



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado Ponente

SEP 00067 - 2021
Radicación N° 00092
Aprobado Mediante Acta No. 37

Bogotá D.C., primero (1) de julio de dos mil veintiuno
(2021)

VISTOS

La Sala procede a dictar sentencia dentro del proceso adelantado contra el Exgobernador de Putumayo, CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, acusado por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, se identifica con la cédula de ciudadanía n.º 18.152.398, natural de Mocoa (Putumayo) donde nació el 11 de febrero de 1963, cuenta con 58 años de edad, es hijo de Miguel Antonio y Rosalba, de profesión licenciado en teología y filosofía, estado civil unión libre con Carolina González Vivas, con quien tiene un hijo, anteriormente estuvo casado con Miriam Zamora de cuya unión hubo un hijo. Se desempeñó como Gobernador del Departamento de Putumayo para el período comprendido entre el 1º de enero de 2004 y el 4 de diciembre de 2006¹. Fue destituido del cargo mediante Decreto 4379 de la misma fecha, a causa de una sanción de tipo disciplinaria.

HECHOS

Según fue descrito en la acusación por la Fiscalía Novena Delegada ante la Corte, el Exgobernador del Departamento de Putumayo, CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, y el representante legal de la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social, FEDES, suscribieron el 28 de julio de 2005 un convenio denominado de cooperación interinstitucional, por el término de un (1) año y un valor de sesenta y cinco mil doscientos ochenta millones de pesos (\$65.280'000.000), con el fin de *“aunar esfuerzos para solucionar el problema de vivienda digna de interés social a familias del Departamento del Putumayo”*².

¹ Folio 33 Cuaderno Original 2 Fiscalía.

² Folios 1 y ss. Cuaderno Original 5 Fiscalía.

El convenio se celebró invocando la normativa sobre contratos con organismos multilaterales, debido a que los recursos con los que se ejecutaría eran *“aportes del Centro Americano de Filantropía y el manejo de las donaciones procedentes de los Estados Unidos”* ³, en concreto, se hizo alusión a los artículos 209 y 355 de la Constitución Política, 96 de la Ley 489 de 1998, 13 de la Ley 80 de 1993, y 15 del Decreto 2170 de 2002.

A efectos de dar cumplimiento al objeto del convenio, se pactaron las siguientes obligaciones:

El Exgobernador PALACIOS PALACIO se comprometió a *“(i) gestionar con los municipios las licencias de urbanismo y construcción conforme al P.O.T.; (ii) integrar el Comité Operativo para participar en la toma de decisiones; (iii) seleccionar a las familias beneficiarias; (iv) según su capacidad operativa y financiera, contribuir con los municipios en la urbanización de los lotes, sin adquirir una obligación contractual el Departamento; y (v) facilitar el recaudo de recursos aportados por los beneficiarios, sin asumir responsabilidad sobre tales desembolsos”*.

Los beneficiarios del convenio estaban comprometidos a: *“(i) adquirir un seguro de vida; (ii) suscribir un pagaré que avalara la cancelación del cupo crédito de la vivienda; (iii) tramitar ante las autoridades pertinentes las licencias de construcción; y (iv) pagar la cuota inicial y ciento ochenta mensualidades”*.

³ Folios 2 y ss. *Ibidem*.

Por su parte, la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social, FEDES tenía la obligación de: *“(i) ofrecer una vivienda nueva de interés social, acorde a los diseños establecidos, por un valor comercial de \$27.200.000, rebajado a \$17.200.000; (ii) conseguir los recursos para la ejecución del proyecto ante organismos nacionales e internacionales; (iii) seguir todo el proceso de construcción; (iv) formar parte del Comité Operativo; (v) vigilar que la Fundación Patía, administradora y constructora, a cargo de la firma Inversiones Macavi S.A., garantice la construcción de las viviendas.”*⁴

En cumplimiento de los compromisos adquiridos el Exgobernador PALACIOS PALACIO, en septiembre de 2005, inició el proceso de socialización del proyecto de vivienda a través de emisoras radiales y su publicación en algunas alcaldías del departamento. Un aproximado de noventa (90) familias cancelaron la suma de cincuenta mil pesos (\$50.000), correspondiente al formulario de inscripción y una póliza de trecientos mil pesos (\$300.000), además, cincuenta de ellas cancelaron un millón de pesos (\$1'000.000) como cuota inicial, sumas que fueron consignados a *“FEDES - FUNDACIÓN PATÍA 2000”* en una cuenta de ahorros del Banco Agrario.

