFIS, fue declarado de importancia estratégica y se fundamentó en los principios de: (i) integración económica y comercial, (ii) articulación de actividades económicas y de cadenas productivas con los países vecinos y de la región, (iii) integración entre los principales centros nacionales de producción y consumo, (iv) optimización de las inversiones públicas y privadas en infraestructura para incrementar la competitividad nacional y, (v) complementariedad de la infraestructura de transporte.

1. El Documento CONPES 3413 de 2006 al referirse a las alternativas para maximizar la inversión privada en las concesiones de infraestructura vial creó un mecanismo para agregar obras complementarias al objeto de los contratos de concesión que se hubieren o fueran a

suscribir con el INCO. Ese mecanismo fue denominado “alcance progresivo”. Al respecto el mencionado documento señaló:

“B. Alternativas para maximizar la inversión privada

[...]

“Alcance físico del programa

“El alcance de los proyectos podrá definirse en su etapa de estructuración como básico o básico y progresivo. El alcance progresivo correspondería al desarrollo de obras sujetas a condiciones, que complementarían las obras del alcance básico. Estas condiciones estarían relacionadas, entre otros, con aspectos tales como el nivel de tráfico, la disposición de recursos y/o demás condiciones que se estimen relevantes y justifiquen el desarrollo de obras adicionales. A partir de los principios definidos en este documento, en particular el de optimizar la inversión pública y privada en el desarrollo de la infraestructura de transporte, se analizarán y definirán los diferentes alcances de cada proyecto.

“En la actualidad no se cuenta con la totalidad de la información técnica, legal y/o financiera necesaria para definir el alcance progresivo de los proyectos que han sido identificados por el Ministerio de Transporte y el INCO. En este sentido, se solicita al INCO que evalúe las alternativas para incluir en el modelo de la estructuración legal de los contratos los mecanismos para el desarrollo de inversiones complementarias (progresivas)²⁸⁵. Así mismo, se recomienda al INCO que incluya en la correspondiente estructuración legal de los contratos los mecanismos para definir las condiciones que activen el desarrollo del alcance progresivo, estableciendo que se llevará a cabo sólo cuando se hayan alcanzado determinados índices de tráfico y ciertas metas de ingresos, y estén dadas las condiciones de financiamiento requeridas.”

1. Así pues, los alcances progresivos fueron creados por el CONPES 3413 del 6 de marzo de 2006 y estaban previstos para que, cuando se cumplieran determinadas condiciones, las partes del contrato de concesión de infraestructura vial tuvieran la posibilidad de agregar obras complementarias al objeto contractual mediante un contrato adicional.

1. Ahora bien, el hecho que los alcances progresivos se hubieren creado mediante un Documento CONPES sin determinar de manera concreta las condiciones exigibles para su aplicabilidad y no, mediante una ley, naturalmente se tradujo en una problemática inseguridad jurídica que luego fue enmendado por la Ley 1150 de 2007.²⁸⁶

1. En efecto, el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 efectuó una especie de purga de ese escenario de inseguridad jurídica y dispuso que los contratos de concesión de obra pública podrían ser prorrogados o adicionados hasta por el 60% del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, y siempre que se tratara de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Además, dispuso que en las concesiones viales debería referirse al mismo corredor vial. El texto de la disposición era el siguiente:

“Artículo 28. De la prórroga o adición de concesiones de obra pública. En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial.

“Toda prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional requerirá concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social -Conpes-

“No habrá prórrogas automáticas en los contratos de concesiones”.

1. Posteriormente, en la Sentencia C-300 de 2012, la Corte Constitucional examinó una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el primer inciso de la precitada disposición,²⁸⁷ el cual se declaró exequible “en el entendido que la expresión ‘obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado’ solamente autoriza la

prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial”.

1. Así pues, mediante dicha providencia la Corte concluyó que era posible celebrar contratos adicionales para agregar actividades u obras a los contratos de concesión de obra pública —los cuales, valga aclarar, son un tipo de contrato diferente de los contratos de obra pública— siempre que estas fueran necesarias para cumplir el objeto contractual originalmente pactado.

1. En ese sentido, los contratos adicionales que se celebraron entre el 2007 y el 2012 para pactar obras complementarias al objeto o para ejecutar alcances progresivos en los contratos de concesión de obras públicas, incluidas las obras de infraestructura vial, estuvieron amparados en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 y en la Sentencia C-300 de 2012.

1. Sin embargo, el 10 de enero de 2012, el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012²⁸⁸ derogó “todas las disposiciones que le sean contrarias [a esa Ley], [y] en particular el parágrafo 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007” (énfasis fuera del texto). Es decir que, desde esa fecha,²⁸⁹ desapareció del ordenamiento jurídico el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, y con él, el sustento legal, no sólo de los contratos adicionales para agregar obras complementarias al objeto de los contratos de concesión de obra pública, sino también para justificar la aplicación de la Sentencia C-300 de 2012.

1. En consecuencia, se tiene que a partir del 10 de enero de 2012 (i) la celebración de contratos adicionales para agregar obras complementarias al objeto de los contratos de concesión de obra pública, y (ii) la aplicación de la Sentencia C-300 de 2012, carecen de fundamento legal.

A. El contenido y alcance de las adiciones contractuales y de los contratos adicionales a la luz

de la Ley y de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia

1. Los conceptos de adición contractual y contrato adicional en las leyes que han regulado la contratación pública

1. El Decreto 150 de 1976, mediante el cual se dictaron normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, en el artículo 45 disponía que las entidades públicas debían suscribir un “contrato adicional” en los casos en que resultara necesario “modificar el plazo o el valor” inicialmente convenidos y no se tratara de la revisión de precios regulada en ese mismo Decreto. Agregaba que “las adiciones” relacionadas con el valor quedarían perfeccionadas con la firma del jefe de la entidad contratante, previo registro presupuestal, adición y prórroga de las garantías otorgadas y pago de los impuestos correspondientes, mientras que las “adiciones” relacionadas con el plazo solo requerirían de la firma del jefe de la entidad contratante y la prórroga de las garantías.²⁹⁰ Según esta disposición, contrato adicional sólo podía suscribirse cuando “por circunstancias especiales hubiera necesidad de modificar el plazo o el valor convenidos. En el primer caso, y aunque la norma no lo dijera, la modificación del plazo únicamente podía hacerse dentro del término inicialmente convenido, vale decir, antes de su vencimiento”.²⁹¹

1. Posteriormente, el Decreto Ley 222 de 1983 —el cual reemplazó el anterior estatuto de contratación—, en el artículo 58 consagró en términos similares que cuando hubiere necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratara de la revisión de precios prevista en ese estatuto, las entidades públicas debían suscribir “un contrato adicional que no pod[ía] exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional”. Y, añadía que, en “ningún caso”, podía modificarse “el objeto de los contratos ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales (...)”.²⁹² Así pues, el Decreto Ley 222 de 1983

estableció “la prohibición tajante de modificar el objeto del contrato”.²⁹³

1. Al analizar esta disposición, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado señaló que el legislador extraordinario había denominado equivocadamente como contratos adicionales, a simples reformas contractuales. Textualmente señaló:

“De la lectura de esta norma se deduce claramente que el legislador extraordinario denominó equivocadamente contratos adicionales a las modificaciones del plazo y del valor de los contratos administrativos, pues estas son simples reformas que no implican cambio radical en el contrato.

Sólo cuando se hace necesario reformar el objeto del contrato se está frente a la celebración de verdaderos contratos adicionales, porque ello implica una modificación fundamental del convenio inicial. Por lo mismo, debe entenderse que cuando la norma se refiere a la celebración de un contrato adicional por modificación del plazo o del valor se está frente a una mera reforma del contrato. Y que se celebra un contrato adicional cuando las partes contratantes acuerdan una modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato; como por ejemplo cuando en un contrato de obras públicas se pacta la construcción de un determinado tramo de una carretera y una vez en ejecución se determina que el tramo debe ampliarse; ese cambio obviamente redundaría en la modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato principal, lo que conlleva necesariamente la celebración de un contrato adicional” (subrayado fuera del texto original).²⁹⁴

1. De lo expuesto se colige que, desde antes de la Ley 80 de 1993, la doctrina del Consejo de Estado diferenció el “contrato adicional” de una simple modificación del contrato. Para el efecto, aclaró que los cambios en el plazo y en el valor del contrato eran “simples reformas del contrato original”, a diferencia de los cambios en el objeto, los cuales, en todo caso exigían de un “contrato adicional” al que también se le denominó “contrato nuevo”.

1. Posteriormente, la Ley 80 de 1993 abandonó el concepto de contrato adicional e introdujo,

en el párrafo del artículo 40, el concepto de “adición de los contratos”, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

PARÁGRAFO. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.” (Subrayado y negrita fuera del texto original).

1. Como se evidencia, la disposición en cita no especificó los elementos sobre los cuales puede hacerse la adición, aunque, sí mantuvo un límite: la adición no puede efectuarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.²⁹⁵ Así pues, la Ley 80 de 1993 no definió, de manera expresa, lo que es una adición al contrato original, ni efectuó su distinción conceptual de los contratos adicionales.

1. Posteriormente, como se explicó anteriormente la Ley 1150 de 2007, mediante su artículo 28, admitió que los contratos de concesión de obra pública fueran adicionados hasta por el 60% del plazo estimado, siempre que se trata de obras adicionales directamente relacionados con el objeto concesionado. Esa posibilidad de adicionar los objetos de los contratos de concesión de obra pública fue validada por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-300 de 2012. Sin embargo, se itera que el artículo 28 de la Ley 1150 fue derogado por artículo 39 de la Ley 1508 de 2012, por lo que a la fecha carecen de fundamento legal (i) la celebración de contratos adicionales para agregar obras complementarias al objeto de los contratos de concesión de obra pública, y (ii) la aplicación de la Sentencia C-300 de 2012.

1. La diferencia entre las mayores cantidades de obra y las obras adicionales a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado

1. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado las obras adicionales de las mayores cantidades de obra, en los contratos de obra cuyo valor se pacta por el sistema de precios unitarios. La Sección Tercera, en la Sentencia del 18 de julio de 2002, diferenció dichos conceptos, así:

“Para la Sala no es claro si tales obras son realmente obras adicionales o corresponden más bien a mayores cantidades de obra ejecutada, circunstancia que no puede ser desconocida puesto que unas y otras obedecen a hipótesis distintas y, por ende, adquieren implicaciones jurídicas propias. En efecto, en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada supone que ésta fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una ‘prolongación de la prestación debida’, sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual. Esta situación justifica que en determinados casos se celebren contratos adicionales, o que, si

esto no ocurre, se restablezca la ecuación contractual ya sea al momento de liquidar el contrato, o a través, de la acción judicial correspondiente, a condición, claro está, de que si el contrato fue liquidado por las partes de común acuerdo, el contratista se haya reservado el derecho a reclamar por ello. En cambio, la realización de obras adicionales supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesaria. Por tal razón, si para éstas no se celebra contrato adicional, ni son reconocidas al momento de liquidar el correspondiente contrato, su reclamación resulta procedente en virtud del principio que prohíbe el enriquecimiento sin justa causa, para lo cual debe acudirse a la acción de reparación directa. En este caso se puede concluir, que el pago que se reclama corresponde realmente a mayores cantidades de obra ejecutada, y no a obras adicionales” (negrita fuera del texto original).298

1. Teniendo en cuenta lo anterior, esa misma Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha señalado que “no puede confundirse como lo ha sostenido en varias oportunidades la Sala, la adición del contrato a través de la añadidura de obras que no forman parte del objeto contractual inicialmente convenido, de las simples modificaciones a las cantidades de obra ejecutadas en un contrato pactado a precios unitarios las cuales fueron contratadas pero su estimativo inicial sobrepasó los cálculos efectuados inicialmente durante la ejecución del contrato”.299

1. Esto es así porque, según ha explicado el Consejo de Estado, en los contratos de obra que se pactan por el sistema de precios unitarios las partes acuerdan un precio indeterminado, pero determinable. De modo que, la cláusula del valor del contrato “sirve como indicativo de un monto estimado” por las partes, pero “el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto”.300

1. En efecto, recientemente, el Consejo de Estado reiteró que en “el marco de contrato de

obra a precios unitarios, el concepto de mayores cantidades de obra se refiere a la ejecución de un ítem pactado en el contrato, pero cuyas cantidades exceden lo previsto en el acuerdo inicial. Por su parte, las obras adicionales son aquellas que no han sido estipuladas en el contrato, esto es ítems adicionales no previstos". Además, señaló que "no es necesaria la celebración de modificaciones contractuales en materia de mayores cantidades de obra en contratos a precios unitarios", porque "este tipo de contratos es a precio determinable y la cláusula de valor es meramente indicativa",³⁰¹ por lo que para ejecutar mayores cantidades obra "no se requiere, ni cabe 'el contrato adicional'", sino que "basta la autorización del respectivo interventor o de funcionario que el mismo contrato haya previsto".³⁰² Por el contrario, en los casos de obras adicionales, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha sido clara en exigir un contrato adicional "para que se condene a una entidad contratante a pagar a un contratista obras adicionales".³⁰³

1. Con base en lo expuesto, se puede concluir que "es un error celebrar contratos adicionales a los contratos principales celebrados por alguno de los sistemas de precios determinables, para poder ejecutar obras cuyo costo de ejecución sobrepase el estimado inicialmente". En los casos en los que la ejecución de la obra sobrepasa el valor estimado, no se está adicionando el contrato o modificando el objeto, sino que "se está procediendo conforme a lo previsto, esto es, aplicando el procedimiento de precios unitarios a las cantidades de obra ejecutadas y, por consiguiente, si son más cantidades de obra a las previstas, pues el valor del contrato es mayor".³⁰⁴ Ello es así, como consecuencia de lo convenido desde el inicio por las partes a través del sistema de precios unitarios.³⁰⁵ Al respecto, la Sección Tercera ha señalado:

"La mayor cantidad de obra que resulte por encima del estimativo inicial en los contratos de obras celebrados a precios unitarios, no implica, en principio, en forma alguna cambio de objeto ni cambio en su valor, porque en este tipo de contratos sólo podrá hablarse de este último cambio, cuando la modificación se hace en alguno u (sic) algunos de los precios unitarios convenidos. Sucede en esto algo diferente a lo que se observa en los contratos a precio alzado, en los que la variación en su valor tiene en cuenta el valor global del mismo".³⁰⁶

1. Se colige de lo anterior, que el Consejo de Estado ha diferenciado las obras adicionales de las mayores cantidades de obra, en los contratos de obra que se pactan por el sistema de precios unitarios. Las primeras se generan cuando se adicionan obras que no forman parte del objeto contractual inicialmente convenido, mientras que las segundas se dan en casos de contratos en los que se pactan precios unitarios y en los que el valor ejecutado de los ítems convenidos sobrepasó los cálculos efectuados inicialmente.³⁰⁷

1. Los conceptos de adición y contrato adicional en la jurisprudencia y los conceptos del Consejo de Estado

1. Tanto la Ley, como la jurisprudencia y la doctrina, se han referido indistintamente a los conceptos de “adición” y “contrato adicional” tratándolos como sinónimos. En otras ocasiones los han diferenciado, sin embargo, las razones expuestas para fundamentar esa diferencia no siempre han sido coherentes, ni consistentes. Veamos:

1. Los conceptos de adición y contrato adicional en la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

1. La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es la competente para conocer de las controversias de naturaleza contractual.³⁰⁸ En consecuencia, es la Sección especializada para pronunciarse sobre los asuntos relacionados con los contratos celebrados por las entidades públicas y, en particular, sobre el contenido y alcance de los conceptos de “adición contractual” y “contrato adicional”. En consecuencia, a continuación, se hará una breve revisión de sus pronunciamientos en la materia.

1. En 1987, al resolver una controversia entre un Consorcio y el Fondo Vial Nacional relacionada con la ejecución de mayores cantidades de obra,³⁰⁹ la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado concluyó que el aumento en la cantidad de obra estimada inicialmente no constituyó una variación del objeto del contrato. Y, señaló que, en el caso “de haberse producido realmente el cambio en el objeto, su solución no habría podido ser la del contrato adicional, sino que habría tenido que celebrarse uno nuevo”.³¹⁰

1. Luego, en sentencias proferidas en los años 2003³¹¹ y 2004³¹² al analizar si una determinada contribución se generaba con ocasión de un contrato adicional o con la adición de un contrato,³¹³ señaló que “el criterio de autonomía e independencia frente al contrato principal es lo que marca la distinción entre ambas figuras”. En consecuencia, “mientras las modificaciones simples o de forma son meras adiciones accesorias del contrato principal, el contrato adicional implica la modificación de fondo del contrato aquél, un cambio sustancial sobre todo en el objeto, es decir aunque integra con el contrato principal un todo trae un elemento nuevo”.

1. Y, en Sentencia del 10 de agosto de 2015, al decidir sobre el presunto incumplimiento de un contrato de mantenimiento de la red telefónica por parte de una empresa de servicios públicos,³¹⁴ reiteró que no existe variación del objeto contractual, en los casos en los que se desarrollen actividades que han sido incluidas como ítems desde la formulación del pliego de condiciones.³¹⁵ Para el efecto, verificó que un determinado ítem no se había incluido a la obra con la firma de un contrato adicional, sino que este estaba contemplado desde el inicio, en el pliego de condiciones y en el contrato. Por tanto, concluyó que la ejecución de ese ítem no implicó una variación del objeto contractual.

1. Los conceptos de adición y contrato adicional en la jurisprudencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

1. Aunque la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no es la especializada para pronunciarse sobre asuntos contractuales, al estudiar y decidir sobre dos nulidades electorales se ha referido a los conceptos de “adición contractual” y “contrato adicional”.³¹⁶ A continuación, se expondrá, brevemente, el contenido de esos pronunciamientos, con el propósito de nutrir el estudio sobre el contenido y alcance de esos conceptos.

1. En el 2004, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al decidir sobre la nulidad electoral de una Concejal del municipio del Fonseca en la Guajira,³¹⁷ se refirió al contenido y alcance del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, y señaló que “cualquier estipulación de las partes contratantes, que tenga relación directa con el objeto del contrato Estatal, debe llevarse a cabo a través de la firma de un nuevo contrato, lo cual se deduce [del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993], donde la adición del contrato, que es distinta del contrato adicional, se admite expresamente para adicionar su valor no más allá del 50% del valor inicial del contrato, no para modificar su objeto, puesto que este elemento esencial de los contratos tan solo puede sufrir mutaciones por vía del contrato adicional”.³¹⁸

1. Para soportar esa conclusión, señaló que, en virtud del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, un contrato estatal se entiende perfeccionado “cuando existe acuerdo respecto del objeto y del precio y dicho acuerdo se eleva a escrito”. Y aclaró que aunque “la adición del contrato por modificación del objeto puede conllevar al incremento del valor del precio inicialmente pactado (...) no es a esta modificación del valor a la que se refiere el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, pues tal interpretación llevaría al enfrentamiento de las disposiciones analizadas, lo que en aplicación del principio del efecto útil de las normas conduce a colegir que la reforma de precios aludida en ese párrafo es aquella surgida de mayores cantidades de obra ya ejecutadas o cuando de imprevistos en la ejecución del contrato se trata”.³¹⁹

1. En virtud de lo anterior, concluyó que la modificación del objeto contractual, necesariamente, debe hacerse mediante un contrato adicional, ya que “por estar en presencia de un nuevo objeto (no puede ser el mismo objeto aquel que ha sido modificado por adiciones), debe existir un nuevo acuerdo de voluntades que lo determine y que de paso fije el precio que por el mismo cancelará la administración”.³²⁰

1. En el 2005, al revolver una demanda de nulidad contra la elección de un Gobernador del Departamento de Nariño,³²¹ en consonancia con la anterior decisión, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado indicó que del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, se deducía que “cualquier estipulación de las partes contratantes, que tenga relación directa con el objeto del contrato Estatal, debe llevarse a cabo a través de la firma de un nuevo contrato”. Esto en tanto “la adición de contrato, que es distinta del contrato adicional, se admite expresamente para adicionar su valor no más allá del 50% del valor inicial del contrato, no para modificar su objeto, puesto que este elemento esencial de los contratos tan solo puede sufrir mutaciones por vía del contrato adicional”. A partir de ahí, concluyó que “la modificación del objeto del contrato debe surtirse por vía de un contrato adicional y prueba de ello es que se entiende perfeccionado un contrato cuando existe acuerdo respecto del objeto y del precio y dicho acuerdo se eleva a escrito. Esto en tanto, el cambio en el objeto del contrato exige de ‘un nuevo acuerdo de voluntades que lo determine y que de paso fije el precio que por el mismo cancelará la administración; además, por tratarse de un objeto adicionado, en el que la prestación debida ya no es la misma por haber sido ampliada’”.³²²

1. En el 2006, la Sección Quinta, nuevamente, al decidir sobre la nulidad de la elección de un alcalde,³²³ reiteró que la modificación del contrato estatal puede consistir, únicamente, en la modificación del precio y el plazo, porque la reforma del objeto contractual exige un contrato nuevo o adicional. Además, insistió en que “son diferentes el contrato adicional y la adición de contratos. Aquél es un nuevo contrato, mientras que ésta es una modificación de un contrato en ejecución, siendo nota diferencial en el primero la afectación del objeto del contrato”.³²⁴ Concretamente, señaló que “la posición del Consejo de Estado, tanto antes

como después de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, ha sido la de que cualquier modificación del objeto del contrato implica la celebración de un nuevo contrato, no de uno adicional, que opera solamente cuando la modificación se refiere al valor y al plazo del contrato originalmente celebrado. En otras palabras, solamente habrá contrato adicional cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del contrato, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando simplemente se realiza un ajuste del valor o del plazo inicial del contrato”.³²⁵

1. Los conceptos de adición y contrato adicional en la doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

1. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado tiene la función de actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración.³²⁶ Los conceptos emitidos en desarrollo de esa función no son actos administrativos, ni una providencia judicial en estricto sentido y, “en consecuencia, no tiene[n] fuerza jurídica vinculante para la entidad que lo solicit[a] y mucho menos para [terceros]”.³²⁷ Considerando lo anterior y en atención a que en el escrito de la acción de tutela el demandante hizo referencia al contenido del Concepto N° 1920 del 9 de septiembre de 2008, a continuación, se expondrá de manera sucinta, lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre las adiciones contractuales y los contratos adicionales.