Mediante Resolución n.º 0818 de abril 28 de 2006, el entonces Gobernador encargado del Departamento de Putumayo, Fabián Alfonso Belnavis Barreiro, liquidó el convenio de cooperación interinstitucional teniendo en cuenta el informe que remitió la Jefe de la Oficina Jurídica del ente territorial, donde indicaba que dicho convenio *“carecía de la certificación expedida por el organismo internacional de la*

⁴ Folios 2 y 3 *Ibidem*.

entrega de los recursos, certificado bancario y aval para compromiso y ejecución de que trata el numeral 6 de las consideraciones, documentos que demuestren que el contratista no se encuentre incurso en inhabilidad o incompatibilidad, registro único de proponentes y (...) la presentación de la garantía exigida en el convenio”⁵.

En el marco del proceso disciplinario n.º 165-170341, seguido contra PALACIOS PALACIO por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, se ordenó remitir copia del informe del *“Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción de la Presidencia de la República a la Fiscalía General de la Nación, para que investigara las posibles irregularidades en la celebración del Convenio de Cooperación Interinstitucional suscrito entre el Departamento del Putumayo y la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social - FEDES”*⁶.

Una vez adelantada la investigación, la Fiscalía Delegada calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de PALACIOS PALACIO, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, al considerar que se cometieron irregularidades en las etapas de trámite y celebración del convenio.

⁵ Folio 4 *Ibidem*.

⁶ Folio 4 *Ibidem*.

ANTECEDENTES

1.- Actuación procesal.

1.1.- Indagación preliminar.

Con fundamento en la copia del informe del «*Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción de la Presidencia de la República a la Fiscalía General de la Nación*», ordenada dentro del proceso disciplinario n.º 165-170341 por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, el Fiscal General de la Nación con proveído de noviembre 19 de 2008⁷, dispuso la apertura de la investigación previa contra CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO.

En desarrollo de lo dispuesto, entre otras diligencias escuchó en versión libre al citado Exgobernador de Putumayo⁸.

1.2.- Instrucción.

Con resolución de diciembre 14 de 2015, la Fiscalía Novena Delegada ante la Corte Suprema abrió investigación contra el Exgobernador PALACIOS PALACIO⁹, y lo vinculó formalmente mediante indagatoria¹⁰.

Con providencia de 19 de septiembre de 2016, el Ente Acusador definió la situación jurídica del sindicado,

⁷ Folios 1 y ss. Cuaderno Original 2 Fiscalía

⁸ Folios 108 y ss. *Ibidem*.

⁹ Folios 50 y ss. Cuaderno Original 3 Fiscalía.

¹⁰ Folios 245 y ss. *Ibidem*.

absteniéndose de imponer medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, «*por ausencia de fines*»¹¹.

1.3.- Resolución de acusación

Previa clausura del ciclo instructivo¹², con decisión de noviembre 30 de 2018, la Fiscalía Novena Delegada ante la Corte Suprema de Justicia calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación en contra de CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, por el presunto delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, definido por el artículo 410 de la Ley 599 de 2000.

Como primer aspecto, la Delegada Fiscal determinó que el convenio celebrado por la Gobernación del Departamento de Putumayo y la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social, FEDES, el 28 de julio de 2005, correspondía a uno de asociación, el cual se encuentra regulado por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y se aplica el requisito contenido en el inciso 2° del artículo 355 de la Constitución, y el 3° del artículo 1° del Decreto 777 de mayo 16 de 1992, consistente en la *reconocida idoneidad* para las entidades privadas sin ánimo de lucro que celebren dicho negocio jurídico.

Seguidamente, demarcó el derecho a la vivienda digna para la población vulnerable de acuerdo con el artículo 51 de la Constitución Política, la Ley 3 de 1991 y su desarrollo jurisprudencial, destacando particularmente la decisión del 12 de octubre de 2017 proferida por el Consejo de Estado, dentro del radicado 05001-23-31-000-2006-03836-01 [53390], en la

¹¹ Folios 263 y ss. *Ibidem*.

¹² Folio 169 Cuaderno Original 4 Fiscalía.

que se establecieron las exigencias para la celebración de un convenio de asociación para la construcción de proyectos de vivienda de interés social.

Luego, transcribió buena parte de las consideraciones del proveído CSJ SP712-2017, de 25 de enero 2017, rad. 48.250, emitido por la Sala de Casación Penal de esta Corporación, en el cual se analizó la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en los convenios especiales sujetos a un régimen legal propio, y concluyó que CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, en virtud de lo consagrado en el literal b del numeral 3° del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, estaba facultado para firmar el acuerdo de voluntades. Sin embargo, afirmó, lo «*suscribió en forma atípica*» porque pese a observar la política del Plan de Desarrollo Departamental 2004-2007, para esa fecha se encontraba cumpliendo una comisión de servicios otorgada con resolución n.º 01645 de julio 22 de 2005.

También que por el afán de llevar a cabo el objeto contractual, esto es, la construcción de 2.400 viviendas de interés social, desconoció la obligación de verificar si la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social, «*hacía parte del grupo de entidades que integraban el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, para fomentar, diseñar o ejecutar planes y programas para la solución de vivienda de este tipo*» como lo dispone la Ley 3 de 1991, y no constató la *reconocida idoneidad* de la misma como lo ordena el inciso 2° del artículo 355 de la Constitución y el 3° del artículo 1° del Decreto 777 de 1992.

Frente al último aspecto, precisó que, no obstante que la entidad sin ánimo de lucro fue constituida el 9 de julio de 2001

en Cali, Valle del Cauca, e inscrita en la Cámara de Comercio bajo el n.º 1974 del libro I, con el objeto social de fomentar el «[...] *desarrollo integral de la sociedad a través del proceso de investigación, capacitación y actualización en las diferentes áreas de conocimiento humano, campos del orden social y económico mediante la optimización y concentración de los factores humanos, físico, económicos y científicos con énfasis en el medio ambiente*», y que en desarrollo de éste, entre otras actividades, podía desarrollar «*la construcción y mejoramiento de vivienda*»; PALACIOS PALACIO no realizó gestión alguna para confirmar su experiencia en ese campo y si sus políticas estaban orientadas a este tipo de edificaciones, requisito que, refiere, era esencial para impulsar convenios de interés público.

Además, sostuvo, el procesado de manera directa, sin la asesoría y/o acompañamiento de su gabinete de gobierno, adelantó el trámite contractual sin efectuar un estudio motivado sobre la capacidad técnica y administrativa de la entidad privada. También que, entre otras pruebas recaudadas en la instrucción, el resumen de las actas de los Consejos de Gobierno del 4 de agosto y 18, 21 y 27 de octubre de 2005 de la Secretaria Privada del Exgobernador, y la declaración rendida por la Jefe de la Oficina Jurídica, permitieron constatar que PALACIOS PALACIO solo después de suscribir el acuerdo de voluntades, ejecutó labores tendientes a ello, sin resultados satisfactorios.