1. En 1994, la Sala de Consulta y Servicio Civil afirmó que bajo la vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, las prórrogas y adiciones de los contratos administrativos solamente podían versar sobre el plazo y el precio, y que, por el contrario, las reformas del objeto eran auténticos contratos adicionales, es decir, nuevos negocios jurídicos.³²⁸

1. En 1998, la Sala de Consulta y Servicio Civil al referirse al contenido del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, señaló que contrato adicional y la adición de contratos son

diferentes.³²⁹ Explicó que el contrato adicional “es un nuevo contrato”, mientras que la adición del contrato “es una modificación de un contrato en ejecución”.³³⁰ Y respecto de la adición contractual, añadió que “debe entenderse como un agregado a las cláusulas del mismo. Es un instrumento apropiado para resolver las situaciones que se presentan cuando en desarrollo de un contrato se establece la necesidad de incluir elementos no previstos expresamente en el pliego de la licitación y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a este y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer”. A partir de ahí, concluyó que se debe “distinguir la determinación del precio del contrato, que se logra mediante los instrumentos de reajuste o revisión de precios, de la necesidad de agregar elementos no previstos en el contrato inicial pero cuya ejecución es indispensable por su conexidad con aquél, que se logra mediante la adición del contrato, tanto al objeto para incluirlos, como al valor para cubrir su costo y, si fuere necesario, al plazo para lograr su oportuna ejecución”.³³¹

1. Más adelante, en el año 2002 esa misma Sala señaló que “sólo habrá verdadera ‘adición’ a un contrato cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato (...)”. Luego señaló que en los casos en los que se ejecutan mayores cantidades de ítems ya pactados en el contrato, “no resulta legalmente procedente la celebración de un ‘contrato adicional’, pues en verdad no existe variación, o modificación o ‘adición al alcance físico de la obra contratada”. Además, agregó que el contrato adicional, “está reservado a aquellos eventos en que se introducen modificaciones o adiciones al contrato mismo, a su objeto, y de allí resulta un mayor valor de ejecución”, como cuando, se efectúa “un cambio en el valor de un precio unitario, hipótesis que requiere la celebración de un contrato adicional para incluir ese nuevo ítem como parte de la obligación del contratista (...)”.³³²

1. En el año 2008, la Sala de Consulta y Servicio Civil señaló que “el aumento o la disminución de las cantidades de obra contratadas, no comporta una modificación al objeto del contrato sino, una consecuencia de las estipulaciones del mismo, lo cual ha de

determinarse en cada caso, con la medición periódica de los avances de la obra”. A partir de allí, explicó que las mayores cantidades de obra se diferencian de los casos en que “por razón de la ejecución de la obra contratada, surge la necesidad de modificar el objeto contractual en el sentido de añadir o agregar una nueva obra; es decir, se requiere “adicionar” el contrato”, caso que, según expone “[e]l estatuto contractual vigente [admite], pero expresamente la limita con referencia al valor”.

1. Luego de citar el contenido del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, la Sala de Consulta y Servicio Civil adujo que “las expresiones ‘adicionar’ y ‘valor inicial’, tienen un significado común: es el caso de un contrato que requiere de modificaciones que inciden en su valor original, no porque correspondan al simple resultado de multiplicar cantidades de obra y precios originalmente pactados, sino porque se trata de obras nuevas o distintas respecto de las contratadas, y que son indispensables para que el objeto contractual cumpla la finalidad buscada por la entidad estatal contratante”. Y aclaró que, en cualquier caso, “el valor de lo adicionado sólo puede llegar a la mitad del valor originalmente establecido, aunque actualizado mediante la variación del salario mínimo legal mensual. Esta limitación impuesta por el legislador se constituye en una medida de control para prevenir el desconocimiento de los procesos licitatorios en razón de la cuantía, así como para garantizar la transparencia, la selección objetiva y el principio de planeación en la contratación estatal”. Con fundamento en lo expuesto, concluyó que, “el documento que contiene la adición sólo recoge las variaciones acordadas, y por ello, las estipulaciones no modificadas se deben aplicar al contrato adicional, pues éste es en últimas, una parte que se agrega al contrato inicial”.³³³

1. Posteriormente, en el año 2013, la Sala de Consulta y Servicio Civil resolvió una consulta elevada por el Ministerio del Transporte relativa a “varios aspectos jurídicos de las cláusulas que se han dado en llamar ‘alcances progresivos’, pactadas en algunos contratos de concesión de obra de infraestructura vial”.³³⁴

1. En ese concepto, la Sala de Consulta y Servicio Civil al referirse al “concepto de adición en los contratos estatales”, reseñó los conceptos proferidos por esa misma Sala a los que se hizo referencia en este acápite y concluyó que “[d]e la jurisprudencia y la doctrina citadas se puede concluir que la adición de los contratos estatales consiste en una modificación a los mismos, efectuada por las partes, de común acuerdo, o unilateralmente por la entidad estatal, para: (i) agregar al objeto inicial del contrato bienes, obras, servicios o actividades no previstas inicialmente en dicho objeto, pero que guardan una estrecha relación con el mismo y se requieren para su debida ejecución y, en últimas, para el logro de la finalidad perseguida con el contrato, y/o (ii) modificar el precio del contrato, entendido éste como el precio global acordado, los precios unitarios, el valor de los honorarios reconocidos al contratista etc., según la modalidad de remuneración acordada, siempre que dicho ajuste tenga un fundamento legal, técnico y económico, y no se trate de la simple actualización de los precios estipulada inicialmente por las partes (cláusulas de actualización o reajuste de valor) o de la revisión de los mismos por el acaecimiento de hechos sobrevinientes extraordinarios o imprevisibles (teoría de la imprevisión, hecho del príncipe etc.)”.³³⁵

1. Además, se refirió a los “alcances progresivos” y señaló que se trataba de pactos en los contratos de concesión vial de tercera generación. Respecto de estos, explicó que “una vez cumplidas las condiciones estipuladas para que haya lugar a los mismos (“activación”), constituyen una adición a los respectivos contratos, la cual está sujeta, por lo tanto, a todos los límites, formalidades, requisitos y, en general, disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en sus normas complementarias y reglamentarias”. Empero, aclaró que “no constituirían una adición si el “alcance progresivo” se encontrara incorporado realmente al objeto y al valor iniciales del contrato, en la forma y con las condiciones explicadas en este concepto, pues sólo así se garantizaría el cumplimiento de los principios y las normas constitucionales y legales que orientan y regulan la contratación pública”.³³⁶

1. Sin embargo, al referirse a ese tipo de adiciones previstas para los contratos de concesión vial la Sala de Consulta y Servicio Civil nada dijo sobre el hecho de que el artículo 28 de la

Ley 1150 de 2007 hubiese sido derogado por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012, ni sobre los efectos jurídicos derivados de ese hecho, que, como se ha venido advirtiendo es que las adiciones al objeto de los contratos de concesión de obra pública y la Sentencia C-300 de 2012, carecen de fundamento legal.

1. El principal contenido de las decisiones y conceptos hasta aquí expuestos, para efectos del presente análisis, se puede sintetizar así:

Sentencia del Consejo de Estado

Contenido en relación con las adiciones contractuales y los contratos adicionales

Sentencia del 6 de agosto de 1987337

* Siempre que se modifique el objeto del contrato se requiere de un contrato nuevo.

* Ese “contrato nuevo” es diferente de un “contrato adicional”.

Sentencia del 30 de octubre de 2003338

* Adición contractual: es una mera adición accesoria del contrato.

* Contrato adicional: es una modificación en el objeto del contrato.

Sentencia del 2 de septiembre de 2004339

Sentencia del 19 de abril de 2018340

* No existe variación del objeto contractual, en los casos en los que se desarrollen actividades que han sido incluidas como ítems desde la formulación del pliego de condiciones.

Sección Quinta

Sentencia del 20 de mayo de 2004341

* Contrato adicional: es un nuevo contrato para modificar el objeto del contrato estatal.

* Adición contractual: sólo puede ser una modificación del valor del contrato, no más allá del 50% del valor inicial.

Sentencia del 24 de agosto de 2005342

* Contrato adicional: es un nuevo contrato para modificar el objeto del contrato estatal.

* Adición contractual: reforma que no implica modificación de su objeto.

Sentencia del 26 de enero de 2006343

* Contrato adicional: es un nuevo contrato para modificar el objeto del contrato estatal.

* Adición contractual: es una modificación de un contrato en ejecución.

Concepto

Contenido en relación con las adiciones contractuales y los contratos adicionales

Sala de Consulta y Servicio Civil

Concepto del 17 de mayo de 1994344

* Contrato adicional: es una reforma del objeto contractual.

* Adición contractual: es una reforma en el plazo y el precio.

Concepto del 26 de agosto de 1998345

* Contrato adicional: es un nuevo contrato.

* Adición contractual: es una modificación del contrato en ejecución para incluir elementos no previstos expresamente en el pliego de la licitación y excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a este y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer.

Concepto del 19 de julio de 2002346

Concepto del 9 de septiembre de 2008347

* Adición contractual: tiene el propósito de agregar algo al objeto contractual.

Concepto del 23 de agosto de 2013

* Adición de los contratos estatales: consiste en una modificación a los mismos, efectuada por las partes de común acuerdo, o unilateralmente por la entidad estatal para:

* Agregar al objeto inicial del contrato bienes, obras, servicios o actividades no previstas inicialmente en dicho objeto, pero que guardan una estrecha relación con el mismo y se requiere para su debida ejecución, y/o

* Modificar el precio del contrato, siempre que dicho ajuste tenga un fundamento legal, técnico y económico, y no se trate de la simple actualización de los precios estipulada inicialmente por las partes o de la revisión de los mismos.

1. A partir de lo anterior, a pesar de la diversidad de posturas y de interpretaciones que han surgido en torno a los conceptos de “adición” y “contrato adicional” se puede concluir que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, como autoridad especializada en asuntos contractuales, ha señalado que:

* Las modificaciones del objeto del contrato se deben efectuar mediante un contrato nuevo. En 1987, diferenció ese contrato nuevo, de un contrato adicional,³⁴⁸ en tanto, para ese momento, estaba vigente el Decreto Ley 222 de 1983, el cual definía el “contrato adicional” como una modificación del plazo o del valor convenido,³⁴⁹ y prohibía la modificación del objeto contractual mediante la celebración de contratos adicionales. De modo que, la diferenciación estuvo justificada en las denominaciones implementadas por la ley.

* Luego, la jurisprudencia decantó que la modificación del objeto del contrato no es una adición contractual, sino que exige de un “contrato nuevo” que se denomina “contrato adicional”.³⁵⁰

* Una adición contractual es una mera adición de algo accesorio al contrato.351

* No existe variación del objeto contractual en los casos en que se desarrollan actividades que han sido incluidas como ítems desde el pliego de condiciones.352

La Sección Quinta, al decidir casos de nulidades electorales ha señalado sobre las adiciones contractuales y los contratos adicionales que:

* El contrato adicional es un contrato nuevo, que tiene el propósito de modificar el objeto del contrato original.353

* Las adiciones contractuales son modificaciones del contrato en ejecución. Esas modificaciones sólo pueden hacerse respecto del valor del contrato y no más allá del 50% del valor inicial.354

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha dicho que:

* El contrato adicional es un contrato nuevo.355

* La adición contractual admite incluir elementos no previstos en el pliego de condiciones y excluidos del objeto contrato, pero que guardan una estrecha relación con el mismo y se requiere para su debida ejecución.356

* En oposición a lo anterior, ha usado indistintamente ambos conceptos, a manera de

sinónimos, para indiciar que las modificaciones en el objeto del contrato o adiciones deben hacerse mediante un contrato adicional.³⁵⁷

1. Los conceptos de adición y contrato adicional en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

1. Al decidir sobre la responsabilidad penal de servidores públicos que les ha acusado de tramitar, celebrar o liquidar contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha acudido a la jurisprudencia mencionada del Consejo de Estado y ha diferenciado, también, entre la adición de un contrato público y un contrato adicional.

1. Así, por ejemplo, en el año 2017 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló que la adición del contrato ocurre “cuando al alcance físico del contrato se agrega algo nuevo sin variar su esencia, y la ampliación se produce debido a la deficiente estimación de las cantidades de obra requeridas para la ejecución del objeto contractual”, mientras que, el contrato adicional “encierra una modificación de fondo, es decir, un cambio sustancial del objeto convenido”. Conforme a lo anterior, aclaró que la ejecución de obras adicionales o complementarias, se deben pactar mediante un contrato adicional, pues “no hacen parte del objeto principal, son una variación del mismo, se trata de obras nuevas, diferentes de las contratadas, o de ítems o actividades no contempladas o previstas inicialmente, pero cuya ejecución en determinadas circunstancias resultan necesarias”.³⁵⁸ Para sustentar esa postura, citó múltiples sentencias proferidas por el Consejo de Estado.³⁵⁹

1. Posteriormente, en el año 2018, esa misma Sala señaló que “existe contrato adicional cuando se modifica su objeto, es decir, cuando se agrega algo nuevo o se amplía su objeto contractual. Desde este punto de vista, cualquier modificación del objeto del contrato implica celebrar un nuevo contrato. Por el contrario, una simple reforma del contrato que no implica una innovación en su objeto, como un ajuste del valor o del plazo inicial del contrato, es una

adición del contrato”.360

A. Análisis y solución del caso concreto

1. En la presente providencia, la Sala Plena conoce una tutela presentada en contra de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia,³⁶¹ los cuales se consideraron vulnerados por las demandadas al proferir, respectivamente, las Sentencias del 11 de marzo de 2020 y del 16 de marzo de 2018, por cuanto, a juicio del demandante, incurrieron en un defecto fáctico y en un defecto por violación directa de la Constitución.³⁶²

1. Al resolver la acción de tutela en primera instancia, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo. Consideró que la Sentencia emitida por la Sala de Casación Penal no contenía ningún error configurativo de vía de hecho, pues “sus tesis comportan una motivación atendible y acorde al tópico base de discordia”.³⁶³ Al respecto, indicó que “la institución acusada expuso con suficiencia porqué (sic), en su opinión, el ruego invocado no era aceptable, desvirtuando todos los yerros alegados por el demandante”.³⁶⁴ El demandante, a través de su apoderado, impugnó el fallo de primera instancia. En segunda instancia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo. Después de hacer una síntesis del análisis y las conclusiones de la Sala de Casación Penal consideró que dicha decisión “no es arbitraria o caprichosa ni puede considerarse lesiva de garantías superiores, dado que el juez convocado valoró adecuadamente los elementos de prueba que se incorporaron al expediente con sujeción a las reglas de la sana crítica”.³⁶⁵ Además, advirtió que “no es admisible que el juez de tutela sustituya al juez de conocimiento para valorar las pruebas o imponer su propio criterio como lo pretende el impugnante”.³⁶⁶

1. De conformidad con lo anunciado hasta este punto, corresponde a la Sala Plena verificar si

la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al proferir la sentencia del 11 de marzo de 2020, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, al proferir la sentencia del 16 de marzo de 2018, incurrieron en (i) el defecto fáctico por dejar de valorar pruebas documentales que evidenciaban que (a) lo suscrito por del demandante no fue un contrato adicional, sino una adición contractual, que no exigía de un nuevo proceso de contratación, y que (b) el contrato No. 6-04843 no terminó el 7 de junio de 2004; o en (ii) el defecto por violación directa a la Constitución por desconocer el principio de interpretación conforme a esta al (a) aplicar un tipo penal en blanco sin tener en cuenta las remisiones normativas necesarias para determinar su alcance e ignorando las reglas contenidas en la Ley 80 de 1993, aunque la Sentencia C-917 de 2001 señaló que para “la aplicación conforme a la constitución del tipo penal del artículo 410 del Código Penal es necesario acudir a las normas que permiten determinar el alcance de la figura contractual aplicable al caso”; (b) acoger la interpretación desfavorable ante la diversidad de posiciones interpretativas expresadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado,³⁶⁷ y de la Corte Suprema de Justicia³⁶⁸ sobre el contenido y alcance del concepto de “contrato adicional”; (c) desconocer la “interpretación flexible del concepto de objeto contractual” prevista en la Sentencia C-300 de 2012 la cual aceptó que la figura permite al contratista y a la administración que el objeto pueda ser complementado, siempre y cuando se trate de la adición de actividades necesarias para su adecuada realización”;³⁶⁹ y, en consecuencia; (d) no admitir que los módulos hacían parte del objeto del contrato No. 6-04843 por ser necesarios para el cumplimiento del mismo.

1. Ahora bien, antes de proceder con ese análisis, debe volverse sobre dos asuntos que son de suma relevancia para tener claridad sobre la situación fáctica que fue objeto de análisis en el proceso penal. Por un lado, se tiene que, tal y como concluyeron el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el “Adicional No. 2” realmente no fue una adición al contrato No. 6-04843, sino que se trató de un contrato adicional que debió ser producto de un proceso de contratación independiente. Esto, en tanto, los módulos para los vendedores estacionarios no estaban comprendidos dentro de los ítems previstos en el pliego de condiciones, ni pactados en el Contrato No. 6-04843, por lo que su pacto implicó una modificación del objeto contractual que, como se verá, conforme a la jurisprudencia la Sección Tercera del Consejo de Estado de la época de

los hechos (año 2004), exigía celebrar un contrato adicional conforme a las reglas de la contratación pública.

1. Por otro lado, se tiene que Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior, en su condición de Alcalde del Distrito de Cartagena de Indias, y el representante del Consorcio El Parque suscribieron el “Adicional # 2 del contrato de obras públicas No. 6-04844 (sic) de septiembre 15 de 2003 celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y el Consorcio El Parque para la recuperación urbanística Parque de Las Flores”,³⁷⁰ después de que hubiere vencido (i) el plazo de ejecución del contrato No. 6-04843, y (ii) el plazo de ejecución del Adicional No. 1 al contrato de obras públicas No. 6-04843.

1. En efecto, en este caso, la Sala advierte que, para el 30 de agosto del 2004, fecha en la que el demandante suscribió el Adicional No. 2, el plazo de ejecución del contrato principal había vencido. De modo que, para ese momento la obra principal tendría que haber sido entregada y no era posible adicionarle nada. Veamos:

* El 15 de septiembre de 2003, las partes suscribieron el contrato No. 6-04843. En la cláusula segunda, las partes pactaron un plazo de ejecución de las obras de setenta y cinco (75) días a partir de la suscripción del acta de inicio de las obras.³⁷¹

* El 1 de octubre de 2003, el interventor de la obra y el representante del Consorcio El Parque acordaron suspender la ejecución del contrato.³⁷²

* El 10 de noviembre de 2003, las partes del contrato suscribieron un documento denominado “Adicional No. 1 al contrato de obras públicas No. 6-04843 de septiembre 15 de 2003 celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y el Consorcio El

Parque para la recuperación urbanística Parque de Las Flores”.373

* El 26 de marzo de 2004, el interventor y el representante del contratista suscribieron el Acta de Inicio de Obras del contrato.374

* De modo que, el 27 de marzo de 2004, iniciaron los setenta y cinco (75) días de plazo de ejecución pactados en el contrato No. 6-04843.

El párrafo 1 del artículo 829 del Código de Comercio — el cual aplica a los contratos públicos en virtud de la remisión a las disposiciones civiles y comerciales que efectúan los artículos 13375 y 40376 de la Ley 80 de 1993— dispone que los plazos de días convencionales se entenderán, comunes. Así pues, a falta de pacto expreso en contrario, debe entenderse que el plazo pactado por las partes del contrato No. 6-04843, fue de días calendario.

* En consecuencia, el plazo de 75 días calendario del contrato de obras públicas No. 6-04843 venció el 9 de junio de 2004.

1. Conforme a lo anterior, en efecto, el 7 de junio de 2004, las partes del contrato suscribieron el “ACTA FINAL DE RECIBO DE OBRAS CONTRATO 6-04843”, hecho que se analizará con mayor detalle en el siguiente acápite.

1. Ahora bien, aunque en el proceso penal se concluyó que el Adicional No. 1 no fue una simple adición, sino que en realidad fue un contrato adicional, si en gracia de discusión se contabilizara también el plazo de ejecución pactado en este, se evidenciaría que ese plazo,

igualmente, estaba vencido al momento en el que demandante suscribió el Adicional No. 2.

1. En efecto, en la cláusula segunda, del Adicional No. 1 las partes pactaron un término de ejecución de treinta (30) días contados a partir del vencimiento del plazo inicialmente pactado.³⁷⁷ Según el acuerdo de las partes, ese plazo de ejecución debió haber iniciado al día siguiente del vencimiento del plazo del contrato principal, es decir el 10 de junio de 2004, por lo que, el plazo de 30 días calendario culminó el 10 de julio de 2004.

1. A pesar de que las partes acordaron que el plazo del Adicional No. 1 empezaría al vencimiento del plazo del contrato original, esto es, el 10 de junio de 2004, ocurrió que el 30 de junio de 2004 el interventor y el contratista suscribieron el “Acta de inicio de obras del contrato adicional No. 1 al Contrato de obras públicas No. 6-04843”.³⁷⁸ En ese sentido, si se admitiera, también en gracia de discusión, que el plazo del Adicional No. 1 inició el 1 de julio de 2004, de todas formas, se concluiría que al momento en el que el demandante suscribió el Adicional No. 2 el plazo de ejecución del Adicional No. 1 estaba vencido. Esto, en tanto, el plazo de 30 días calendario habría vencido el 30 de julio de 2004.

1. Como se anunció, el Adicional No. 2 fue firmado el 30 de agosto de 2004.³⁷⁹ Para esa fecha, según se explicó en los párrafos anteriores no sólo el plazo de ejecución del contrato No. 6-04843 estaba vencido, sino también el del Adicional No. 1. Por lo tanto, la Corte Constitucional advierte que, esta es la principal razón por la que no es dable admitir que lo suscrito por el demandante, en realidad, fue una adición al contrato de obras públicas No. 6-04483, pues no se puede adicionar lo que, en virtud del propio pacto entre las partes, debió haber ya culminado.

1. Por último, se considera pertinente aclarar que en el curso del proceso penal se descartó que la necesidad de construir los módulos para los vendedores estacionarios surgiera de forma imprevista después de suscrito el contrato No. 6-04843, pues, quedó probado que desde las etapas previas a la suscripción del contrato “se contempló la participación d de los vendedores en este caso los del parque de las flores dentro del proceso de reestructuración”, es decir “aquellos vendedores que gozaban de la confianza legítima” y que “integraron (...) las mesas de trabajo que dieron como resultado la reorganización de la ocupación del parque en mención”.380

1. Conforme a lo anterior, el Tribunal Superior del Distrito de Cartagena la estructuración del proyecto “requería un nivel de planificación serio y adecuado, teniendo en cuenta que era de conocimiento de los [procesados] que las plazas que se querían remodelar, fuero denominadas caóticas al encontrarse ocupadas por particulares con expectativas legítimas para trabajar allí, en principio, porque la política pública de recuperación del espacio público fue pensada por la administración (...)”.381

1. Una vez efectuadas las anteriores aclaraciones, la Sala procederá a resolver los problemas jurídicos.

1. Las demandadas no incurrieron en defecto fáctico

1. En el caso sub examine, el demandante señaló que “en la decisión del Tribunal Superior de Cartagena posteriormente confirmada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no se realizó una valoración del material probatorio allegado al proceso, pues se omitió considerar elementos que, dadas las circunstancias del caso, hubieren llevado a una variación sustancial de la decisión”.383 En criterio del demandante, las siguientes “15

pruebas [documentales] directamente ligados (sic) con el objeto del presunto delito, no fueron analizadas” por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena:384

“a. Oficio no. 38388 del 23 de julio de 2013, el investigador Manuela Oswaldo Lugo Sandoval y;

b. Oficio AMC-OFI-0041910-2013 del 19 de julio de 2013 suscrito por Ramón León Hernández, dirigido a Manuel Oswaldo Lugo Sandoval. Se allegan documentos contentivos de la relación contractual entre el Distrito de Cartagena y el Consorcio El Parque;

c. Acta parcial de recibo de obras No. 2 del contrato 6-04843 de 7 de junio de 2004. Se reciben las obras ejecutadas hasta la fecha;

d. Disponibilidad presupuestal adicional No. 1 de 7 de noviembre de 2003;

e. Disponibilidad y reserva de obras adicionales del contrato 6-04843;

f. Certificación de disponibilidad y registro del adicional No. 1;

g. Acta de suspensión de términos y vigencia del contrato adicional No. 1 al contrato de obras públicas 6-04843 de 25 de noviembre de 2013. Se pone de manifiesto la presencia de vendedores estacionarios;

h. Anticipo adicional No. 1 al contrato 6-04843;

i. Acta de inicio de obras del contrato adicional No. 1 al contrato de obras públicas 6-04843 de 30 de junio de 2004. Se pone de manifiesto que la demora en el inicio se debió a la ocupación de la zona de trabajo por vendedores estacionarios;

j. Acta parcial de recibo de obras no. 1 adicional No. 1 al contrato de obras públicas 6-04843 de 9 de julio de 2004. Se reciben las obras ejecutadas hasta la fecha;

k. Cuenta. Acta parcial de recibo de obras no. 1 contrato adicional No. 1 al contrato de obras públicas 6-04843.

l. Cuenta de cobro de consorcio el parque a la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias de 9 de julio de 2004. Por concepto de contrato adicional al contrato de obras públicas 6-04843 y

conforme al acta de recibo de obra parcial de 9 de julio de 2004.

m. Acta de liquidación final del contrato 6-04843 y sus adicionales No.1 y No. 2 contrato de obras públicas para la recuperación urbanística y paisajística (...) contratista consorcio parque las flores. Septiembre de 2014 (18 folios). Contiene el acta de recibo final de toda la obra de fecha 30 de agosto de 2004.

n. Pólizas de seguro de cumplimiento modificatorias con vigencia inicial de 15- 09-2003 a 30-08-2004 no 037502813 fecha de expedición 12-07-2004 hasta 30 de agosto de 2004".385

1. Y, a juicio del demandante, la falta de valoración de estas pruebas condujo al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena y, posteriormente, a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al error de (i) concluir que lo suscrito por el señor Barboza Senior, el 30 de agosto de 2004 no fue una adición, sino un contrato nuevo que requería de un proceso de contratación propio,³⁸⁶ y (ii) afirmar que el contrato No. 6-04843 había terminado el 7 de junio de 2004 cuando se firmó el acta de entrega, por lo que estaba vencido al momento de la firma del Adicional No. 2 (30 de agosto de 2004).

1. Concretamente, el demandante señaló que "la prueba utilizada por el juzgador para identificar la responsabilidad penal (...) fue el acta de entrega parcial de 7 de junio de 2004 pues en ella se indicaba que se trataba de un acta de entrega final". Sin embargo, de una "valoración conjunta de los elementos de prueba válidamente incorporados al proceso", habría permitido encontrar que "el contrato no terminó en dicha fecha, que por tanto la actuación del entonces alcalde se tratada de una adición que respetaba la Ley y en ese sentido no era la realización de un nuevo proceso de selección". Así pues, a su juicio, la omisión en la valoración de las pruebas "tuvo una implicación directa en la determinación de la hipótesis creíble y lo llevo a error, en la medida que no le permitió identificar otra hipótesis, fundamentada por demás en más elementos de prueba que la primera".³⁸⁷

1. Al respecto añadió que, “al ignorar el acta de inicio de obras del contrato adicional No 1 al contrato de obras públicas 6-04843 de 30 de junio de 2004, el acta de recibo parcial del contrato adicional No. 1 al contrato de obras públicas No. 60484 de 9 de julio de 2004, la cuenta de cobro de Consorcio el Parque de la misma fecha y el acta parcial de obras No. 2 del contrato No. 6-04843 de 7 de junio de 2004, indebidamente concluye que en esa misma fecha se realizó la entrega final de obras y la terminación del contrato, pues el contrato es uno con sus adiciones”. Sin embargo, de haber valorado esas pruebas “[h]abría comprendido el funcionario que el adicional número dos sólo daba continuidad al contrato, estaba dentro del objeto y era consecuencia obligada del adicional uno pues sólo aumentaba en número el total de puestos de los vendedores del parque”.³⁸⁸

1. Por último, señaló que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia también omitió “la valoración de las pruebas reseñadas al reiterar la posición del juzgado basado en su particular lectura del acta de liquidación, como elemento de prueba que, utiliza esta Alta Corporación con el objetivo de fortalecer la posición del Tribunal”.³⁸⁹ Esto, aunque “la reiteración del título del acta de 7 de junio de 2003, por su referencia en el acta de liquidación, no implica en ninguna medida un estudio de los elementos de prueba referenciados, ni siquiera del contenido mismo del acta de liquidación”.³⁹⁰

1. En síntesis, a juicio del demandante, si las 15 pruebas documentales anteriormente indicadas hubieran sido analizadas por el Tribunal Superior de Cartagena y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, estos habrían concluido que (i) el Adicional No. 2 daba continuidad al contrato No. 6-04843 y estaba dentro del objeto de este; (ii) el contrato No. 6-04843 no terminó el 7 de junio de 2004 y, en consecuencia, (iii) el contrato no estaba vencido para el momento de la suscripción del Adicional No. 2.

1. En este caso, la Sala Plena de la Corte Constitucional encuentra que los argumentos del demandante no están llamados a prosperar, y, que ni el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, ni la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrieron en

falencia alguna que hubiese sido ostensible, flagrante, manifiesta, evidente o arbitraria en la valoración probatoria de manera que se justifique la intervención del juez constitucional.

1. En primer lugar, ocurre que las pruebas documentales dan cuenta, de manera razonable, que el 7 de junio de 2004 el contratista hizo una entrega de algunas obras que hacían parte del objeto del contrato No. 6-04843 que la administración aún no había recibido, y que, con esa entrega, las partes consideraron que habían sido entregadas la totalidad de las obras pactadas. Por ello, se firmó un acta de entrega de las obras.

1. En segundo lugar, tal como lo explicaron el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y como lo reconoció el propio demandante,³⁹¹ los ítems y actividades pactados en los adicionales 1 y 2, es decir, la construcción de los módulos para los vendedores estacionarios, no estaban comprendidos dentro de los ítems y actividades previstos en el pliego de condiciones que reguló el proceso de selección del contratista que habría de ejecutar la “construcción Parque Capitol y Parque de las Flores en la ciudad de Cartagena de Indias”, ni dentro de los pactados en el Contrato No. 6-04843, por lo que adicionar tales obras necesariamente se traducían en una modificación al objeto del contrato. En otras palabras, la construcción de los módulos para los vendedores estacionarios no era parte del objeto contractual original, por lo que, para su contratación, el demandante debió adelantar un nuevo proceso de selección que diera aplicación a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, tal como lo consideraron las autoridades judiciales demandadas en el proceso penal.

1. Estas son conclusiones razonables a partir del análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado, las cuales no se desvirtúan -a diferencia de lo que alega el accionante- a partir de las misivas intercambiadas por las partes durante la ejecución del contrato, ni del acta de recibo parcial de obras No. 2 del Contrato 6-04843 suscrita el 7 de junio de 2004, ni de los certificados de disponibilidad presupuestal, ni de las actas suscritas durante la ejecución del adicional No. 1, ni de las cuentas de cobro del contratista, ni del acta de liquidación o las

pólizas del contrato. Lo anterior, ya que ninguno de estos documentos puede modificar el contenido del pliego de condiciones o en el contrato 6-04843.

1. En efecto, en la Sentencia del 16 de marzo de 2018, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena citó un extracto de una sentencia del Consejo de Estado que distingue entre las mayores cantidades de obra de ítems previamente pactados y las obras adicionales derivadas de ítems no pactados desde el inicio,³⁹² así:

“Para la Sala no es claro si tales obras son realmente obras adicionales o corresponden más bien a mayores cantidades de obra ejecutada, circunstancia que no puede ser desconocida puesto que unas y otras obedecen a hipótesis distinta y, por ende, adquieren implicaciones jurídicas propias. En efecto, en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada supone que ésta fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución el contrato, surgiendo así una ‘prolongación de la prestación debida’, sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual. Esta situación justifica que en determinados casos se celebren contratos adicionales, o que, si esto no ocurre, se restablezca la ecuación contractual ya sea al momento de liquidar el contrato, o través de la acción judicial correspondiente, a condición, claro está, de que si el contrato fue liquidado por las partes de común acuerdo, el contratista se haya reservado el derecho a reclamar por ello. En cambio, la realización de obras adicionales supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesaria” (negrita fuera del texto original).³⁹³

1. A partir de ese análisis hecho por el Consejo de Estado, el Tribunal Superior accionado aclaró que las modificaciones al objeto contractual no pueden efectuarse mediante una “adición” al contrato, pues ese tipo de modificaciones implican la celebración de un nuevo contrato que debe suscribirse conforme a las disposiciones de la Ley 80 de 1993. Concretamente, el Tribunal señaló:

“Sin embargo, desde ya se aclara en primer lugar, que las mayores cantidades contratadas, aunque necesarias, pueden obedecer a faltas en la planificación o planeación por parte de la administración, y por otro lado, es evidente que, a través de adiciones no puede pretenderse ampliar o suprimir el objeto contractual, por cuanto ello impondría la obligación de celebrar un nuevo negocio jurídico, caso en el cual el contratante deberá ceñirse a los cauces taxativamente estipulados en la ley 80 de 1993, pues, de no ser así, su comportamiento también se encuadraría en una conducta típicamente antijurídica”.³⁹⁴

1. Conforme a lo anterior, el Tribunal advirtió que los módulos que se agregaron mediante los adicionales no se encontraban dentro de los ítems de obra pactados en el contrato No. 6.04843 y, por ende, dentro del objeto contractual. De ahí que su pacto exigía de un nuevo contrato. En palabras de la autoridad demandada:

“Obsérvese que en presupuesto inicial de la obra, se contemplaron ocho ítems divididos así: (i) preliminares, (ii) cimientos, (iii) mampostería y pañete, (iv) pisos, (v) obras varias, (vi) mobiliario urbano, (vii) instalación eléctrica y (viii) batería de baños. Entonces, contrario a lo advertido por los enjuiciados, pese a su evidente necesidad, los módulos en ningún momento de la contratación fueron presupuestados por el Distrito (...)

(...)

Como primera medida, conviene aclarar que la adición contractual No. 1 no fue realmente una adición, habida cuenta que con esta, no se pactaron mayores cantidades de obra a las inicialmente concertados. Al respecto, es claro que el acto jurídico en mientes se circunscribió a convenir módulos para los vendedores estacionarios del PARQUE DE LAS FLORES, de modo que, en realidad, se tratada de un nuevo contrato, pues, se reitera, su objeto no fue contemplado en el negocio jurídico”.³⁹⁵

1. Sobre esa base, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, efectuó el análisis de la responsabilidad penal del señor Barboza Senior, así:

“Finalmente, queda por dilucidar la responsabilidad del segundo alcalde implicado en el

presente juzgamiento, ALBERTO RAFAEL BARBOSA (sic) SENIOR. Sobre el particular, conviene recordar que la fiscalía lo acusó básicamente porque adjudicó directamente la adición contractual No. 2, sin atender a criterios razonables (...)

En ese orden de ideas, ya ha quedado aclarado que el 7 de junio de 2004 se suscribió el acta final de recibo de obras, documento que constituía un medio de verificación de la ejecución del objeto contractual y de contera, el acto mediante el cual se entendía finiquitado el negocio jurídico.

Ello entonces implicaba, principalmente, que el desarrollo de las obligaciones jurídicas contraídas con la celebración del contrato, había llegado a su fin, de la manera que lo siguiente sería, por tanto, la liquidación definitiva del negocio.

Inexplicablemente, no aconteció lo que resultaba lógico y esperado, sino que, el 12 de agosto de 2004, bajo una denominación sofisticada, el alcalde BARBOSA (sic) SENIOR suscribió una segunda adición contractual del negocio jurídico que, se repite, había terminado el 7 de junio anterior.

Así pues, no se trataba, como equivocadamente se pretendió, de una adición, sino de un contrato por obvias razones nuevo, pues, muy a pesar de contener en su objeto cláusulas referentes a la recuperación urbanística del parque de las flores, no era posible ejecutar las labores correspondientes a otro pacto en relación al cual se suscribió un acta final de recibo de obras.

Bajo los anteriores derroteros, era evidente que existía la necesidad de celebrar un negocio jurídico, para complementar las labores desarrolladas en razón al contrato 6-04843, por lo que el mecanismo idóneo, era llevar a cabo un nuevo proceso de selección, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

De esa guisa, le incumbía, en el ejercicio de sus funciones, verificar los motivos de la adición, auscultar las razones por las que la obra se había extendido tanto tiempo, adelantar las gestiones necesarias para elucidar por qué ya no se contemplaba la necesidad de remodelar la Plazoleta Capítol, y sobre todo, poner en conocimiento de las autoridades competentes todas las situaciones sospechosamente ilegales que surgieron a partir de la suscripción del negocio jurídico.

Así pues, aunque en la indagatoria y en su ampliación BARBOSA (sic) SENIOR insistió en que todo estuvo ajustado a la legalidad, en el marco normativo dispuesto en el Estatuto de la Contratación y bajo el consejo de CHARTUNI GONZÁLEZ, las irregularidades mencionadas, que había causado tantos traumatismos graves y nefastos a la obra ejecutada, eran suficientes para cuestionar el proceder de la anterior administración y además preguntarse si le era lícito suscribir la adición, teniendo en cuenta su deber de cuidar los recursos públicos.

(...)

Por tal motivo él, como burgomaestre, era el funcionario encargado de celebrar el contrato, adelantando el trámite que correspondiera con apego a los principios de transparencia y selección objetiva, procedimiento este que no se cumplió, pues arbitraria e injustificadamente el segundo alcalde adjudicó la ejecución de la obra a quien había oficiado como contratista del distrito en el negocio jurídico precedente.

Por lo anteriormente expuesto, dos conclusiones se imponen en lo que respecta a la responsabilidad del ex burgomaestre; en primer lugar, está probado que contrario a lo averado por su defensor, el pacto de adición no fue tal, sino que realmente se trataba de un nuevo contrato, y por tanto, estaba obligado a adelantar el proceso de contratación que correspondiera. Así las cosas, en razón a la adjudicación arbitraria e injustificada del negocio jurídico, vulneró los principios de transparencia y selección objetiva contemplados en la ley 80 de 1993, y en consecuencia, incurrió en el delito de contrato sin requisitos legales.

En segundo lugar y precisamente por lo dicho en precedencia, no resulta pertinente hacer mención al principio de confianza alegado por el apoderado del señor BARBOSA SENIOR, porque ya quedó decantado que la actualización del punible aconteció por la celebración de un contrato completamente independiente al suscrito por CHARTUNI GONZALEZ y DÍAZ REDONDEO. De todas formas y gracia de discusión, lo cierto que es el enjuiciado suscribió la mal denominada adición No. 2, sin ningún tipo de presión externa, estado de necesidad o cualquier otra causal de ausencia de responsabilidad, de modo que, en últimas, lo que se le reprocha, acudiendo a las palabras del defensor, es su propia actuación no la de terceros, y en consecuencia, la conducta típica y antijurídica lo es jurídicamente imputable” (negrita fuera del texto).

1. De lo anterior se desprende que aunque el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena consideró los argumentos presentados por la defensa de Barboza Senior dirigidos a sustentar que lo suscrito por este fue una adición que dio continuidad al objeto del Contrato No. 6-04843 —lo cual, en criterio del demandante era lo que evidenciaban las 15 pruebas documentales que supuestamente no fueron valoradas—, concluyó que el Adicional No. 2 realmente no fue una adición sino un contrato adicional por dos razones: (i) los módulos que se agregaron mediante los adicionales no estaban dentro de los ítems de obra pactados en el contrato No. 6.04843, y (ii) el 7 de junio de 2004 las partes del contrato suscribieron un Acta de recibo de las obras, la cual indicaba que la administración recibió a satisfacción la totalidad de las obras contratadas mediante el Contrato 6-04843 en esa fecha, por lo que, no era jurídicamente posible adicionar nada a estas.

1. Respecto de la primera razón expuesta por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, es decir que las actividades e ítems contratados en los adicionales 1 y 2 no se encontraban dentro de aquellos contemplados en los pliegos y en el Contrato 6-04843, de manera que su pacto representó una modificación al objeto contractual que exigía de un nuevo proceso de contratación, se evidencia que, en efecto, las pruebas documentales allegadas al expediente penal dan cuenta de ese hecho. Veamos:

1. Los ítems y actividades previstos en el pliego de condiciones que reguló el proceso de selección del contratista que habría de ejecutar la construcción Parque Capitol y Parque de las Flores en la ciudad de Cartagena de Indias, 396 y pactados en el contrato 6.04843,397 son los siguientes:

ITEM

DESCRIPCIÓN

1.0

PRELIMINARES

1.1.

TRAZADO Y LOCALIZACIÓN

1.2.

DEMOLICIÓN DE MUROS

1.3.

PICADA PISOS

1.4.

DESMONTE SANITARIOS

1.5.

DESMONTE CUBIERTA

1.6.

DESMONTE PUERTAS Y VENTANAS

1.7.

CORTE BALDOSAS

1.8.

RETIRO MATERIAL SOBRANTE

2.0.

CIMINETOS

2.1.

EXCAVACIÓN CIMIENTOS

2.2.

CONCRETO CICLOPEO 25×50

VIGA CIMIENTO 25×25 401/2, artos 3/8 @ 20

2.4.

SOBRECIMIENTO BLOCK # 8, RELLENO 01/2

2.5.

IMPERMEABILIZACIÓN SOBRECIMIENTO

3.0

MAMPOSTERÍA Y PAÑETE

3.1.

LEVANTE BLOCK # 8 RELLENO CON 1/2" @100cm

3.2.

VIGA AM. SUP. MUROS 10×20 201/2, aros 3/8 @20

3.3.

VIGA DE CONFINAMIENTO 20×20 401/2", 3/8 @20

3.4.

PAÑETE 1:4, incl. Filos

3.5.

ENCHAPE MURO EN PIEDRA MUÑECA

3.6.

SILLAR MURO EN PIEDRA MUÑECA

4.0

PISOS

4.1.

RELLENO MATERIAL SELECCIONADO

4.2.

PISO ADOQUIN (inc. Relleno Arenoso)

4.3.

RAMPAS EN PIEDRA MUÑECA

4.4.