Es así que ante las inconsistencias advertidas mediante el oficio n.º OJD-816 de octubre 18 de 2005 por la Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento de Putumayo, la misma servidora y María Carlina Uribe García, Secretaria Delegada con funciones de Gobernadora, requirieron infructuosamente

al representante legal de la fundación para la entrega de los soportes, certificados y demás documentos echados de menos por la funcionaria, situación que conllevó a la suspensión del acuerdo de voluntades, concretamente por falta de la garantía prevista en la cláusula decimocuarta del convenio, la cual debió constituirse como requisito de ejecución para asegurar el buen manejo de los recursos de los beneficiarios. Ante todas las falencias encontradas y plasmadas en un informe ejecutivo por la citada servidora, el entonces Gobernador encargado Fernando Alfonso Benalvis Barreiro, dispuso su liquidación unilateral.

Para la Fiscalía resultó claro que al momento de tramitar y suscribir el convenio de asociación, el procesado no verificó la experiencia de FEDES en lo relacionado con el desarrollo de su objeto social, si era reconocida públicamente su gestión en la construcción de proyectos de vivienda de interés social, si tenía una trayectoria consolidada y cuál era su capacidad técnica y financiera para llevar a cabo este tipo de proyectos, o los aportes que en virtud de su práctica hubiera realizado previamente, máximo que el objeto del convenio se encaminaba a garantizar el derecho de vivienda de los hogares de menores ingresos.

En consecuencia, afirma, el procesado no tuvo reparo en tramitar y celebrar el convenio con una fundación sin experiencia para desarrollar su objeto. No fueron aportados los soportes documentales necesarios para su demostración y solo hasta después de dos meses, remitió el acuerdo a la oficina jurídica para la revisión de las ritualidades legales esenciales.

También adujo la Fiscalía, que el Exgobernador durante el trámite y posterior celebración del convenio de asociación, no confirmó la existencia de las supuestas «*donaciones procedentes de los Estados Unidos*» y los «*aportes del Centro Americano de Filantropía*», los cuales, según sostuvo el representante legal de FEDES, serían utilizados para cofinanciar la construcción del proyecto habitacional de interés social. Tampoco constató la existencia de las instituciones extranjeras, las sumas de dinero que ofrecían, los términos en que serían entregadas y frente al «*agreement*» aportado por la Fundación que data del 27 de agosto de 2005, un mes después de celebrado el convenio, ni siquiera ordenó su traducción oficial para determinar su veracidad y las condiciones contractuales convenidas, cuando el documento contiene nombres comerciales y bancos no aludidos en el convenio.

Argumentó, que si bien en el paginario obra certificación de la sucursal de Pasto del Banco BBVA, donde se puso de presente que FEDES se encontraba vinculada con esa entidad mediante la cuenta corriente n.º 695-01758-2, por medio de la cual «*a (sic) presentado a esta entidad una Garantía Bancaria (BG) emitida por el JP MORGAN CHASE BANK ISIN, Y GLOBAL MASTER SECURITIES LENDING, para usarse como colateral (sic) real, frente a un descuento financiero o línea de crédito interno, otorgada al BBVA – COLOMBIA, y en esta instancia FEDES se encuentra soportando toda la documentación necesaria para que le sea APROBADO EL CRÉDITO para la Financiación y Construcción de los proyectos de Vivienda y Distritos de Riego respectivamente, en los departamentos del Cauca, Nariño, y Putumayo (...)*», ésta fue expedida el 19 de octubre de 2006, esto es, un año, dos meses y veintiún días después de celebrado el convenio.

Y, en cuanto a las sociedades JP MORGAN CHESE BANK ISIN y GLOBAL MASTER SECURITIES LENDING, luego de consultados sus registros en la Cámara de Comercio, se estableció que la primera, cuya razón es «JP MORGAN COLOMBIA LTDA», físicamente no se encuentra en el país y, la segunda, no se logró establecer si tiene representación en Colombia.

De igual forma, afirmó que el procesado con conocimiento de las falencias documentales frente a la experiencia, idoneidad y capacidad técnica y financiera atrás referenciadas, promocionó el proyecto inmobiliario en diferentes medios publicitarios, lo cual generó confianza masiva en la comunidad y muchos de sus habitantes suscribieron el formulario de inscripción y consignaron en la cuenta n.º 479030007704 «FEDES-FUNDACIÓN PATIA 2000» del Banco Agrario de Colombia, las sumas estipuladas en el convenio para acceder a los inmuebles que se iban a edificar, hecho que sostuvo, nunca ocurrió.