ESCALERAS DE ACCESO

4.5.

CINTA EN PIEDRA MUÑECA

4.6.

REPARACIÓN BALDOSAS EXISTENTES

5.0.

OBRAS VARIAS

5.1.

FILTRO JARDINERAS

5.2.

RELLENO JARDINERAS EN TIERRA NEGRA

5.3.

SUM. SIEMBRA DE PLAMERAS H=3m

5.4.

IMPLANTACIÓN ARBOLES

5.5.

REJILLAS EN BRONCE

5.6.

REPARACIÓN BALDOSAS EXISTENTES

MOBILARIO URBANO

6.1.

BANCAS

6.2.

SUM. INST. LAMP. DECORAT (inc Fotocelda y Acometida)

6.3.

CANECAS

6.4.

COLUMNAS ORNAMENTALES

6.5.

BOLARDOS

6.6.

LUMINARIAS DE PEDESTAL

6.7.

LIMPIEZA GENERAL

7.0

INSTALACIONES ELÉCTRICAS

7.1.

REGISTROS ELECTRICOS

7.2.

SALIDAS PARA LUCES

7.3.

SALIDAS PARA TOMAS

7.4.

ACOMETIDA ILUMINACIÓN RED PÚBLICA

8.0

BATERIA DE BAÑOS

8.1.

TRAZADO Y LOCALIZACIÓN

8.2.

EXCAVACIÓN CIMIENTOS

8.3.

CONCRETO CICLOPEO 25×25

VIGA CIMIENTO 25×25 40 ½, 3/8 @ 20

8.5.

IMPERMEABILIZACIÓN VIGA CIMIENTO

8.6.

LEVANTE BLOCK #4

8.7.

VIGA AM. SUP. MUROS 10×20 2º1/2, aros 3/8 @20

8.8.

PAÑETE 1:4,incl., Filos

8.9.

ENCHAPE CERAMICO

8.10

PISO DECORPISO

8.11

SUMINISTRO E INST. DE TUBERIA HIDRÁULICA ½", PVC

8.12

PUNTO HIDRÁULICO

8.13

SUM. INST. TUBERIA SANITARIA 02"

8.14.

SUM. IST. TUBERIA SANITARIA 04"

8.15

PUNTO SANITARIO

8.16

PUNTIS ELECTRICOS

8.17

SALIDAS PARA LUCES

8.18

8.19

CUBIERTA LOZA MACIZA $E=0.12M$

8.20

PAÑETE 1:3, BAJO LOSA, 1:4, INC. FILOS

8.21

LEVANTE ANTEPECHO

8.22

PAÑETE ANTEPECHO, $e=0.02$, 1:4, INCL FILOS

8.23

SUM. INST. PUERTA TRIPLEX 70×205 INC. MAR. CERR-PINT

8.24

SUM. INST. JAMBAS EN CEIBA

8.25

SUM. INST. DE PIRLAN EN MADERA DE CEIBA

8.26

SUM INST. REJA EN HIERRO VARILLA CUADRADA

8.27

SUM. INST VENTANA EN ALUMINIO- VIDRIO

8.28

SUM. INST. APARATO SANITARIO ACUACER

8.29

SUM. INST. DE LAVAMANOS

8.30

SUM. INST JUEGO DE INCRUSTACIONES

8.31

SUM. INST. GRANIPLAST

8.32

PINTURA VINILO DOS MANOS

1. Ahora bien, en el curso del proceso penal, quedó probado que el objeto de los adicionales

1 y 2 fue la construcción de 46 módulos para los vendedores estacionarios.398

1. Así las cosas, ninguno de los 15 documentos señalados en el recurso de casación y en la tutela logran desvirtuar que lo decidido por el Tribunal accionado hubiese sido razonable, en tanto que se fundamenta en el contenido textual del pliego de condiciones y del Contrato 6-04843.

1. Por otra parte, se advierte que la segunda razón expuesta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, es decir, que la ejecución del objeto del Contrato 6-04843 terminó el 7 de junio de 2004 con la firma del acta de entrega, se encuentra plenamente justificada. En el expediente del proceso penal obra un documento suscrito por las partes el 7 de junio de 2004 que se denomina “ACTA FINAL DE RECIBO DE OBRAS CONTRATO 6-04843”, que dispone lo siguiente:399

1. Además, consta un documento denominado “ACTA PARCIAL DE RECIBO DE OBRAS No. 2 – CONTRATO No.: 6-04843”, suscrito por las partes el mismo 7 de junio de 2004 que dispone que estas “se reunieron en el sitio de la obra”, con el fin de “evaluar y recibir, las obras ejecutadas hasta la fecha delo (sic) contrato en referencia”.400

1. Es decir, que el mismo 7 de junio de 2004 las partes del contrato suscribieron el “Acta Parcial de recibo de obras No. 2 del Contrato No. 6-04843” y el “Acta Final de recibo de obras del Contrato No. 6-04843”. Ese hecho, razonablemente, indica que la intención de las partes del contrato fue dejar constancia de que, el 7 de junio de 2004, (i) el contratista entregó a la

administración una parte de las obras que, antes de esa fecha, la administración no había recibido; y que (ii) con esa entrega la administración recibió la totalidad de las obras pactadas en el Contrato No. 6-04843.

1. Así pues, no resulta lógica la lectura sugerida por el demandante de que el acta de recibo final adoleció de un error en la denominación y realmente constituyó un acta de recibo parcial, pues, resulta contraintuitivo aceptar que la verdadera intención de las partes era suscribir, el mismo día, dos documentos de la misma naturaleza y que servirían para el mismo propósito, es decir, dejar constancia de una entrega parcial de las obras. Además, ese razonamiento del demandante ignora la conclusión de que los adicionales 1 y 2 no fueron tales, sino que debieron tramitarse como contratos adicionales porque los módulos para los vendedores estacionarios no estaban previstos en los ítems y actividades del pliego de condiciones y pactados en el contrato No. 6-04843. En consecuencia, el plazo de ejecución del Contrato No. 6-04843 no puede considerarse uno solo junto con los plazos de ejecución de los Adicionales 1 y 2.

1. De manera que, la Sala Plena de la Corte Constitucional no encuentra que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena al valorar las pruebas hubiera incurrido en una falencia ostensible, flagrante, manifiesta o arbitraria. Tampoco considera que las 15 pruebas documentales que, supuestamente, el Tribunal dejó de valorar, realmente tuvieran la virtualidad de contrariar las conclusiones razonables de la sentencia accionada. Esas pruebas documentales solo evidencian que la administración y el contratista, luego de culminado el plazo de ejecución del contrato No. 6-04843, continuó con la ejecución del Adicional No. 1, para lo cual la primera tramitó certificaciones de disponibilidades presupuestales, actas, y pólizas, y el segundo presentó cuentas de cobro.

1. Ahora bien, la defensa del señor Barboza Senior, en el curso del proceso penal, interpuso recurso de casación en contra de la decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena con sustento en la causal primera del artículo 208 de la Ley 600 de

2000, por cuanto, en su criterio el Tribunal incurrió en un “falso juicio de existencia por omisión” de las mismas 15 pruebas documentales que se indicaron en la acción de tutela. Según la defensa, si el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena hubiera valorado esas pruebas se habría percatado de que (i) el contrato no terminó el 7 de junio de 2004; (ii) lo realizado realmente por el alcalde Barboza Senior era una adición al contrato y, en consecuencia, (iii) no tenía que realizar un nuevo proceso de contratación.

1. Al resolver el recurso de casación, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló que “aun cuando en el fallo de segunda instancia no aparecen expresamente mencionados cada uno de los documentos relacionados en el cargo como omitidos, ello por sí solo no estructura una yerro de esa naturaleza, máxime cuando no se contrastan las consideraciones apreciativas que sustentan la decisión de primera instancia que, con la de segunda, conforman una unidad jurídica inescindible, en todo aquello que no resulte opuesto”. Para sustentar esa conclusión, citó un extracto de la sentencia de primera instancia, en la que el a quo indicó “la cadena de inconsistencias que desde un comienzo rodearon el cuestionado trámite contractual”,⁴⁰¹ así:

“...el contrato No. 6-04843 suscrito el 15 de septiembre del año 2003 por CARLOS ALBERTO DIAZ REDONDO, como Alcalde Mayor de Cartagena, RAFAEL MORALES GONZALEZ, representante legal del contratista consorcio. El Parque, y ENRIQUE CHARTUNI GONZALEZ, como Secretario de Infraestructura, tenía como objeto la elaboración de dos obras públicas consistentes en la recuperación paisajística y restauración del parque de Las Flores y la plazoleta Capítol, convenio este que en su cláusula tercera establecía que el anticipo debía entregarse dentro de los 15 días siguientes a la firma del contrato, y dentro de los 5 días siguientes debía suscribirse el acta de iniciación de obras, que a partir de ese momento tenían un plazo de 75 días para su ejecución.

Sin embargo, el día 1 de octubre de 2003 se firmó una primera acta de suspensión de términos y vigencia del contrato, entre el interventor de la obra BORIS BASILIO BURGOS BURGOS y el representante del consorcio El Parque RAFAEL ANTONIO MORALES GOMEZ, en la cual se expone que habían transcurrido 15 días desde el perfeccionamiento del contrato y no había sido cancelado el anticipo a favor del contratista, además, se indicó que el área

destinada a la ejecución de las obras estaba ocupada por vendedores estacionarios.

Posteriormente, sin haber dado inicio a la ejecución de las obras, el día 10 de noviembre de 2003 se firmó el adicional No. 1 al contrato No. 6-04843, todavía bajo la administración de DIAZ REDONDO, en el cual se suprimió del objeto contractual la obra de la plazoleta Capítol, se estableció el valor de \$30.000.000 por obras adicionales (se pudo determinar a partir de los soportes de las actas de entrega que estas obras adicionales correspondían a la colocación de 15 módulos), y se fijó un periodo de ejecución de las mismas de 30 días contados a partir del vencimiento del término inicial.

El día 25 de noviembre de 2003, se realizó una suspensión a la adicional No. 1 del contrato, por parte de BORIS BURGOS BURGOS como interventor de la obra y el representante de la firma contratista, esta vez, únicamente se adujo la presencia de los vendedores estacionarios en el área de las obras.

Según acta de inicio de obras, en la cual se plasmó que su objeto era 'La recuperación paisajística Plazoleta Capítol y Parque Las Flores', la ejecución de las obras sobre el parque Las Flores comenzó el día 26 de marzo de 2004; 6 meses y 11 días después de que se perfeccionara el contrato, superándose ocho veces el término pactado en el contrato para el inicio de las obras. Igualmente, se dejó constancia de que sólo hasta la fecha de suscripción del acta se logró el traslado de los vendedores del parque Las Flores, mientras que la plazoleta Capítol seguía ocupada por vendedores estacionarios.

El día 5 de mayo 2004 se realizó la primera entrega parcial de obras, y el día 7 junio de ese mismo año, la segunda entrega parcial y el acta final de recibo de obras, constancias que fueron firmadas por BORIS BURGOS BURGOS y el contratista, además del señor CARLOS BOSSA OJEDA como representante de la sociedad, veedor de la ejecución de la obra. Sin embargo, a pesar de que las tres actas contemplaban en su objeto la realización de obras sobre las dos plazas públicas en mención, la obra se entregó sin que se realizara trabajo alguno sobre la plazoleta Capítol, sino únicamente en relación al parque de Las Flores.

Ahora, si bien las obras fueron entregadas el día 7 de junio de 2004, posteriormente a esa fecha el día 12 de agosto de 2004 se firmó un adicional No. 2 a la obra por un valor de \$64.000.000, correspondientes a la colocación de los 31 módulos faltantes, adicional que fue suscrito por el Alcalde de esa época ALBERTO RAFAEL BARBOSA SENIOR, con el mismo

contratista y ENRIQUE CHARTUNI GONZALEZ como Secretario de Infraestructura, quien continuó en el cargo en mención, también en esa Administración, en el cual nuevamente el objeto contractual sólo recaía sobre las obras del parque de Las Flores, y establecía una duración de 60 días contados a partir del vencimiento del plazo contemplado en el adicional No. 1.

Revisado (sic) el acta de liquidación final del contrato la fecha de recibo de obra total de las obras (sic) del parque de Las Flores fue el 30 de agosto de 2004. No obstante ello, en el acápite 5 denominado ACTAS PRINCIPALES DEL CONTRATO 6-04843, se reitera que mediante acta de recibo final del 7 de junio de 2004 se recibieron a satisfacción la totalidad de las obras ejecutadas, correspondientes al parque de las Flores, en sus diferentes ítems y mayores cantidades de obra, “considerando esta fecha como la terminación de las obras objetos (sic) de la Recuperación Urbanística y Paisajística de que trata el contrato N° 6-04843”.

Así mismo, se observa misiva de fecha 10 de junio de 2004 suscrita por el contratista, dirigida al interventor de la obra BORIS BASILIO BURGOS BURGOS, mediante la cual solicita al Distrito la restauración del equilibrio de la ecuación financiera del contrato, ruptura de la que responsabiliza a la Administración, a través de la actualización del valor del contrato, en relación a la terminación y recibo a satisfacción de la Recuperación Urbanística y Paisajística del Parque de Las Flores, y manifiesta: “quedando pendiente las obras de La Plazoleta El Capítol”.402

1. Luego, la Sala de Casación Penal explicó que, a partir de estas valoraciones hechas por el a quo “el fallador de segunda instancia pudo establecer que ‘la adición contractual No. 1 no fue realmente una adición, habida cuenta que con esta no se pactaron mayores cantidades de obra a las inicialmente concertadas’”, por lo que la defensa del señor Barboza Senior no acertó al asegurar “que una valoración completa de la prueba habría llevado a concluir que en este caso, se trató de un contrato principal, con sus dos adicionales, mientras que el Tribunal negó esa posibilidad, al determinar que, realmente, el ‘adicional N° 1’ no se pactaron mayores cantidades de obra a las inicialmente concertadas, toda vez que la construcción de los módulos para los vendedores estacionarios del parque de Las Flores no

fueron contemplados en el negocio jurídico 6-04348-2003 y tampoco hicieron parte de los ítems del presupuesto. Por lo tanto, se trató de un nuevo contrato” (negrita fuera del texto).⁴⁰³

1. Asimismo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló que “tampoco se ajusta a la realidad procesal” la afirmación de la defensora del señor Barboza Senior según la cual “el contrato no se finiquitó el 7 de junio de 2004, porque así lo permite concluir el documento denominado ‘ACTA PARCIAL DE RECIBO DE OBRAS No 2- CONTRATO No. 6-04843’ de la misma fecha”, y porque “nada excluye que el mismo día de la segunda entrega parcial, 7 de junio de 2004, se haya procedido a elaborar el ‘ACTA FINAL DE RECIBO DE OBRAS- CONTRATO No. 6-04843’”.⁴⁰⁴

1. Esto por cuanto, además, la fecha de terminación del contrato “aparece corroborada por la misma documentación proveniente de la alcaldía, pues, como lo hizo ver el A quo, en la denominada ‘ACTA DE LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO 6-048443 Y SUS ADICIONALES Nos. 1 Y 2’ en el numeral 5-4- titulado ‘ACTA DE RECIBO FINAL DE LA OBRA DE RECUPERACIÓN URBANÍSTICA Y PAISAJÍSTICA DEL PARQUE LAS FLORES’”⁴⁰⁵ en la que se consignó lo siguiente:

“El día 7 de junio de 2004, el Ingeniero Interventor y el Representante de la Veeduría evalúan y reciben a satisfacción la totalidad de las obras ejecutadas, correspondientes al parque de las Flores y conforme a la revisión de sus diferentes ítems y a las Mayores Cantidades de obra, considerando esta fecha como la terminación de las obras objetos (sic) de la Recuperación Urbanística y Paisajística de que trata el Contrato No. 6-04843” (subrayado propio del texto).

1. A partir de allí, la Sala de Casación Penal reiteró que “la evaluación de esos medios de conocimiento condujo a concluir que el 7 de junio de 2004 se finiquitó el negocio jurídico porque en esa fecha se suscribió el acta final de recibo de obras, y aun cuando la

demandante asegura que ‘fue un error del nomen iuris’ denominarla así, esta intelección no deriva del claro contenido de los referidos documentos”, por lo que “el paso a seguir no era otro que la liquidación del plurimencionado contrato, pero, como ya se ha visto, ello no ocurrió, y la mal denominada segunda adición contractual, al igual que la primera, no configura ese escenario, sino otro convenio porque, bien lo explica el Tribunal ‘a pesar de contener cláusulas referentes a la recuperación del parque de las flores, no era posible ejecutar labores correspondientes a otro pacto en relación con el cual se suscribió un acta final de recibo de obras’”.406

1. Con sustento en lo anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia concluyó que “bien razonó en la sentencia [el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena] al señalar que para completar las labores desarrolladas con ocasión del contrato 6-04843-2003, el mecanismo idóneo era llevar un proceso de selección de acuerdo con la Ley 80 de 1993”.407 Sin embargo, el señor Barboza Senior “no procedió así y por ello el sentenciador estableció que su proceder irregular desconoció los principios de transparencia y selección objetiva al adjudicar la obra a quien había oficiado como contratista en el precedente negocio jurídico”.408

1. De los argumentos transcritos, se deriva que también la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró el argumento presentado por la defensa del señor Barboza Senior de que lo suscrito por este no fue una modificación al objeto del contrato, sino que fue una “extensión” del contrato original o “adición”, por lo que no era necesario efectuar un nuevo proceso de contratación. Sin embargo, descartó ese argumento por las mismas dos razones anunciadas por el Tribunal accionado, que, según lo expuesto, se encuentran razonables, a saber: (i) que las actividades e ítems contratados en los adicionales 1 y 2 no estaban dentro de aquellos contemplados en los pliegos y en el Contrato No. 6-04483, por lo que su pacto representó una modificación al objeto contractual; y (ii) que el 7 de junio de 2004 las partes suscribieron el Acta de recibo Final de las obras, la cual indicaba que estas habían terminado y habían sido recibidas a satisfacción por la administración.

1. Así pues, tampoco se evidencia que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al valorar las pruebas hubiera incurrido en un yerro ostensible, flagrante, manifiesto o arbitrario que justifique la intervención del juez constitucional.

1. Por último, la Sala Plena de la Corte Constitucional, tampoco encuentra que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena o la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se hubieren equivocado al concluir que, para el momento de la suscripción del Adicional No. 2, es decir, para el 30 de agosto de 2004, el contrato 6-04843 estaba vencido. Tampoco evidencia que, las pruebas documentales mencionadas en el escrito de tutela pudieran alterar esa conclusión.

1. Como se explicó al inicio de este acápite, en el que se analiza y soluciona el caso concreto, si en gracia de discusión se aceptara que el Adicional No. 1 hacía parte del objeto del contrato 6-04843, incluso, en ese escenario resultaría palmario que el plazo de ejecución del contrato principal y de la Adición No. 1, estaban vencidos para el 30 de agosto de 2004, fecha en la que el demandante suscribió el Adicional No. 2. Esto, en tanto deben diferenciarse el plazo de ejecución pactado por las partes de la vigencia del contrato. En efecto, el plazo de ejecución consistió en un plazo suspensivo pactado por las partes que una vez culminado hacía exigible el cumplimiento de la obligación principal, por lo que, para ese momento debía entregarse la totalidad de la obra. Por su parte, el término de vigencia del contrato, en los contratos públicos, como el que es objeto de análisis, se pactó para que, una vez terminado el plazo de ejecución y cumplida la obligación principal, las partes ejecuten obligaciones accesorias, como la suscripción de actas, entrega de documentos de la ejecución contractual, entre otras, y liquiden el contrato.⁴⁰⁹

1. Por esa razón, para determinar si el contrato 6-04843 estaba vencido o no al momento de la suscripción del Adicional No. 2, debe considerarse el plazo de ejecución de la obra pactado por las partes, y no la vigencia del contrato. Así pues, aunque, las modificaciones del objeto del contrato o de cualquier otra estipulación que impactara el desarrollo de la obra o de

cualquier otra obligación principal debió efectuarse antes del vencimiento del plazo de ejecución de las obras pactado por las partes, ello no ocurrió en el caso objeto de análisis ya que el plazo de ejecución pactado en el Contrato 6-04843 venció el 9 de junio de 2004, mientras que el plazo de ejecución del Adicional No. 1, venció, cómo máximo —atendiendo a la interpretación más favorable— el 30 de julio de 2004. Empero, el Adicional No. 2 se firmó por parte del señor Barboza Senior el 30 de agosto de ese mismo año.

1. Por las razones expuestas, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que los argumentos del demandante dirigidos a sustentar que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena y la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia incurrieron en un defecto fáctico al proferir las sentencias del 16 de marzo de 2018 y del 11 de marzo de 2020, por haber dejado de valorar pruebas relevantes que fueron allegadas al proceso y que habrían podido modificar la decisión sobre la responsabilidad penal del demandante, no están llamados a prosperar, en tanto, no se evidencia la existencia de un yerro ostensible, evidente, flagrante o manifiesto en la valoración probatoria efectuada por esas entidades demandadas, o que, las 15 pruebas documentales supuestamente dejadas de valorar hubieren tenido la potencialidad de modificar las conclusiones contenidas en las mencionadas sentencias.

1. Las demandadas no incurrieron en el defecto por violación directa a la Constitución, por no haber desconocido el principio de interpretación conforme a la Constitución

1. Como se expuso en acápite anteriores, el defecto por violación directa a la Constitución se configura cuando el juez deja de aplicar una disposición ius fundamental en un caso concreto. Esto puede ocurrir, entre otras cosas, porque al decidir no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución,⁴¹⁰ en virtud del cual el juez debe “descartar en su fallo las interpretaciones incompatibles con la Constitución y disponer como obligatoria la interpretación conforme a la Constitución”.⁴¹¹

1. Del escrito de la demanda, se pueden extraer cuatro (4) razones por las cuales el demandante considera que, en su caso, se configuró el defecto de violación directa a la Constitución por desconocimiento del principio de interpretación conforme a ella. A continuación, la Sala analizará cada uno de ellos.

1. La primera razón que se puede evidenciar en la acción de tutela consiste en que, en la Sentencia C-917 de 2001, la Corte Constitucional indicó que “la aplicación conforme a la constitución del tipo penal 410 del Código Penal [obliga a] acudir a las normas que permiten determinar el alcance de la figura contractual aplicable al caso”.⁴¹² Sin embargo, según expone, al decidir sobre su responsabilidad penal el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: (i) aplicaron un tipo penal en blanco “sin tener en cuenta las remisiones normativas necesarias para determinar su alcance en respeto del principio de legalidad”;⁴¹³ (ii) ignoraron “las reglas extraídas a partir de la Ley 80 de 1994 (sic) y la jurisprudencia relevante sobre la materia”;⁴¹⁴ (iii) hicieron “una simple referencia genérica a las normas aplicables al caso”;⁴¹⁵ y (iv) concluyeron que “se vulneraron los principios de transparencia y selección objetiva previstos en la Ley 80 sin señalar el contenido de los mismos y los criterios puntuales por los cuales estos fueron vulnerados”.⁴¹⁶

1. La Sala Plena encuentra que este argumento no está llamado a prosperar, en tanto no tiene en cuenta que las sentencias de primera y segunda instancia son “una unidad jurídica inescindible (...) en todo aquello que no se contradigan”.⁴¹⁷ Y que, en el curso del proceso penal, sí se tuvo en cuenta que la conducta imputada estaba contenida en un tipo penal en blanco, por lo que, era necesario acudir a las normas de la Ley 80 de 1993 para determinar el alcance de la figura contractual aplicable al caso.

1. Conforme al artículo 204 de la Ley 600 de 2000, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Cartagena, en su condición de juez de segunda instancia, sólo tenía competencia para pronunciarse sobre “los asuntos que result[aran] inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación”. Asimismo, conforme al artículo 216 de la Ley 600 de 2000, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia solo podría pronunciarse respecto de las causales de casación expresamente alegadas, salvo que fuera ostensible que la sentencia objeto de la casación atentara contra garantías fundamentales. Así pues, los argumentos presentados en sede de tutela desconocieron el ámbito de competencia de estas dos autoridades judiciales. Como en los recursos no se cuestionó lo dicho por el juez de primera instancia sobre el contenido de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, en modo alguno podía esperarse que las demandadas se pronunciaran sobre esos aspectos o cualquier otro punto diferente de los alegados en los recursos.

1. Pero, además, ocurre que el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena, en su condición de juez de primera instancia, sí realizó el análisis que el demandante echa de menos, tal como lo precisó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, inició delimitando el contenido del tipo penal de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales. Al respecto señaló:

“De acuerdo a lo anteriormente narrado, a (...) Alberto Rafael Barboza Senior (...), se les llamó a responder en juicio penal como presuntos autores responsables de la conducta punible de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales. Por tanto, se ocupará el juzgado en un primer apartado en desentrañar el alcance de dicha conducta punible, que se encuentra tipificada en el artículo 410 del C.P. (Ley 599 de 2000), para seguidamente efectuar algunas breves precisiones acerca del tipo penal sub examine, así:

‘Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a (12) años y en multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años’.

A tono con la anterior descripción típica, son supuestos para la realización del tipo: i)

Ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato; ii) Desarrollar la conducta prohibida, concretada en la intervención en una de las fases, es decir, tramitar contrato sin la observancia de los requisitos legales, o, celebrar o liquidar sin verificar el cumplimiento de los mismos”.418

1. Luego, expuso el “régimen legal aplicable al contrato objeto de estudio”.419 En ese acápite de la Sentencia explicó:

“El contrato de Obra Pública No. 6-04843, cuyo objeto era ‘la recuperación urbanística y paisajística Plazoleta Capitol y Parque Las Flores”, suscrito el 15 de Septiembre de 2003 entre el Distrito de Cartagena de Indias y el Consorcio El Parque, previa contratación directa DTC-SID-012-2003, se encuentra gobernado por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - Ley 80 de 1993, sin las modificaciones que introdujo la Ley 1150 de 2007, que no había entrado en vigencia para la época en que se celebró la contratación.

A las luces de la Constitución Política y la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como propósito propender por el interés general en aras de dar cumplimiento a los fines del Estado, a través de la consagración de un sistema de principios y normas que no pueden soslayarse por parte de los destinatarios de esa Ley, so pretexto de optimizar los recursos del erario público valiéndose de medios o estrategias diferentes, consideradas más eficaces para el cumplimiento de los fines del Estado (...)

Ahora, se procederá con el análisis de los postulados de la Contratación Estatal que concretamente se vieron lesionados con esta contratación conforme a la acusación, así como se verificará la concurrencia de las irregularidades que se predicen de la tramitación, celebración y liquidación del contrato, y su contradicción con los mandatos de la Ley 80 de 1993 y la Constitución Política”.420

1. Conforme a lo enunciado, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena empezó por referirse al contenido del principio de planeación.421 Y, luego, se pronunció sobre el principio

de transparencia y selección objetiva, así:

“De acuerdo a la Constitución Política y a la Ley 80 de 1993, el proceso de licitación o concurso público se constituye en el mecanismo idóneo previsto por el legislador para garantizar los principios de igualdad e imparcialidad, transparencia y selección objetiva, toda vez que su ejecución permite evitar que la administración adjudique directamente para favorecer a una persona o a un grupo determinado de persona (sic), prohibición que obedece a la realización de fines superiores, y se reitera, no es mero capricho de nuestro legislador en establecer formalidades que puedan quebrantarse so pretexto de lograr mayor eficiencia en el cumplimiento de los contratos públicos.

Sin embargo, el numeral 1° del artículo 24 de la ley 80 de 1993 contemplaba una serie de causales bajo las que excepcionalmente se habilitaba a la administración a contratar directamente, siendo la primera de ellas determinada por la denominada menor cuantía de los contratos”.422

1. Las anteriores transcripciones de la Sentencia de primera instancia evidencian que en el curso del proceso penal se tuvo en cuenta que la conducta imputada estaba contenida en un tipo penal en blanco, por lo que, era necesario acudir a las normas de la Ley 80 de 1993 para determinar el alcance de la figura contractual aplicable al caso. Y, en efecto, el juez de primera instancia examinó las disposiciones de la Ley 80 de 1993 que resultaban aplicables al caso y, en concreto, se refirió al contenido de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, sin que ninguno de los procesados cuestionara mediante los recursos presentados esas consideraciones.

1. En consonancia con lo anterior, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena identificó que se trataba de un tipo penal en blanco que debía ser completado por las disposiciones de la Ley 80 de 1993, señaló de manera concreta que los principios vulnerados por el demandante fueron los de transparencia y selección objetiva, y especificó que ello fue así porque el demandante no adelantó un proceso de contratación, y adjudicó el Adicional No. 2 al mismo contratista que venía adelantando el contrato No. 6-04843.423

1. Concretamente, en la Sentencia del 16 de marzo de 2018, el Tribunal Superior de Cartagena tuvo en cuenta que debía existir “una referencia concreta y no genérica a los principios esenciales que hayan sido transgredidos en las etapas contractuales” tipificadas y que se debía “elucidar, previo al análisis de la actualización del punible, el tipo de contratación y el régimen jurídico al que está sometido”.⁴²⁴

1. Para iniciar el análisis, recordó que la Fiscalía General de la Nación le había imputado el delito al demandante por “adjudic[ar] directamente la adición contractual No. 2, sin atender a criterios razonables”.⁴²⁵ Luego, afirmó que “la contratación directa era adecuada, de acuerdo con el marco legal, por no ser necesario adelantarse mediante el cause licitatorio” y que “el régimen aplicable al caso bajo estudio, es aquel contemplado en la Ley 80 de 1993 —Estatuto General de Contratación Pública— sin la modificación de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con la fecha de celebración del contrato”.⁴²⁶ Y partir de allí señaló:

“Finalmente, queda por dilucidar la responsabilidad del segundo alcalde implicado en el presente juzgamiento, ALBERTO RAFAEL BARBOSA (sic) Senior. Sobre el particular, conviene recordar que la fiscalía lo acusó básicamente porque adjudicó directamente la adición contractual No. 2, sin atender a criterios razonables (...)

En ese orden de ideas, ya ha quedado aclarado que el 07 de junio de 2004 se suscribió el acta final de recibo de obras, documento que constituía un medio de verificación de la ejecución del objeto contractual y de contera, el acto mediante el cual se entendía finiquitado el negocio jurídico.

Ello entonces implicaba, principalmente, que el desarrollo de las obligaciones jurídicas contraídas con la celebración del contrato, había llegado a su fin, de tal manera que lo siguiente sería, por tanto, la liquidación definitiva del negocio.

Inexplicablemente, no aconteció lo que resultaba lógico y esperado, sino que, el 12 de agosto de 2004, bajo una denominación sofisticada el alcalde, Barbosa (sic) Senior suscribió una segunda adición contractual del negocio jurídico, que se repite, había terminado el 07 de

junio anterior.

Así pues, no se trataba, como equivocadamente se pretendió, de una adición, sino de un contrato por obvias razones nuevo (...)

Bajo los anteriores derroteros, era evidente que existía la necesidad de celebrar un negocio jurídico, para complementar las labores desarrolladas en razón al contrato 6-04843, por lo que el mecanismo idóneo, era llevar a cabo un nuevo proceso de selección, de conformidad con lo dispuesto en la ley 80 de 1993.

[...]

Por tal motivo él, como burgomaestre, era el funcionario encargado de celebrar el contrato, adelantando el trámite que correspondiera con apego a los principios de transparencia y selección objetiva, procedimiento este que, no se cumplió, pues, arbitraria e injustificadamente el segundo alcalde adjudicó la ejecución de [los módulos] a quien había oficiado como contratista del distrito en negocio jurídico precedente.

Por lo anteriormente expuesto, dos conclusiones se imponen en lo que respecta a la responsabilidad del ex burgomaestre: en primer lugar, está probado que contrario a lo averado por su defensor, el segundo pacto de adición no fue tal, sino que realmente se trataba de un nuevo contrato, y por tanto, estaba obligado a adelantar el proceso de contratación que correspondiera. Así las cosas, en razón a la adjudicación arbitraria e injustificada del negocio jurídico, vulneró los principios de transparencia y selección objetiva contempladas en la Ley 80 de 1993, y en consecuencia, incurrió en el delito de contrato sin requisitos legales” (negritas propias del texto original).

1. El texto transcrito de la Sentencia del 16 de marzo de 2018 evidencia que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena sí acudió a las normas de la Ley 80 de 1993 para completar el contenido del tipo penal en blanco. Además, señaló, de manera puntual, la razón por la cual los principios de transparencia y selección objetiva fueron vulnerados por el señor Barboza Senior, a saber: este adjudicó el Adicional No. 2 al contratista que venía ejecutando el Contrato No. 6-04843 sin efectuar un proceso de selección independiente.

1. En consonancia con lo anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia del 11 de marzo de 2020, reiteró que “[l]a evaluación de [los documentos contractuales] condujo a concluir que el 7 de junio de 2004 se finiquitó el negocio jurídico porque en esa fecha se suscribió el acta final de recibo de obras” por lo que, el Adicional No. 2, en realidad fue un contrato adicional que, conforme a la Ley 80 de 1993, requería de un proceso de contratación independiente, por lo que, al proceder de manera diferente, el demandante vulneró los principios de transparencia y selección objetiva.⁴²⁷

1. En atención a que (i) el análisis hecho en el curso del proceso penal se consideraron las disposiciones de la Ley 80 de 1993; y que (ii) las sentencias cuestionadas especificaron la razón por la cual los principios de selección objetiva y transparencia fueron transgredidos por el señor Barboza Senior, la Sala Plena concluye que, en el caso sub examine, las demandadas no desconocieron lo dispuesto en la Sentencia C-917 de 2001.

1. La segunda razón que se propone en el escrito de tutela para soportar las pretensiones consiste en que las demandadas (i) no tuvieron en cuenta que, “al momento de los hechos, existía una diferencia radical de posturas en relación al alcance de la figura de contrato adicional y de la adición al contrato”,⁴²⁸ y (ii) “acogieron la interpretación desfavorable ante la diversidad de posiciones interpretativas”.⁴²⁹

1. Para sustentar esas afirmaciones, el demandante, expone que, en la jurisprudencia de las Cortes existe una diversidad de posiciones sobre lo que es un contrato adicional. Como evidencia presenta, por un lado, una cita de una Sentencia proferida en el 2017 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que fue mencionada en la Sentencia del 11 de marzo de 2020 de esa misma Sala, en la que se señala que “[l]a adición del contrato representa una verdadera ampliación del objeto del contrato. Ocurre cuando al alcance físico del contrato se agrega algo nuevo sin variar su esencia, y la ampliación se produce debido a

la deficiente estimación de las cantidades de obra requeridas para la ejecución del objeto contractual”. Y añade que “la realización de obras adicionales, supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal y por lo tanto implican una variación del mismo, se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesaria”.⁴³⁰

1. Por otro lado, expone un extracto de un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el que se afirma que el verbo adicionar contenido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 permite “agregar algo” al objeto del contrato y que el documento que contiene la adición se debe aplicar en consonancia con las estipulaciones no modificadas del contrato inicial.⁴³¹

1. Al respecto, la Sala evidencia que, para el momento de los hechos, en la jurisprudencia del Consejo de Estado ya existía claridad sobre que (i) pactar nuevos ítems, en los contratos a precios unitarios, representa una modificación del objeto contractual; (ii) la modificación del objeto es una modificación de fondo y, no accesoria, del contrato; por lo que (iii) debe formalizarse mediante un nuevo contrato. El siguiente cuadro, evidencia estas conclusiones:

Año

Contenido

2002

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al diferenciar las mayores cantidades de obra de las obras adicionales, señaló que las últimas son obras “que no fueron parte del objeto del contrato principal, por lo tanto, implican una variación del mismo” y, explicó que “se trata entonces de obras nuevas distintas de las contratadas o de ítems no previstos”.⁴³²

2003

2004

2003

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado afirmó que un “contrato adicional implica la modificación de fondo del contrato aquél, un cambio sustancial sobre todo en el objeto”.⁴³³

2004

2004

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al analizar el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, señaló que “cualquier estipulación de las partes contratantes, que tenga relación directa con el objeto del contrato Estatal, debe llevarse a cabo a través de la firma de un nuevo contrato, lo cual se deduce [del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993], donde la adición del contrato, que es distinta del contrato adicional, se admite expresamente para adicionar su valor no más allá del 50% del valor inicial del contrato, no para modificar su objeto”.⁴³⁴

1. Ahora bien, también es cierto que en 1998 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado realizó un concepto según el cual, las adiciones contractuales permitían incluir “elementos no previstos expresamente en el pliego de la licitación y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a este y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer”.⁴³⁵ Sin embargo, los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil no son actos administrativos, ni providencias judiciales en estricto sentido por lo que, “no tiene[n] fuerza jurídica vinculante”.⁴³⁶

1. Además, mediante el concepto del 18 de julio del 2002, ya estudiado en esta providencia, esa misma Sala se apartó de la postura expresada en el concepto del 1998 y señaló que la

modificación del objeto del contrato debe efectuarse mediante un contrato adicional. Concretamente afirmó que, el contrato adicional “está reservado a aquellos eventos en que se introducen modificaciones o adiciones al contrato mismo, a su objeto, y de allí resulta un mayor valor de ejecución”, como cuando, se efectúa “un cambio en el valor de un precio unitario, hipótesis que requiere la celebración de un contrato adicional para incluir ese nuevo ítem como parte de la obligación del contratista (...)”.⁴³⁷

1. Así pues, si bien es cierto que la determinación del alcance, contenido y formalidades asociadas a la celebración de adiciones o de contratos adicionales no ha sido pacífica, también es cierto que, para agosto del 2004, fecha en la que el demandante suscribió el Adicional No. 2, en la jurisprudencia del Consejo de Estado relativa a los contratos pactados por el sistema de precios unitarios ya existían lineamientos que iluminaban, de forma clara, la materia. Según estos, en los contratos pactados por el sistema de precios unitarios —como es el caso del contrato público No. 6-04843—, agregar ítems no previstos en los pliegos de condiciones y, por ende, no pactados en el contrato, implica modificar el objeto contractual. Y, esa modificación del objeto requiere de un nuevo acuerdo de voluntades que debe concretarse en un nuevo pacto denominado “contrato adicional”.

1. Esta fue la postura adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en la Sentencia del 16 de marzo de 2018. En efecto, el Tribunal citó los pronunciamientos del Consejo de Estado que señalan que agregar ítems no previstos, implica una modificación del objeto del contrato, a saber:

“Adicionalmente, resulta preciso anotar que la modificación del contrato no puede ser de tal entidad que altere su esencia, y en consecuencia, lo transforme en otro tipo de negocio jurídico, pues entonces se estaría en el escenario de la celebración de un nuevo contrato.

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado ha distinguido entre contratación de mayores cantidades de obras y obras adicionales:

‘Para la Sala no es claro si tales obras son realmente obras adicionales o corresponden más

bien a mayores cantidades de obra ejecutada, circunstancia que no puede ser desconocida puesto que unas y otras obedecen a hipótesis distintas y, por ende, adquieren implicaciones jurídicas propias. En efecto, en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada supone que ésta fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una 'prolongación de la prestación debida', sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual. Esta situación justifica que en determinados casos se celebren contratos adicionales, o que, si esto no ocurre, se restablezca la ecuación contractual ya sea al momento de liquidar el contrato, o a través, de la acción judicial correspondiente, a condición, claro está, de que si el contrato fue liquidado por las partes de común acuerdo, el contratista se haya reservado el derecho a reclamar por ello. En cambio, la realización de obras adicionales supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesaria. Por tal razón, si para éstas no se celebra contrato adicional, ni son reconocidas al momento de liquidar el correspondiente contrato, su reclamación resulta procedente en virtud del principio que prohíbe el enriquecimiento sin justa causa, para lo cual debe acudir a la acción de reparación directa. En este caso se puede concluir, que el pago que se reclama corresponde realmente a mayores cantidades de obra ejecutada, y no a obras adicionales'.

Con tal decurso argumentativo, no pretende la Sala derivar la discusión en este escenario, de naturaleza jurídico-penal, a una de carácter administrativo, sino que simplemente se persigue, como acertadamente lo hizo el a quo, fijar el marco normativo, esto es, el régimen jurídico frente al cual se valorará el proceder de los encartados

[...]

Sin embargo, desde ya se aclara en primer lugar, que las mayores cantidades contratadas, aunque necesarias, pueden obedecer a faltas en la planificación o planeación por parte de la administración, y por otro lado, es evidente que, a través de adiciones no puede pretenderse ampliar o suprimir el objeto contractual, por cuanto ello impondría la obligación de celebrar un nuevo negocio jurídico, caso en el cual el contratante deberá ceñirse a las cause taxativamente estipulados en la Ley 80 de 1993, pues, de no ser así, su comportamiento también se encuadraría en una conducta típicamente antijurídica".438

1. Con fundamento en lo anterior, llamó la atención sobre el hecho de que los módulos que se agregaron mediante los adicionales no estaban dentro de los ítems de obra pactados en el contrato No. 6.04843, por lo que no se encontraban dentro del objeto contractual y su pacto exigía de un nuevo contrato:

“Obsérvese que en presupuesto inicial de la obra, se contemplaron ocho ítems divididos así: (i) preliminares, (ii) cimientos, (iii) mampostería y pañete, (iv) pisos, (v) obras varias, (vi) mobiliario urbano, (vii) instalación eléctrica y (viii) batería de baños. Entonces, contrario a lo advertido por los enjuiciados, pese a su evidente necesidad, los módulos en ningún momento de la contratación fueron presupuestados por el Distrito (...)

(...)

Como primera medida, conviene aclarar que la adición contractual No. 1 no fue realmente una adición, habida cuenta que con esta, no se pactaron mayores cantidades de obra a las inicialmente concertados. Al respecto, es claro que el acto jurídico en mientes se circunscribió a convenir módulos para los vendedores estacionarios del PARQUE DE LAS FLORES, de modo que, en realidad, se tratada de un nuevo contrato, pues, se reitera, su objeto no fue contemplado en el negocio jurídico.”⁴³⁹

1. Analizadas estas consideraciones realizadas por el Tribunal accionado, es posible concluir que estaban acorde con los pronunciamientos que para el momento de los hechos había proferido el Consejo de Estado.

1. En consonancia con lo anterior, en la Sentencia del 11 de marzo de 2020, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estableció que “la denominada adición contractual No. 1 no fue realmente una adición, en la medida que con ella no se pactaron mayores cantidades de obra a las inicialmente concertadas, sino un nuevo contrato, pues su objeto, es decir, la construcción de los módulos, no fueron contemplados en el contrato DTC-SID-012-2003”.⁴⁴⁰ Para soportar esa conclusión citó un precedente horizontal, representado en la Sentencia del 8 de noviembre del 2017, proferida por esa misma Sala —la cual, el

demandante cita en su escrito de tutela— que, aunque confunde el concepto “adición” con las mayores cantidades de obra, señala —con fundamento en pronunciamientos del Consejo de Estado— que el pacto de “ítems o actividades no contempladas o previstas inicialmente” constituyen “obras adicionales” que “no hacen parte del objeto principal, son [una] variación del mismo”.⁴⁴¹

1. De modo que, no puede tenerse por cierta la afirmación del demandante según la cual las demandadas “acogieron la interpretación desfavorable ante la diversidad de posiciones interpretativas”.⁴⁴² Por el contrario, estas fundamentaron sus decisiones en las sentencias del Consejo de Estado que estaban vigentes para el momento de los hechos, y que ilustraban suficientemente la materia. En consecuencia, esta razón tampoco acredita la existencia de un desconocimiento de la interpretación conforme a la Constitución por parte de las demandadas.