Frente a este aspecto también advirtió que solo hasta el 28 de abril de 2016 [sic], se logró liquidar de manera unilateral el convenio, porque fue el periodo que estuvo suspendido PALACIOS PALACIO por disposición del Decreto n.º 4516 de 2005, fecha en la cual los beneficiarios del proyecto ya habían consignado los dineros requeridos por FEDES, la cual reportó consignaciones desde el 12 de diciembre de 2005 por un valor de \$379.500.000, y el que fue retirado a través de varias transferencias de fondos por el representante legal de la Fundación Patía 2000, con la cual, la primera se había asociado el 25 de noviembre de 2005, «para aunar esfuerzos para

posibilitar la construcción de seiscientas (600) viviendas de interés social», número inferior al pactado con el ente territorial y que tampoco fue construido.

En ese orden, resaltó, se debe colegir con serias probabilidades que el proceder de PALACIOS PALACIO desde la perspectiva del delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, no constituye un simple error o descuido en el control de gestión.

Sostiene que el procesado conociendo las responsabilidades inherentes a su cargo, la importancia de cumplir los fines sociales a través de la inversión pública, el apego a la Constitución y a la Ley que debía tener para adelantar los procesos contractuales y, como consecuencia de ello, la necesidad de garantizar la transparencia y selección objetiva, consiente de la necesidad de sujetarse al plan de desarrollo y de atender los proyectos previstos como prioritarios en materia de construcción de vivienda de interés social; llevó a cabo el convenio de asociación con FEDES con desconocimiento de la legalidad de su trámite y celebración.

Asevera, la Fiscalía, que la ejecución de la conducta punible resulta del simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación administrativa, ya que el objeto de protección del tipo penal es el principio de legalidad en la contratación estatal y se estructura objetivamente aún en el evento de un resultado favorable para la administración, pues es sabido que los principios superiores que rigen la función pública se encuentran inmersos en la contratación estatal.

En este sentido, sostuvo, el convenio de asociación cuestionado vulneró algunos de estos principios, principalmente el de responsabilidad, por cuanto el procesado es el primero llamado a garantizarlo y no lo hizo. Tal omisión, no obstante su conocimiento acerca del programa de vivienda de interés social, su perfil profesional para entender el desarrollo de las obras públicas desde sus procesos contractuales, su experiencia en la administración pública y los conductos regulares que estableció para «enterarse» de la ejecución de algunos de estos proyectos; develan su conciencia acerca de la trascendencia y forma en que se desarrolló el proceso objeto de censura, luego, entonces, no hay duda que actuó dolosamente como lo exige la conducta imputada.

2.- Actuación ante la Corte.

2.1.- Audiencia preparatoria.

El 20 de mayo de 2020, ante la Sala Especial de Primera Instancia se llevó a cabo la audiencia preparatoria¹³, en la cual se dio a conocer la decisión adoptada el 28 de febrero de la misma anualidad¹⁴, por cuyo medio se pronunció sobre las pretensiones probatorias de la Fiscalía y de oficio dispuso el decreto de algunas pruebas.

2.2.- Audiencia de juzgamiento.

2.2.1.- Pruebas practicadas

¹³ Folios 92 y ss. Cuaderno Original 1 Corte.

¹⁴ Folios 70 y ss. *Ibídem*.

En cumplimiento de lo ordenado por la Sala en la audiencia preparatoria, a la actuación fue incorporada la comunicación procedente de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol de la Policía Nacional, sobre la información de antecedentes penales y/o anotaciones obrantes a nombre de CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO¹⁵, y el dictamen pericial rendido a través de Informe de Policía Judicial n.º 5723975¹⁶.