1. La tercera razón que aduce el demandante para acreditar la existencia de un defecto por violación directa a la Constitución es que, en la Sentencia C-300 de 2012, la Corte Constitucional señaló que el objeto del contrato de obra puede ser complementado mediante la adición de actividades necesarias para su adecuada ejecución, y que esto no necesariamente requiere de la celebración de un nuevo contrato. Sin embargo, según expone, las demandadas al decidir sobre su responsabilidad penal no tuvieron en cuenta esa “interpretación flexible del concepto de objeto contractual” la cual “permite al contratista y a la administración que el objeto pueda ser complementado, siempre y cuando se trate de la adición de actividades necesarias para su adecuada realización”.⁴⁴³

1. Para la Sala Plena, ese argumento tampoco está llamado a prosperar. En primer lugar, porque, para la fecha de los hechos, el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 no estaba vigente y la Sentencia C-300 de 2012 no se había proferido. En efecto, la Sentencia C-917 de 2001, al analizar la constitucionalidad del artículo 410 de la Ley 599 de 2000, aclaró que para completar ese tipo penal en blanco, debía acudirse a “la normatividad vigente para la

aplicación de la conducta considerada por la ley como delito, con lo cual, el procesado tiene conocimiento de cuáles son los requisitos legales esenciales de tales contratos, sabe que su inobservancia constituye una conducta punible, ya sea al tramitarlos o en la celebración o al liquidarlos, y puede ejercer a plenitud su derecho de defensa, con lo que se da estricto cumplimiento a los artículos 28 y 29 de la Constitución”. Asimismo, la Sentencia C-559 de 1999 afirmó que si bien los tipos penales en blanco son criticados por generar una posible inseguridad jurídica, estos son válidos si se hace un adecuado reenvío normativo y ese reenvío normativo tiene que permitir darle el alcance completo a la descripción penal, “de manera clara e inequívoca, con normas legales precedentes que permitan la correspondiente integración normativa (...)”.

1. Esa conclusión, además, ha sido reiterada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la cual ha afirmado que “se protege el principio de legalidad no con la exigencia de preexistencia de la norma de complemento respecto de la disposición penal, sino con la simple existencia de ésta al momento de conformación del tipo integrado”, por lo que “la norma a la cual se remite debe existir al momento de conformación del tipo penal”.⁴⁴⁴

1. Así pues, para analizar la conducta del señor Barboza Senior y determinar si este incurrió en un delito, se debe acudir a las normas vigentes para ese momento de los hechos, y descartar las que estuvieran derogadas o se hubieran proferido con posterioridad, como lo es el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, así como la interpretación que en su momento indicó la Corte en la Sentencia C-300 de 2012.

1. En segundo lugar, porque, como se expuso en párrafos anteriores, la jurisprudencia del Consejo de Estado de la época indicaba lo contrario. Es decir, que cualquier modificación del objeto del contrato implicaba una reforma de fondo, que, en consecuencia, debía pactarse en un nuevo contrato.

1. En tercer lugar, porque, en cualquier caso, el apartado de la sentencia que señala que el objeto de los contratos públicos puede ser adicionado siempre que se trate de actividades necesarias para su adecuada realización, no hace parte de la ratio decidendi de la decisión y, por ende, no establece de modo alguno una regla vinculante para los jueces ordinarios o demás autoridades.

1. Y, en cuarto lugar, porque, como se ha venido explicando a lo largo de esta providencia, el propósito de la Sentencia C-300 de 2012 fue analizar la constitucionalidad del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, el cual regulaba la posibilidad de agregar actividades al objeto de los contratos de concesión de obra pública y no se pronunció, en modo alguno, sobre los contratos de obra. Empero, esa disposición fue derogada por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012, de modo que las modificaciones a los objetos de los contratos de concesión de obra pública y la misma Sentencia C-300 de 2012, carecen de sustento jurídico.

1. Por último, como cuarta razón, el demandante expuso que el objeto del contrato era “la renovación urbanística del parque las flores” y aunque “en los ítems referenciados en el contrato no se encontraba específicamente la construcción de los módulos”, esta “era crucial para el cumplimiento” del contrato.⁴⁴⁵ De manera que, “se trataba de obras que sí hacían parte del objeto del contrato” que estaba contenido en la cláusula primera y no en los ítems del presupuesto.⁴⁴⁶

1. Al respecto, sea lo primero reiterar que, en los contratos de obra pactados por el sistema de precios unitarios, el objeto del contrato está determinado por los ítems previstos en el pliego de condiciones y pactados en el contrato. De modo que, las mayores cantidades ejecutadas de los ítems pactados no generan modificación alguna al objeto contractual. Por el contrario, los acuerdos dirigidos a agregar un nuevo ítem o actividad, no previstos en los pliegos de condiciones o pactados en el contrato, —es decir, dirigidos a pactar “obras

adicionales”—, tienen el efecto de modificar el objeto contractual. En tanto, el objeto del contrato es un elemento de la esencia y, por tanto, no puede ser modificado sin que el acuerdo degenera en uno diferente, el pacto del nuevo ítem o actividad, necesariamente, debe de suscribirse mediante un contrato nuevo, denominado contrato adicional.

1. En el caso objeto de análisis, tal como reconoció el demandante, en los ítems del contrato de obras públicas No. 6- 04843 no estaban incluidos los módulos estacionarios que se agregaron mediante los Adicionales 1 y 2. De modo que, los módulos no hacían parte del objeto del contrato suscrito entre el Distrito de Cartagena de Indias, y el Consorcio El Parque para “ejecu[ta]r por el sistema de precios unitarios las obras necesarias para la recuperación urbanística y paisajística de la Plazoleta Capitol y Parque de Las Flores” en la ciudad de Cartagena.

1. De lo anterior se deriva que tampoco le asiste razón al demandante al afirmar que los módulos, por el hecho de ser cruciales para el cumplimiento del contrato, debían entenderse como parte del objeto contractual.

1. De conformidad con lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional confirma que las demandadas no incurrieron en un defecto por violación directa a la Constitución por desconocer el principio de interpretación conforme a esta.

1. Conclusión del análisis del caso concreto

1. En el caso sub examine, la Sala Plena de la Corte Constitucional no encontró probado que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, al proferir, respectivamente, las Sentencias del 11

de marzo del 2020 y del 16 de marzo de 2018, hubieren incurrido en el defecto fáctico, ni en el defecto de violación directa a la Constitución por desconocimiento del principio de interpretación conforme a esta.

1. En cuanto al defecto fáctico, la Sala Plena de la Corte Constitucional no encontró que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, ni la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al valorar las pruebas hubieran incurrido en una falencia ostensible, flagrante, manifiesta o arbitraria que justificara la intervención del juez constitucional.

1. Tampoco consideró que las 15 pruebas documentales que, supuestamente, las demandadas dejaron de valorar, realmente tuvieran la virtualidad de desvirtuar que el Adicional No. 2 realmente no fue una adición sino un contrato adicional, pues esas pruebas documentales solo evidencian que la administración y el contratista, luego de culminado el plazo de ejecución del contrato No. 6-04843 continuaron con la ejecución del Adicional No. 1, para lo cual la primera tramitó certificaciones de disponibilidades presupuestales, actas, y pólizas, y el segundo presentó cuentas de cobro. Por el contrario, la valoración sistemática de las pruebas evidenció que los módulos que se agregaron mediante los adicionales no estaban dentro de los ítems de obra previstos en el pliego de condiciones y pactados en el contrato No. 6.04843, y que el 7 de junio de 2004 las partes del contrato suscribieron un Acta de recibo final de las obras, la cual indicaba que la administración recibió a satisfacción la totalidad de las obras contratadas mediante el Contrato 6-04843 en esa fecha, por lo que, no era jurídicamente posible adicionar nada a estas.

1. Esas conclusiones, además, se obtuvieron por las demandadas a partir de la aplicación de la jurisprudencia vigente para ese momento de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que ya había señalado que la ejecución de ítems no previstos en los pliegos de condiciones y en los contratos pactados por el sistema de precios unitarios implicaba una modificación del objeto contractual que debía efectuarse mediante un contrato adicional producto de un proceso de contratación independiente.

También se obtuvieron a partir de las pruebas documentales y, en especial, del “ACTA FINAL DE RECIBO DE OBRAS CONTRATO 6-04843”, que evidencia que el 7 de junio de 2004 la administración hizo el “recibo final”.

1. En consecuencia, no se encontró que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, ni la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al valorar las pruebas hubieran incurrido en el defecto fáctico al proferir, respectivamente, las Sentencias del 11 de marzo del 2020 y del 16 de marzo de 2018.

1. Por otra parte, la Sala Plena tampoco evidenció que las demandadas hubieran incurrido en el defecto de violación directa a la Constitución por desconocimiento del principio de interpretación conforme, por las siguientes cuatro razones.

1. Primero. La Corte constató que las demandadas sí tuvieron en cuenta las disposiciones normativas necesarias para determinar el alcance del delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, dada su naturaleza de tipo penal en blanco. En efecto, el juez de primera instancia del proceso penal determinó que (i) la ley del contrato No. 6-04843 era la Ley 80 de 1993, en tanto la Ley 1150 de 2007 no existía al momento de los hechos; (ii) la contratación estatal tiene como propósito propender por el interés general en aras de dar cumplimiento a los fines del Estado, a través de la consagración de un sistema de principios y normas que no pueden soslayarse por parte de los destinatarios de esa Ley; y que (iii) los principios de transparencia y selección objetiva, buscan evitar que la administración adjudique contratos para favorecer a una persona o a un grupo determinado de personas. En tanto, estas consideraciones no fueron impugnadas por los procesados en el curso del proceso penal, no debían ser objeto de pronunciamiento en las sentencias de segunda instancia y de casación.

1. Sin embargo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena reiteró que debían

considerarse las disposiciones de la Ley 80 de 1993, y especificó que el demandante había transgredido los principios de transparencia y selección objetiva por no efectuar un proceso de contratación independiente para seleccionar el contratista del Adicional No. 2. Estas consideraciones fueron reiteradas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En cualquier caso, las tres sentencias proferidas en el proceso integran una unidad jurídica inescindible, en todo lo que no se contradigan, lo cual comprende las consideraciones del juez de primera instancia.

1. Segundo. Para el mes de agosto de 2004, fecha en la que el demandante suscribió el Adicional No. 2, la jurisprudencia del Consejo de Estado ya había señalado que, en los contratos pactados por el sistema de precios unitarios —como es el caso del contrato público No. 6-04843—, agregar ítems o actividades no previstas en los pliegos de condiciones y, por ende, no pactados en el contrato, implicaba una modificación del objeto del contrato. Y, esa modificación del objeto requiere de un nuevo acuerdo de voluntades que debe concretarse en un nuevo contrato denominado “contrato adicional”. Esos lineamientos del Consejo de Estado fueron los que las autoridades judiciales demandadas tuvieron en cuenta al proferir las Sentencias del 16 de marzo de 2018 y del 11 marzo de 2020. De modo que, las accionadas aplicaron la interpretación vigente para el momento de los hechos.

1. Cuarto. Los módulos estacionarios que se agregaron al contrato mediante los Adicionales 1 y 2 no estaban comprendidos dentro de los ítems inicialmente pactados en el contrato de obras públicas No. 6-04843, por lo que, representaron obras adicionales no comprendidas en el objeto del contrato. Por lo tanto, los módulos debieron contratarse mediante un nuevo contrato que fuera producto de un proceso de contratación independiente y que respetara todos los principios y formalidades exigidas en la Ley 80 de 1993.

1. Conforme a lo anterior, la Sala Plena concluyó que en este caso ni la Sala de Casación

Penal de la Corte Suprema de Justicia, ni el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del demandante. Esto, en tanto no resultó probado que al proferir las Sentencias del 11 de marzo del 2020 y del 16 de marzo de 2018 hubieren incurrido en el defecto fáctico, ni en el defecto por desconocer el principio de interpretación conforme a esta. Como corolario de lo anterior, la Sala Plena negará el amparo solicitado.

A. Síntesis de la decisión

1. La Sala Plena analizó la acción de tutela presentada por el ciudadano Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia,⁴⁴⁷ los cuales consideró vulnerados con las Sentencias del 16 de marzo de 2018 y del 11 de marzo de 2020 proferidas, respectivamente, por las autoridades demandadas, en razón a que incurrieron (i) en un defecto fáctico, por haber dejado de valorar pruebas relevantes que fueron allegadas al proceso⁴⁴⁸ y (ii) en una violación directa de la Constitución por desconocer (a) el principio de interpretación conforme a la Constitución,⁴⁴⁹ y (b) la garantía del juez imparcial.⁴⁵⁰

1. Al efectuar el análisis de los requisitos generales de procedibilidad de las tutelas contra providencias judiciales, la Sala evidenció que los argumentos dirigidos a sustentar el defecto por violación directa a la Constitución por el presunto desconocimiento de la garantía del juez imparcial no satisfacía los requisitos de subsidiariedad, pues el demandante no presentó la recusación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, ni alegó esa supuesta falta de imparcialidad de los Magistrados del tribunal en el recurso de casación, los cuales son los medios ordinarios previstos en el ordenamiento jurídico para poner de presente, oportunamente y al interior del proceso penal, esa supuesta irregularidad, por lo que ahora, la acción de tutela no sería el mecanismo para revivir dicha oportunidad procesal. En ese

mismo sentido, esta pretensión tampoco superó el requisito de inmediatez.

1. En lo relativo al análisis de fondo, la Sala estableció que la discusión giraba en torno a determinar si las demandadas habían incurrido en (i) el defecto fáctico por dejar de valorar pruebas documentales que evidenciaban que (a) lo suscrito por del demandante no fue un contrato adicional, sino una adición contractual, que no exigía de un nuevo proceso de contratación, y que (n) el contrato No. 6-04843 no terminó el 7 de junio de 2004; o en (ii) el defecto por violación directa a la Constitución por desconocer el principio de interpretación conforme a esta al (a) aplicar un tipo penal en blanco sin tener en cuenta las remisiones normativas necesarias para determinar su alcance e ignorando las reglas contenidas en la Ley 80 de 1993, aunque la Sentencia C-917 de 2001 señaló que para “la aplicación conforme a la constitución del tipo penal del artículo 410 del Código Penal es necesario acudir a las normas que permiten determinar el alcance de la figura contractual aplicable al caso”; (b) acoger la interpretación desfavorable ante la diversidad de posiciones interpretativas expresadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado,⁴⁵¹ y de la Corte Suprema de Justicia⁴⁵² sobre el contenido y alcance del concepto de “contrato adicional”; (c) desconocer la “interpretación flexible del concepto de objeto contractual” prevista en la Sentencia C-300 de 2012 la cual aceptó “que la figura permite al contratista y a la administración que el objeto pueda ser complementado, siempre y cuando se trate de la adición de actividades necesarias para su adecuada realización”;⁴⁵³ y, en consecuencia; (d) no admitir que los módulos hacían parte del objeto del contrato No. 6-04843 por ser necesarios para el cumplimiento del mismo.

1. Para la solución de los problemas jurídicos planteados, la Sala Plena (i) reiteró la jurisprudencia sobre el defecto fáctico y (ii) sobre el defecto por violación directa a la Constitución como causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; (iii) se refirió a la historia, alcance y contenido del tipo penal de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales; (iv) expuso las razones por las cuales el interés general es el cimiento de la contratación pública; (v) presentó las características del contrato de obra pública; (vi) expuso las características del contrato de concesión, así

como de los alcances progresivos en los contratos de concesión vial y determinará las razones por las cuales la aplicación de la Sentencia C-300 de 2012 no tiene sustento jurídico desde el año 2012, (vii) examinó el alcance y contenido de las adiciones contractuales y de los contratos adicionales a la luz de la ley, así como de la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, así como de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; y, (viii) analizó y decidió el caso concreto.

1. A continuación, la Corte Constitucional analizó dos hechos relevantes. Por una parte, que el “Adicional No. 2” realmente no fue una adición al contrato No. 6-04843, sino que se trató de un contrato adicional que debió ser producto de un proceso de contratación independiente, en tanto, los módulos para los vendedores estacionarios no estaban comprendidos dentro de los ítems previstos en el pliego de condiciones, ni pactados en el Contrato No. 6-04843, por lo que su pacto implicó una modificación del objeto contractual que, como se verá, conforme a la jurisprudencia la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de la época de los hechos (año 2004), exigía celebrar un contrato adicional conforme a las reglas de la contratación pública.

1. Por otro lado, el hecho de que el demandante, en su condición de Alcalde del Distrito de Cartagena de Indias hubiere suscrito el “Adicional # 2 del contrato de obras públicas No. 6-04844 (sic) de septiembre 15 de 2003 celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y el Consorcio El Parque para la recuperación urbanística Parque de Las Flores”,⁴⁵⁴ después de que hubiere vencido (i) el plazo de ejecución del contrato No. 6-04843, y (ii) el plazo de ejecución del Adicional No. 1 al contrato de obras públicas No. 6-04843. Al respecto, concluyó que para ese momento del desarrollo contractual, en el que el plazo de ejecución de la obra principal había vencido, no era jurídicamente viable suscribir una “adición contractual”.

1. Seguidamente, la Sala analizó si el Tribunal Superior del Distrito de Cartagena y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrieron en el defecto fáctico, por cometer

una por dejar de valorar 15 pruebas documentales, oportunamente allegadas al proceso. Al respecto concluyó que las demandadas no incurrieron en una falencia ostensible, flagrante, manifiesta o arbitraria que justificara la intervención del juez constitucional, puesto que las 15 pruebas documentales que, supuestamente, las demandadas dejaron de valorar, realmente no tenían la virtualidad de desvirtuar que el Adicional No. 2 realmente no fue una adición sino un contrato adicional, pues esas pruebas documentales solo evidencian que la administración y el contratista, luego de culminado el plazo de ejecución del contrato No. 6-04843 continuaron con la ejecución del Adicional No. 1, para lo cual la primera tramitó certificaciones de disponibilidades presupuestales, actas, y pólizas, y el segundo presentó cuentas de cobro.

1. Por el contrario, la valoración sistemática de las pruebas evidenció que los módulos que se agregaron mediante los adicionales no estaban dentro de los ítems de obra previstos en el pliego de condiciones y pactados en el contrato No. 6-04843, y que el 7 de junio de 2004 las partes del contrato suscribieron un Acta de recibo final de las obras, la cual indicaba que la administración recibió a satisfacción la totalidad de las obras contratadas mediante el Contrato 6-04843 en esa fecha, por lo que, no era jurídicamente posible adicionar nada a estas.

1. Por último, la Sala analizó los argumentos presentados por el demandante para sustentar la existencia de un defecto por violación directa a la Constitución por el presunto desconocimiento, por parte de las demandadas del principio conforme a la Constitución y no encontró probado que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, al proferir, respectivamente, las Sentencias del 11 de marzo del 2020 y del 16 de marzo de 2018, hubieren incurrido en ese defecto.

1. Esto en tanto, (i) las demandadas sí tuvieron en cuenta las disposiciones de la Ley 80 de 1993 necesarias para determinar el alcance del delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, dada su naturaleza de tipo penal en blanco; (ii) para el mes de agosto de

2004, fecha en la que el demandante suscribió el Adicional No. 2, la jurisprudencia del Consejo de Estado ya había señalado que, en los contratos pactados por el sistema de precios unitarios agregar ítems o actividades no pactados en el contrato, implica modificar el objeto del contrato, por lo que ello debía hacerse mediante nuevo contrato denominado “contrato adicional”; y (iii) la Sentencia C-300 de 2012 no había sido proferida para el momento de los hechos. Además, esa providencia analizó únicamente las adiciones a los contratos de concesión de obra pública, que estaban reguladas en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, sin embargo, esa disposición fue derogada por la Ley 1508 de 2012, por lo que tanto esas adiciones, como la propia providencia quedaron sin sustento legal, y no pueden aplicarse.

1. Por último, (iv) la Sala insistió en que los módulos estacionarios no estaban comprendidos dentro de los ítems inicialmente pactados en el contrato de obras públicas No. 6-04843, por lo que, representaron obras adicionales que debieron contratarse mediante un contrato nuevo que fuera producto de un proceso de contratación independiente.

1. Conforme a lo anterior, la Sala Plena concluyó que en este caso ni la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ni el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del demandante.

III. DECISIÓN

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos dispuesta por la Sala Segunda de Revisión.

SEGUNDO.- Por lo expuesto en la parte motiva de esta Sentencia, CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia del proceso de tutela proferida el 14 de octubre de 2020 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la decisión expedida el 11 de septiembre de 2020 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante la cual negó la acción de tutela promovida por Alberto

Rafael Eduardo Barboza Senior en contra de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, respecto del defecto fáctico y el defecto por violación directa a la Constitución por desconocimiento del principio de interpretación conforme a esta, por las consideraciones expuestas en esta providencia. Por lo demás, DECLARAR IMPROCEDENTE esta acción de tutela respecto del defecto por violación directa a la Constitución por desconocimiento de la garantía del juez imparcial, en consideración a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Por Secretaría General, LIBRAR as comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Comuníquese y notifíquese,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Presidenta

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA SU214/22

Referencia: Expediente T-8.165.203.

Acción de tutela presentada por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Magistrado Ponente:

Jorge Enrique Ibáñez Najar.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta corporación, me permito aclarar mi voto frente a la sentencia SU-214 de 2022. En esta providencia, la Sala Plena decidió confirmar parcialmente la sentencia del 14 de octubre de 2020 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó la decisión del 11 de

septiembre de 2020 de la Sala de Casación Civil en la que negó la acción de tutela interpuesta, respecto del defecto fáctico y el defecto por violación directa de la Constitución, por desconocimiento del principio de interpretación conforme. Por lo demás, dispuso declarar la improcedencia respecto del defecto por violación directa de la Constitución por desconocimiento de la garantía del juez imparcial. Aun cuando compartí la decisión adoptada por el pleno de la Corte Constitucional toda vez que nunca ha sido posible la adición de un contrato estatal ya terminado, estimo necesario precisar los siguientes aspectos, los cuales dan fundamento a mi aclaración:

1. La firma de la adición una vez terminado el contrato era suficiente para negar el amparo constitucional. El debate en el proceso penal se centró en la fecha de terminación del contrato. A partir de la valoración probatoria, los jueces penales competentes concluyeron que el acuerdo adicional se firmó una vez vencido el plazo de ejecución del contrato. No se probó defecto fáctico porque, según lo indica el mismo fallo (numerales 235 a 248, 257, 263, 270, 274, 279, 282, 284, 285, 286, 330, 345, 346 y 347), las pruebas que el accionante estimó omitidas no modificaban la conclusión de los jueces penales. Esta consideración bastaba para negar el amparo constitucional y, por ello, aunque el fallo se pronuncia sobre la adición de contratos y se refiere a la jurisprudencia del Consejo de Estado, todas las reflexiones sobre este aspecto no eran, pues, necesarias para decidir la controversia y por ende constituyen un obiter dicta.

1. Aunque los jueces penales se refirieron a la imposibilidad de adicionar el objeto del contrato y a la necesidad de un nuevo proceso de selección del contratista, lo cierto es que, probado que tal adición ocurrió una vez vencido el plazo de ejecución, cualquier consideración adicional era innecesaria para decidir la acción de tutela. No es posible la adición de un contrato ya terminado.

1. El fallo no debería contener ninguna decisión unificadora. Acompañé el fallo porque decide sobre el amparo, sin exponer un criterio de unificación en cuanto a las reglas para la adición

de los contratos estatales. La decisión se limita a concluir que las condenas de los jueces penales tuvieron en cuenta la jurisprudencia “vigente” del Consejo de Estado al momento de los hechos (numerales 306 a 315, 320, 331, 336, 344 y 349). La unificación de este aspecto no le corresponde al juez de tutela, pues a mi juicio es competencia exclusiva del Consejo de Estado, como juez natural del contrato estatal.

1. El debate terminológico entre “contrato adicional” y “adición de contrato”. La expresión “contrato adicional” se originó en la redacción del artículo 58 del derogado Decreto Ley 222 de 1983455. Por su parte, desde el año 1993, la regulación contractual vigente prescindió de dicho concepto. En efecto, la Ley 80 de ese año no se refirió a la forma o documento que deben adoptar las modificaciones a los contratos estatales como ocurría con la regulación anterior. De ahí que el debate terminológico planteado entre las expresiones “contrato adicional” y “adición de contrato” debe analizarse a la luz de las disposiciones legales vigentes en materia de contratación estatal.

1. Así pues, las modificaciones o adiciones contractuales, a la luz de la Ley 80 de 1993, deben apuntar al cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución de esos fines. A partir de ello, el artículo 40 de esa normativa dispone la facultad de las entidades estatales de “celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales”. Así, a la luz de la normativa vigente es preciso señalar que, independientemente de la forma que adopte la modificación contractual en virtud del principio de mutabilidad o flexibilidad contractual, la entidad estatal debe cumplir con una carga de motivación suficiente y previa a dicha actuación.

1. Ahora bien, dejando de lado la confusión terminológica mencionada, la discusión gravita, en realidad, en el alcance que debe tener la modificación o adición contractual aspecto que, a mi juicio, corresponde delimitar, definir y dotar de contenido a la Jurisdicción de lo

Contencioso Administrativa y no en el marco del control concreto de constitucionalidad en sede de tutela. En efecto, y a manera de ejemplo, esta discusión jurisprudencial en el contencioso se ha debatido —esencialmente— entre los siguientes dos extremos: (i) por un lado, existen pronunciamientos que advierten la imposibilidad de que una adición impacte el objeto del contrato estatal⁴⁵⁶, (ii) por otro lado, se identifican decisiones en las que la jurisdicción contenciosa se ha mostrado más flexible respecto del alcance de la adición. Esto es, ha indicado la posibilidad de adicionar y modificar el contrato estatal, incluyendo la cláusula atinente a su objeto⁴⁵⁷.

1. Esta discusión pendular respecto del alcance que debe tener una modificación contractual, a instancias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa es, a mi juicio, de índole legal y está sujeta a los ajustes y formulaciones que pueda hacer el juez natural del contrato. Asimismo, se trata de un asunto transversal a la contratación que aplica independientemente de la tipología contractual (v.gr. contrato de obra pública, concesión, empréstito, etc.), lo que no es óbice para reconocer que, frente a los contratos de concesión, este debate ha sido más álgido por tratarse de acuerdos, por definición, complejos, incompletos y pactados a largo plazo.

1. Sobre la sentencia C-300 de 2012. Por otro lado, la sentencia C-300 de 2012 es probablemente uno de los pronunciamientos más concretos de este tribunal en relación con el alcance de las adiciones y modificaciones contractuales y los límites que implica esta actuación para la administración pública. Por ello, estimo pertinente reivindicar su continua relevancia para efectos de la comprensión de este tema. En efecto, dentro de sus conclusiones, la sentencia de constitucionalidad mencionada destacó que los contratos pueden modificarse -de manera excepcional- en todas sus cláusulas, siempre que estén sustentadas, no se altere su esencia o implique la mutación del negocio jurídico en otro diferente. La Corte Constitucional entendió que el objeto contractual puede ser complementado siempre que se trate de la adición de actividades necesarias para la adecuada realización de dicho objeto⁴⁵⁸. Por lo cual, le corresponderá a la entidad contratante, en cada uno de los casos, llegar a dicho análisis y conclusión, y se reitera el juez

natural es contencioso administrativo, por lo que no cabe señalar o derivar una regla general aplicable a la contratación estatal de la sentencia de unificación de la referencia, sino un análisis en el caso concreto sobre la ocurrencia o no de un defecto fáctico.

1. Adicionalmente, la sentencia SU-214 de 2022, objeto de esta aclaración, realizó la siguiente afirmación “esa providencia [la C-300 de 2012] analizó únicamente las adiciones a los contratos de concesión de obra pública, que estaban reguladas en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, sin embargo, esa disposición fue derogada por la Ley 1508 de 2012, por lo que tanto esas adiciones, como la propia providencia quedaron sin sustento legal, y no pueden aplicarse” (Resaltado fuera del texto). Al respecto, considero importante precisar que actualmente pueden encontrarse contratos estatales en ejecución regidos por la normativa derogada (art. 28 de la Ley 1150 de 2007). En consecuencia, en mi opinión y tal como lo advirtió en su momento el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, no es exacto afirmar que la sentencia “no puede aplicarse” al menos, en relación con los mencionados contratos⁴⁵⁹.

En los términos anteriores, dejo consignada mi aclaración de voto respecto de la decisión adoptada por la Sala Plena en la sentencia SU-214 de 2022.

Fecha ut supra.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

1 Artículo 241, Constitución Política: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:(...) 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.”

2 Mediante Auto del 19 de julio de 2021, la Sala de Selección de Tutelas Número Siete,

integrada por las Magistradas Paola Meneses Mosquera y Gloria Stella Ortiz Delgado, seleccionó este caso con fundamento en el criterio objetivo “unificación de jurisprudencia” y el criterio complementario “tutela contra providencias judiciales en los términos de la jurisprudencia constitucional”.

3 La dirección de la página web en la que se publicó el pliego de condiciones es: www.alcaldiadecartagena.gov.co.

4 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 13, p. 364.

5 Ibidem.

6 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 13, pp. 364-378.

7 Ibidem.

8 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 13, pp. 364-365. Además de los anteriores aspectos, el pliego de condiciones reguló: las cantidades de obra; el cronograma de la contratación; la sanción de aquellos quienes se inscribieran, fueran seleccionados para participar como oferentes y no presentaran oferta; las formas en que podría consultarse el pliego de condiciones; el plazo de evaluación de las ofertas; el plazo para la adjudicación del contrato; el plazo y las condiciones para la suscripción del contrato; la forma de pago; las consecuencias de la presentación de la propuesta de forma extemporánea; la forma en que debían marcarse las comunicaciones por parte de los proponentes; el tipo de personas que podrían participar en el proceso; el término de duración de las formas asociativas; las facultades que debían tener los representantes legales de las personas jurídicas que participaran en el proceso de selección; el contenido de las propuestas; la participación de consorcios y uniones temporales; los documentos del proceso de selección; los documentos que debían anexarse a la propuesta; la forma en que debían presentarse los precios unitarios de la propuesta; las adjudicaciones parciales; la cesión del contrato y la subcontratación; los impuestos y deducciones; la identificación y entrega de las propuestas; las causales de rechazo de las propuestas; la interventoría de obra; los criterios de evaluación; el orden de

elegibilidad para el contrato; el perfeccionamiento del contrato; la garantía única del contrato; y la liquidación del contrato. (pp. 364-375)

9 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 13, pp. 364-375.

10 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 13, pp. 384.

11 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 13, p. 384.

12 Ibidem, pp. 59-60.

13 Ibidem, p. 388.

14 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 13, p. 13.

15 Ibidem.

16 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 13, p. 13.

17 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 11, p. 386.

18 Ibidem, p. 388.

19 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 2

20 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 11, p. 388

21 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 13, p. 80

22 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 11, p. 393.

23 Ibidem, pp. 397-403.

24 Ibidem, p. 410.

25 Ibidem, p. 404.

26 Ibidem, p. 416.

27 Ibidem, p. 418.

28 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 11, p. 388

29 Aunque en el curso del proceso penal y en la acción de tutela se afirmó que el Adicional No. 2 fue suscrito el 12 de agosto de 2004, la Sala Plena de la Corte Constitucional constató en una copia legible contenida en el expediente del proceso penal, que ese documento, realmente, fue suscrito el 30 de agosto del 2004. Para el efecto, ver: Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 13, pp. 404- 405.

30 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 13, pp. 404- 405.

31 Ibidem, p. 404

32 Ibidem.

33 Ibidem.

34 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 11, pp. 421- 447.

35 Artículo 331 de la Ley 600 de 2000 “[p]or la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

36 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 2.

37 Artículo 354 de la Ley 600 de 2000, “[p]or la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

38 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 3.

39 Artículos 355 y 356 de la Ley 600 de 2000, “[p]or la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

40 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 11, p. 130.

41 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 3.

42 Ibidem.

43 Ibidem.

44 Artículo 395 de la Ley 600 de 2000, “[p]or la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

46 Ibidem.

47 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 3, p. 3.

48 Ibidem, pp. 56 - 57.

49 Ibidem, pp. 118 - 127.

50 Ibidem, pp. 142 -143.

51 Ibidem, pp. 163- 172.

52 Ibidem, pp. 280-326.

53 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 5, pp. 1- 76.

54 Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena, Sentencia del 7 de abril de 2017, Rad. 13-001-31-04-003-2014-00002-00, p. 67.

55 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 2

56 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Penal, Sentencia del 16 de marzo de 2018, Radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-01, p. 49.

57 Ibidem.

58 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 1, pp. 44-134. Proceso identificado en la Corte Suprema de Justicia con la Radicación N° 53.908, SP869-2020.

59 “ARTICULO 207. CAUSALES. En materia penal la casación procede por los siguientes motivos: // 1. Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial. Si la violación de la norma sustancial proviene de error de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el demandante. // 2. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación. //3. Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad.”

60 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 1, p. 73. Proceso identificado en la Corte Suprema de Justicia con la Radicación N° 53.908, SP869-2020.

61 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 1, p. 128. Proceso identificado en la Corte Suprema de Justicia con la Radicación N° 53.908, SP869-2020.

62 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado

13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 1, p. 121. Proceso identificado en la Corte Suprema de Justicia con la Radicación N° 53.908, SP869-2020.

63 Ibidem, p. 1.

64 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, pp. 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17.

65 Ibidem, pp. 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23.

66 Ibidem, pp. 23, 24, 25 y 26.

67 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 11

68 Ibidem, p. 13

69 Ibidem, p. 16

70 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 15.

71 Ibidem.

72 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 17

73 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 17

74 Ibidem, p. 18

75 Ibidem, p. 21.

76 Ibidem, p. 18.

77 Ibidem, p. 19.

78 Ibidem.

79 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 22.

80 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 24.

81 Ibidem, p. 3.

82 Ibidem, p. 25.

83 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p.25

84 Ibidem, p. 1.

85 Ibidem, p. 27.

86 Respuesta a la acción de tutela presentada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena el 7 de septiembre de 2020, p 1.

87 Ibidem.

88 Ibidem, p. 2.

89 Escrito de respuesta a la acción de tutela presentado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 8 de septiembre de 2020, p. 4.

90 Ibidem, p. 1.

91 Ibidem, p. 2.

93 Ibidem.

94 Respuesta a la acción de tutela presentado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 8 de septiembre de 2020, p. 3.

95 Ibidem, p. 2.

96 Ibidem, p. 4.

97 Ibidem.

98 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia STC274-2020 del 11 de septiembre de 2020, Radicación No. 11001-02, p. 4.

99 Ibidem, p. 10.

100 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia STC274-2020 del 11 de septiembre de 2020, Rad. 11001-02, p. 11.

101 Ibidem.

102 Ibidem.

103 Impugnación de la sentencia del 11 de septiembre de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, p. 12.

104 Ibidem, p. 13.

105 Ibidem.

106 Impugnación de la Sentencia del 11 de septiembre de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, p. 14.

107 Impugnación de la Sentencia del 11 de septiembre de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, p. 14.

108 Ibidem.

109 Ibidem.

110 Ibidem.

111 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia STL8846-2020 del 14 de

octubre de 2020, Rad. 90475, p. 10.

112 Ibidem.

113 Ibidem.

114 Artículo 7, Decreto 2591 de 1991: “Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere. // Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante. // La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible. // El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso. // El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado”.

115 Solicitud de medida cautelar presentada por el apoderado de Rafael Eduardo Barboza Senior fechada el 8 de noviembre de 2021, p. 2

116 Artículo 7, Decreto 2591 de 1991: “Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere. // Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante. // La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible. // El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

// El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado”.

117 Solicitud de medida cautelar presentada por el apoderado de Rafael Eduardo Barboza Senior fechada el 8 de noviembre de 2021, p. 2

118 Ibidem.

120 Corte Constitucional, Autos 680 de 2018 y 259 de 2021.

121 Corte Constitucional, Sentencia T-103 de 2018.

122 Corte Constitucional, Auto 160 de 2012.

123 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-257 de 2021.

124 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-547 de 1992, T-590 de 2009, SU-946 de 2014, SU-817 de 2010, SU-210 de 2017 y SU-257 de 2021.

125 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-949 de 2003, SU-490 de 2016, SU-396 de 2017 y SU-355 de 2017, SU- 257 de 2021.

126 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-278 de 2018.

127 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005, T-114 de 2002 y T-136 de 2005.

128 Corte Constitucional, Sentencia SU-439 de 2017.

129 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005, SU-946 de 2014, SU-537 de 2017, entre otras.

130 Cfr., Corte constitucional, Sentencias C-590 de 2005 y SU-537 de 2017.

131 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005 y SU-537 de 2017.

132 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005 y SU-335 de 2017.

133 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU- 627 de 2015 y SU-349 de 2019.

134 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-627 de 2015.

135 Corte Constitucional, Sentencia SU- 573 de 2019.

136 Corte Constitucional, Sentencia SU-072 de 2018.

137 Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001.

138 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-257 de 2021.

139 Corte Constitucional, Sentencia SU-573 de 2019.

140 Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2019.

141 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-128 de 2021.

142 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-033 de 2018.

143 Corte Constitucional, Sentencia SU-573 de 2019.

144 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-439 de 2017.

145 Corte Constitucional, Sentencia T-136 de 2015.

146 Corte Constitucional, Sentencia T-610 de 2015.

147 Corte Constitucional, Sentencia SU-439 de 2017.

148 Corte Constitucional, Sentencia SU-128 de 2021.

149 Corte Constitucional, Sentencia T-102 de 2006.

151 Sobre este punto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, “si bien no siempre es fácil delimitar los asuntos de relevancia constitucional de aquellos que no lo son, también lo es que esta Corporación ha sido particularmente cuidadosa al intentar establecer criterios de diferenciación razonables. Así, por ejemplo, basada en los antecedentes originados en la

Asamblea Nacional Constituyente de 1991, ha reconocido la existencia de dos ámbitos del derecho al debido proceso. El primero que emerge de la propia Constitución y que es el denominado debido proceso constitucional, y otro que es fruto de la labor legislativa, al que se denomina simplemente debido proceso. [Además] de desvíos absolutamente caprichosos y arbitrarios, sólo serían objeto de revisión aquellas decisiones judiciales que no consulten los elementos básicos del debido proceso constitucional y, en particular, que conduzcan a la inexistencia de defensa y contradicción dentro del proceso”. Corte Constitucional, Sentencia T-102 de 2006.

152 Corte Constitucional, Sentencia T-137 de 2017.

153 Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena, Sentencia del 7 de abril de 2017, Rad. 13-001-31-04-003-2014-00002-00, p. 67.

154 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, pp. 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17.

155 Ibidem., pp. 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23.

156 Ibidem., pp. 23, 24, 25 y 26.

157 Corte Constitucional, Sentencias SU-573 de 2019 y SU-439 de 2017.

158 Corte Constitucional, Sentencia SU-146 de 2020.

159 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 15

160 Ibidem, p. 18

161 Ibidem, p. 21.

162 Ibidem, p. 18.

163 Ibidem, p. 19.

164 Ibidem.

165 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 22.

166 Corte Constitucional, Sentencia SU-296 de 2020.

167 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 24.

168 Ibidem, p. 3.

169 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia STC274-2020 del 11 de septiembre de 2020, Rad. 11001-02, p. 11.

170 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia STL8846-2020 del 14 de octubre de 2020, Rad. 90475, p. 10.

171 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 26.

172 Corte Constitucional, Sentencia T-022 de 2017.

173 Corte Constitucional, Sentencia SU-424 de 2012.

174 Corte Constitucional, Sentencia T-237 de 2018.

175 Corte Constitucional, Sentencia T-103 de 2014

176 Corte Constitucional, Sentencia T-113 de 2013.

178 Corte Constitucional, Sentencia C-600 de 2011.

179 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 1.

180 Ibidem, pp. 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23.

181 Ibidem, pp. 23, 24, 25 y 26.

182 Ibidem, p. 1.

183 Ibidem, p. 27.

184 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 9 de junio de 2010, Rad. 33816; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de agosto de 2015, Rad. 37047; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 4 de agosto de 2021, Rad. 59684

185 Ibidem, p. 18.

186 Ibidem, p. 19.

187 Ibidem.

188 Corte Constitucional, Sentencia SU-948 de 2022.

189 Corte Constitucional, Sentencias SU- 190 de 2021 y T-008 de 2020.

190 Ibidem.

191 Corte Constitucional, Sentencia T-368 de 2020.

192 Corte Constitucional, Sentencia SU-190 de 2019

193 Corte Constitucional, Sentencias SU-048 de 2022

194 Corte Constitucional, SU-371 de 2021.

195 Corte Constitucional, Sentencia SU-190 de 2019.

196 Corte Constitucional, Sentencia SU-190 de 2019.

197 Corte Constitucional, Sentencia SU-068 de 2022.

198 Corte Constitucional, Sentencia SU-190 de 2021.

199 Corte Constitucional, Sentencias SU-048 de 2022.

- 200 Corte Constitucional, Sentencia T-625 de 2016.
- 201 Corte Constitucional, Sentencias SU-048 de 2022.
- 202 Corte Constitucional, Sentencias SU-048 de 2022.
- 203 Corte Constitucional, Sentencia T-625 de 2016.
- 204 Corte Constitucional, Sentencia SU-257 de 2021.
- 205 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-198 de 2013.
- 206 Corte Constitucional, Sentencias SU- 542 de 2016 y T- 459 de 2017.
- 207 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-069 de 2018 y SU- 448 de 2016.
- 208 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU -069 de 2018, T-090 de 2017 y T-459 de 2017.
- 209 Corte Constitucional, Sentencia SU-418 de 2019.
- 210 Ibidem.
- 211 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-459 de 2017, T-522 de 2016, T-252 de 2016 y T-116 de 2016.
- 212 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-069 de 2018, T-927 de 2010 y T-522 de 2001.
- 213 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-168 de 2017.
- 214 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-336 de 2017.
- 215 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-310 de 2017.
- 216 Corte Constitucional, Sentencia C-917 de 2001.
- 217 Ibidem.
- 218 Ibidem.

219 Ibidem.

220 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-917 de 2001.

221 Decreto 2399 de 1936 “Por el cual se adopta el texto definitivo del nuevo Código Penal”.

222 Corte Constitucional, Sentencia C-917 de 2001.

223 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-917 de 2001

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

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

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

228 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 11 de agosto de 2021, rad. 53219.

229 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 6 de abril de 2022, rad. 59738.

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

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

232 Ibidem.

233 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de noviembre de

2016, rad 46.037

234 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 11 de agosto de 2021, rad. 53219.

235 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de enero de 2017, rad. 48250.

236 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-917 de 2001.

237 SP17159-2016, nov. 23, rad. 46037

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

239 Velásquez Gómez, Iván; Velásquez Gil, Víctor Javier, Delitos contra la Administración Pública - Jurisprudencia temática 2001-2018 Corte Suprema de Justicia, Vol. 1, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 1ra Edición, 2019, Medellín, p. 230.

240 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de noviembre de 2016, rad 46.037.

241 Artículo 13, Ley 80 de 1993: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley (...)”.

242 Artículo 40, Ley 80 de 1993: “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza (...)”.

243 Velásquez Gómez, Iván; Velásquez Gil, Víctor Javier, Delitos contra la Administración Pública - Jurisprudencia temática 2001-2018 Corte Suprema de Justicia, Vol. 1, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 1ra Edición, 2019, Medellín, p. 230.

244 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de noviembre de 2016, rad 46.037

245 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de diciembre de 2013, rad. 35.344.

246 Velásquez Gómez, Iván; Velásquez Gil, Víctor Javier, Delitos contra la Administración Pública - Jurisprudencia temática 2001-2018 Corte Suprema de Justicia, Vol. 1, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 1ra Edición, 2019, Medellín, p. 231.

247 Ibidem.

248 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de noviembre de 2016, rad 46.037

249 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-713 de 2009 y C-207 de 2019.

250 Corte Constitucional, Sentencia C-932 de 2007.

251 Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009.

252 Ibidem.

253 Artículo 1, Ley 80 de 1993: “La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”:

254 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 2002.

256 Ibidem.

257 Corte Constitucional, Sentencia C508 de 2002.

258 Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 2012.

259 Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 2002.

260 Palacio Jaramillo, María Teresa, La Contratación Directa de las entidades estatales, en Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Departamento Nacional de Planeación, 2002, Tomi 1, p. 257. Citado en: Velásquez Gómez, Iván; Velásquez Gil, Víctor Javier, Delitos contra la Administración Pública - Jurisprudencia temática 2001-2018 Corte Suprema de Justicia, Vol. 1, Librería Jurídica

Sánchez R. Ltda., 1ra Edición, 2019, Medellín, p. 297.

261 Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 2002.

262 Palacio Jaramillo, María Teresa, La Contratación Directa de las entidades estatales, en Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Departamento Nacional de Planeación, 2002, Tomo 1, p. 257. Citado en: Velásquez Gómez, Iván; Velásquez Gil, Víctor Javier, Delitos contra la Administración Pública - Jurisprudencia temática 2001-2018 Corte Suprema de Justicia, Vol. 1, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 1ra Edición, 2019, Medellín, p. 297.

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

264 Ibidem.

265 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007, rad. 14854.

266 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 10 de diciembre de 2015, rad. 51489 y del 23 de octubre de 2017, rad. 55855. En igual sentido, sentencia de 7 de mayo de 2021, rad. 43055.

267 Artículo 32, numeral 1, de la Ley 80 de 1993: "Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: //1o. Contrato de Obra. Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. // En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente

estatuto (...)”

268 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 5 de septiembre de 2018, Rad. 2386.

269 Artículo 1, Ley 80 de 1993: “La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”.

270 Artículo 2, Ley 80 de 1993: “Para los solos efectos de esta ley: //1o. Se denominan entidades estatales: //a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. // b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos (...)”.

271 Artículo 13, Ley 80 de 1993: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley (...)”.

272 Artículo 40, Ley 80 de 1993: “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza (...)”.

273 Artículo 1973, Ley 57 de 1887- Código Civil: “El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”.

274 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 5 de septiembre de 2018, Rad. 2386.

275 Artículo 40, Ley 80 de 1993: “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. // Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requiera el cumplimiento de los fines estatales. //En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sea contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración (...)”.

276 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 21 de septiembre de 2020, Rad. 47106.

277 Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 18 de julio de 2002, Rad. 1439

278 Gómez Estrada, Cesar, De los principales contratos civiles, 3ª ed. Temis. Bogotá D.C. 1999, p. 329. Citado en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 21 de septiembre de 2020, Rad. 47106.

279 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 21 de septiembre de 2020, Rad. 47106.

280 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 23 de agosto de 2013, Rad. 2148.

281 Artículo 30 de la Ley 105 de 1993: “La Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial. // Para la recuperación de la inversión, la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la

materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes. //La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la Entidad quien a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable. //En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura Distrital o Municipal de transporte. //PARÁGRAFO 1.- Los Municipios, los Departamentos, los Distritos y la Nación, podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado. //PARÁGRAFO 2.- Los contratos a que se refiere el inciso 2 del artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que a partir de la promulgación de esa Ley se celebren, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4 del artículo 44 y el inciso 2 del artículo 45 de la citada Ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación. // PARÁGRAFO 3.- Bajo el esquema de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto este obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.”

282 Modificado por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011.

283 “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyeron competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”.

284 Creado por el Decreto 1800 de 2003, en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública con el objeto de fortalecer la capacidad institucional para fomentar la participación del sector privado en el sector transporte, encargado de la gestión para la estructuración, planeación, contratación, ejecución y administración de proyectos de participación privada en los modos carretero, férreo, portuario y fluvial.

285“12 La inclusión de inversiones no justificadas con la demanda actual de los corredores genera necesidades mayores de aportes de la Nación y aumenta el riesgo y el plazo de los proyectos”.

286 “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

287 El demandante sostenía que el precepto demandado, específicamente la posibilidad de hacer prórrogas o adiciones en los contratos de concesión (i) para la ejecución de “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado” y respecto de las concesiones viales, que se refieran al mismo corredor vial, e (ii) “independientemente del monto de la inversión”, vulneraba los artículos 209, 273 y 333 de la Constitución, ya que (a) otorga un privilegio injustificado a quienes han suscrito contratos de concesión con el Estado, en tanto les permite ser beneficiarios de una adición o prórroga sin límite de cuantía y para ejecutar objetos diferentes al inicialmente contratado, sin tener que someterse a un proceso de selección objetiva; (b) por esta vía, desconoce los principios de la función administrativa (artículo 209 superior), en particular, los de subordinación al interés general, igualdad, imparcialidad y eficiencia; (c) impide la libre competencia entre contratistas en perjuicio de los consumidores y usuarios (artículo 333 superior); y (d) desconoce el mandato constitucional de seleccionar a los contratistas del Estado mediante el mecanismo de licitación pública (artículo 273 superior). Ver Corte Constitucional, Sentencia C- 300 de 2012.

288 “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.

289 La Ley 1508 de 2012 fue publicada en el Diario Oficial No. 48308 del 10 de enero de 2012.

291 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 6 de agosto de 1987, Rad. CE-SEC3-EXP1987-N3886.

292 Artículo 58 del Decreto Ley 222 de 1983: “Salvo lo dispuesto en el título IV, cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional. //Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas una vez suscrito

el contrato y efectuado el registro presupuestal. Las relacionadas con el plazo sólo requerirán la firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías. //Serán requisitos para que pueda iniciarse la ejecución del contrato, la adición, y prórroga de las garantías y el pago de los impuestos correspondientes. // Los contratos de interventoría, administración delegada, y consultoría previstos en este estatuto, podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo 90. // Las adiciones deberán publicarse en el Diario Oficial. //En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviera vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas”.

293 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia de octubre 30 de 2003, Rad. 17.213.

294 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 15 de marzo de 1990, Rad. 350.

295 Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 26 de agosto de 1998, Rad. 1.121.

296 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 15 de marzo de 1990, Rad. 350.

297 Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 26 de agosto de 1998, Rad. 1.121.

298 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de julio de 2002, Rad. 22.178. Reiterada en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de octubre de 2003, Rad. 21.570; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de julio de 2004, Rad. 76001-23-31-000-2002-01164-01(AP); y, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Rad. 14.578.

299 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 15 de julio de 2004, Rad. 76001-23-31-000-2002-01164-01(AP)

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

301 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de julio de 2021, rad. 52045.

302 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 18 de junio de 2002, rad. 1439, citado en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de julio de 2021, rad. 52045.

303 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 1996, rad. 10151; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007 rad. 15469; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de julio de 2021, rad. 52045.

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

305 Ibidem.

306 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia de agosto 6 de 1987, Rad. 3.886.

307 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 15 de julio de 2004, Rad. 76001-23-31-000-2002-01164-01(AP).

308 Artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 el cual contiene el Reglamento del Consejo de Estado.

309 La Sentencia se profirió en el marco de un proceso promovido por el Consorcio Nacional de Ingenieros contratistas "Conic" Ltda., en ejercicio de la acción de controversias contractuales, contra el Fondo vial Nacional. El demandante alegó el incumplimiento contractual por parte de la demandad por no haberle pagado determinadas obras ejecutadas, ni los reajustes de precio de las obras y suministros y por no haber liquidado el contrato ni sus adicionales.

310 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 6 de agosto de 1987, Rad. CE-SEC3-EXP1987-N3886.

311 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 30 de octubre de 2003, Rad. 21.570.

312 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Rad. 14.578.

314 La Sentencia se profirió en un proceso promovido por EGAL S.A. en contra de Edatel S.A. E.S.P en ejercicio de la acción de controversias contractuales. Esto, con el propósito de que se declarara resuelto un contrato suscrito entre estas, para el mantenimiento, instalación y suministro para la red telefónica de Edatel, por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de esta última al no pagar unos valores derivados de 10 actas de reajuste.

315 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 10 de agosto de 2015, Rad. 35.728.

316 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Quinta, Sentencia del 20 de mayo de 2004, Rad. 3.314; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Quinta, Sentencia del 26 de enero de 2006, Rad. 3.761.

317 La Sentencia se profirió en un proceso promovido por un ciudadano, en ejercicio de la acción pública de nulidad de carácter electoral, con el fin de que se declarara la nulidad del acta parcial de escrutinios (formulario E-26) expedida el 29 de octubre de 2003 por la Comisión Escrutadora Municipal a través de la cual se declaró elegida a una Concejal del Municipio de Fonseca (Guajira) para el período 2004 a 2007. Esto, por estar incurso en una causal de inhabilidad por haber celerado el contrato adicional de obra No. 123-1 del 2 de julio de 2003 con el Departamento de la Guajira.

318 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Quinta, Sentencia del 20 de mayo de 2004, Rad. 3.314.

319 Ibidem.

320 Ibidem.

321 Sentencia proferida en un proceso promovido por un ciudadano, en ejercicio de la acción pública de nulidad de carácter electoral, con el propósito de que se declarara la nulidad del acto mediante el cual se inscribió un candidato a la Gobernación del del Departamento de Nariño, así como el acta parcial del escrutinio de votos y el acta que lo declaró elegido.

322 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Quinta, Sentencia del 24 de agosto de 2005, Rad. 3.171 A.

323 La Sección Quinta examinó la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia dictada dentro de un proceso de nulidad electoral. El demandante demandó la nulidad de la elección de un alcalde, bajo el argumento de que había celebrado una adición a un contrato de prestación de servicios en el año anterior a la elección. La Sección Quinta concluyó que la adición de la orden de servicios era en realidad un nuevo contrato, pues (i) su finalidad no era solamente ampliar el plazo sino establecer nuevas obligaciones, y (ii) no había justificación para la ampliación del plazo, pues en tanto no se cuantificó el objeto del contrato –el objeto era prestar servicios odontológicos en la cárcel, no era posible establecer el plazo necesario para ejecutarlo y si este necesitaba prorrogarse. anterior a su elección, la Sección Quinta declaró la nulidad de su elección.

324 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Quinta, Sentencia del 26 de enero de 2006, Rad. 3.761.

325 Ibidem.

326 Artículos 112 de la Ley 1437 de 2011; 237, numeral 3º, de la Ley 270 de 1996; y 21 del Acuerdo No. 058 de 1999 – Reglamento Interno del Consejo de Estado.

327 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Cuarta, Sentencias del 5 de febrero de 2015, Rad. 11001-03-15-000-2014-02268-00(AC)

328 Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 17 de mayo de 1994, Rad. 601.

329 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 26 de agosto de 1998, Rad. 1.121.

330 Ibidem.

331 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 26 de agosto de 1998, Rad. 1.121.

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

333 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de septiembre de 2008, Rad. 1.920.

334 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 23 de agosto de 2013, Rad. 2148.

335 Ibidem.

336 Ibidem.

337 Rad. CE-SEC3-EXP1987-N3886.

338 Rad. 21570

339 Rad. 14.578

340 Rad. 54.590

341 Rad. 3.314.

342 Rad. 3.171.

343 Rad. 3.761.

345 Rad. 1.121.

346 Rad. 1.439.

347 Rad. 1.920.

348 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 de agosto de 1987, Rad. CE-SEC3-EXP1987-N3886.

349 Artículo 58 del Decreto Ley 222 de 1983, el cual disponía: “Salvo lo dispuesto en el título IV, cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratara de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional. // Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. Las relacionadas con el plazo sólo requerirán la firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías. // Serán requisitos para que pueda iniciarse la ejecución del contrato, la adición, y prórroga de las garantías y el pago de los impuestos correspondientes. // Los contratos de interventoría, administración delegada, y consultoría previstos en este estatuto, podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo 90. // Las adiciones deberán publicarse en el Diario Oficial. // En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviera vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas” (subrayas fuera del texto original).

350 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 6 de agosto de 1987, Rad. CE-SEC3-EXP1987-N3886; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 30 de octubre de 2003, Rad. 21.570; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 15 de julio de 2004, Rad. 76001-23-31-000-2002-01164-01(AP); y, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Rad. 14.578.

351 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 30 de octubre de 2003, Rad. 21.570

352 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 19 de abril de 2018, Rad. 54.590.

353 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Quinta, Sentencia del 20 de mayo de 2004, Rad. 3314; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa,

Sección Quinta, Sentencia del 26 de enero de 2006, Radicación No. 3.761.

354 Ibidem.

355 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 26 de agosto de 1998, Rad. 1.121.

356 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 26 de agosto de 1998, Rad. 1.121; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de septiembre de 2008, Rad. 1.920, y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 23 de agosto de 2013, Rad. 2148.

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

358 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de noviembre de 2017, rad. 43263.

359 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 2002, rad. 2034904, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2011, rad. 20074009 de 31-VIII-011; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de julio de 2002, rad. 2034904; Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 26 de febrero de 2006, rad. 219906 15001-23-31-000-2003-02985-02 3761.

360 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 29 de agosto de 2018, rad. 47999.

361 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 1.

362 Ibidem, pp. 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23.

363 Ibidem, p. 10.

364 Ibidem.

365 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia STL8846-2020 del 14 de

octubre de 2020, Radicación No. 90.475, p. 10.

366 Ibidem.

367 Ibidem, p. 18.

368 Ibidem, p. 19.

369 Ibidem.

370 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 13, pp. 404- 405.

371 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 11, p. 380.

372 Ibidem, p. 386.

373 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 11, p. 388.

374 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 11, p. 393.

375 Artículo 13, Ley 80 de 1993: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley (...)”.

376 Artículo 40, Ley 80 de 1993: “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza (...)”.

377 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 11, p. 388

378 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 11, p. 416.

379 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 13, pp. 404- 405.

380 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sentencia del 16 de marzo de 2018, Rad.0009-2017, p. 38.

382 Corte Constitucional, Sentencia SU-371 de 2021.

383 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 11

384 Ibidem, p. 13

385 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 4, pp. 85-96.

386 Ibidem, p. 16

387 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 15.

388 Ibidem.

389 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 17

390 Ibidem.

391 El demandante en la acción de tutela afirmó: “En el caso el objeto del contrato era explícitamente ‘la renovación urbanística del parque las flores’, y si bien en los ítems referenciados en el contrato no se encontraba específicamente la construcción de módulos, como se hace evidente en todos los documentos que acompañan el proceso de contratación y ejecución, la construcción de estos era crucial para el cumplimiento de este”. Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 22.

392 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sentencia del 16 de marzo de 2018,

Rad.0009-2017, p. 34.

393 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de abril de 2004, rad. 14292.

394 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sentencia del 16 de marzo de 2018, Rad.0009-2017, p. 35.

395 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sentencia del 16 de marzo de 2018, Rad.0009-2017, pp. 40-41.

396 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 13, pp. 364-378.

397 Ibidem, pp. 17-20.

398 Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena, Sentencia del 7 de abril de 2017, Rad. 13-001-31-04-003-2014-00002-00, pp. 31-32.

399 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 13, pp. 82-83.

400 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 13, pp. 84-85.

401 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 11 de marzo de 2020, Rad. 53908, p. 76

402 Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena, Sentencia del 7 de abril de 2017, Rad. 13-001-31-04-003-2014-00002-00.

403 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 11 de marzo de 2020, Rad. 53908, pp. 79 -80.

404 Ibidem, pp. 80-81.

405 Ibidem, p. 81.

406 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 11 de marzo de 2020, Rad. 53908, p. 82

407 Ibidem.

408 Ibidem, p. 83.

409 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 13 de septiembre de 1999, Rad. 10.264. Reiterada, en la Sentencia del 18 de marzo de 2004, Rad. 15.936.

410 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU -069 de 2018, T-090 de 2017 y T-459 de 2017.

411 Corte Constitucional, Sentencia SU-418 de 2019.

412 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 21.

413 Ibidem, p. 18.

414 Ibidem.

415 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 18.

416 Ibidem, p. 21.

417 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 9 de junio de 2010, Rad. 33.816; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de agosto de 2015, Rad. 37.047; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 4 de agosto de 2021, Rad. 59.684

419 Ibidem, p. 28.

420 Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena, Sentencia del 7 de abril de 2017, Rad. 13-001-31-04-003-2014-00002-00, pp. 28 y 29.

421 Ibidem, pp. 29 - 31.

422 Ibidem, pp. 54 y 55.

423 Conforme al artículo 11 del Decreto 2170 de 2002, la celebración de una contratación directa para la fecha de los hechos debía efectuarse en cumplimiento de diversas formalidades, entre ellas la publicación de pliegos de condiciones por el término de 5 días para garantizar la publicidad del proceso; y la comunicación a los oferentes no escogidos del resultado del proceso. Estas formalidades no se cumplieron por parte del señor Barboza Senior antes de suscribir el Adicional No. 2.

424 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sentencia del 16 de marzo de 2018, Rad.0009-2017, pp. 27 -28.

425 Ibidem, pp. 29.

426 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sentencia del 16 de marzo de 2018, Rad.0009-2017, p. 30.

427 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 11 de marzo de 2020, Rad. 53908, pp. 82-83.

428 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 21.

429 Ibidem, p. 18.

430 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de noviembre del 2017, Rad. 43.263

431 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de septiembre de 2008, Rad. 1.920.

432 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 18 de julio de 2002, Rad. 22.178; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 30 de octubre de 2003, Rad. 21.570; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 15 de julio de 2004, Rad. 76001-23-31-000-2002-01164-01(AP); y, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Rad. 14.578.

433 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 30 de octubre de 2003, Rad. 21.570; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Rad. 14.578.

434 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Quinta, Sentencia del 20 de mayo de 2004, Rad. 3.314

435 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 26 de agosto de 1998, Rad. 1.121.

436 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Cuarta, Sentencias del 5 de febrero de 2015, Rad. 11001-03-15-000-2014-02268-00(AC)

437 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 18 de julio de 2002, Rad. 1439.

438 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sentencia del 16 de marzo de 2018, Rad.0009-2017, pp. 34- 35.

439 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sentencia del 16 de marzo de 2018, Rad.0009-2017, pp. 40-41.

440 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 11 de marzo de 2020, Rad. 53908, p. 63.

441 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 18 de noviembre de 2017, Rad. 43265, p. 104. Citada en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 11 de marzo de 2020, Rad. 53908, pp. 63-64.

442 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 18.

443 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 21.

444 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de noviembre de 2016, rad. 40089.

445 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 22.

446 Ibidem.

447 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, p. 1.

448 Ibidem, pp. 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17.

449 Ibidem, pp. 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23.

450 Escrito de tutela presentado por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior el 20 de agosto de 2020, pp. 23, 24, 25 y 26.

451 Ibidem, p. 18.

452 Ibidem, p. 19.

453 Ibidem.

454 Expediente digital del proceso penal identificado con el número de radicado 13-001-31-04-003-2014-00002-00, Cuaderno No. 13, pp. 404- 405.

455 ARTICULO 58. DE LOS CONTRATOS ADICIONALES. Salvo lo dispuesto en el título IV, cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratara de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional. || Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. Las relaciones con el plazo sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías. || Serán requisitos para que pueda iniciarse la ejecución del contrato, la adición y prórroga de las garantías y el pago de los impuestos correspondientes. || Los contratos de interventoría,

administración delegada, y consultoría previstos en este estatuto, podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo. || Las adiciones deberán publicarse en el diario oficial. || En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas. || PARAGRAFO. Los contratos de empréstito distintos a los créditos de proveedores, no se someterán a lo dispuesto en este artículo.

456 Al respecto se identifican, entre otros, los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos del 15 de marzo de 1990 y del 17 de mayo de 1994. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 31 de agosto de 2011 (18080) y 28 de febrero de 2013 (25802).

457 En este grupo pueden citarse, entre otras, las siguientes: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos del 26 de agosto de 1998, 18 de julio de 2002, 13 de agosto de 2009, 2 de agosto de 2013 y 23 de agosto de 2013.

458 Ver artículo 1501 del Código Civil, por remisión expresa de los artículos 13 y 40, Ley 80 de 1993.

459 Ver, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 02 de agosto de 2013 (2149).