Se recibieron los testimonios de Rosa Margarita Revelo¹⁷, Nohora Elena Montealegre Mera¹⁸, Diego Fernando Fernández Valencia¹⁹, Lessdie Denisse López Espinosa²⁰, Diana Teresita Vallejo, Liliana Carmenza Bucheli, Miguel Ángel Rubio²¹ y María Carlina Uribe García²².

En la vista pública no se llevó a cabo el interrogatorio del acusado por cuanto se acogió al derecho de guardar silencio, pero sí se escuchó en testimonio a Nebar Fabián Salas Enríques.

2.3.- Alegatos de conclusión

Culminada la práctica de pruebas, en acatamiento de lo previsto por el artículo 407 de la Ley 600 de 2000, se dio curso a la intervención de las partes en la audiencia, la que se llevó a cabo en los términos que a continuación se mencionan:

¹⁵ Folios 104 y ss. *Ibidem*.

¹⁶ Folios 172 y ss. *Ibidem*.

¹⁷ Folios 279 y ss. Cuaderno Original 2 Corte.

¹⁸ Folios 282 y ss. *Ibidem*.

¹⁹ Folios 322 y ss. *Ibidem*.

²⁰ Folios 325 y ss. *Ibidem*.

²¹ Folios 356 y ss. *Ibidem*.

²² Folios 366 y ss. *Ibidem*.

2.3.1.- Intervención de la Fiscal

Manifestó que los cargos por los cuales se convocó a juicio a PALACIOS PALACIO, mantienen plena vigencia, con fundamento en las pruebas recaudadas en la etapa instructiva y en juicio, las cuales permiten dar por acreditada la materialidad del delito y la responsabilidad en calidad de autor del procesado.

En cuanto al aspecto objetivo, sostuvo que PALACIOS PALACIO fungió como Gobernador del Departamento de Putumayo entre el 1° de enero de 2004 y el 4 de diciembre de 2006 [sic], y de conformidad con las funciones constitucionales [artículo 305-2 Superior] y legales [literal “b” del numeral 3° del canon 11 de la Ley 80 de 1993], tenía competencia para tramitar y celebrar contratos estatales con cargo a los recursos del ente territorial, con la debida observancia de los requisitos exigidos por la ley.

Así mismo, que en cumplimiento de la política del Plan de Desarrollo del Departamento de Putumayo [2004 – 2007], el 28 de julio de 2005 tramitó y celebró de manera irregular un convenio de cooperación interinstitucional con la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social, FEDES, cuyo objeto era *«aunar esfuerzos para solucionar el problema de vivienda digna de interés social a familias del departamento del Putumayo»*, por cuanto ésta no contaba con la experiencia requerida, y omitió adelantar preliminarmente alguna gestión tendiente a verificar tal idoneidad como lo exigen la Ley 3 de 1991, el inciso 2° del precepto 355 Superior y el inciso 3° del artículo 1° del Decreto 777 de 1992.

Señaló que los medios de prueba permiten concluir que el Exgobernador tramitó y celebró el negocio jurídico sin la asesoría de su gabinete, concretamente de la Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento, quien luego de recibir el documento dos meses después de su suscripción, recomendó su suspensión ante las falencias e inconsistencias de tipo legal que presentaba. Así mismo, que en virtud de dichas observaciones trató infructuosamente de acreditar la idoneidad de FEDES, pero pese a requerimientos al representante legal, la documentación soporte no fue entregada en su totalidad, además de conocerse la inexistencia de las oficinas por ella registradas.

Tampoco confirmó las «*donaciones procedentes de los Estados Unidos*» y los «*aportes del Centro Americano de Filantropía*», que serían utilizadas para cofinanciar la construcción del proyecto habitacional, ni verificó la existencia de las instituciones extranjeras, las sumas de dinero que ofrecían y los términos de entrega, además, no ordenó la traducción oficial del «*agreement*» del 27 de agosto de 2005 aportado por la Fundación, a pesar de contener nombres comerciales y bancos no mencionados en el convenio, estableciéndose, además, que la sociedad JP MORGAN CHESE BANK ISIN físicamente no se encuentra en el país, y de GLOBAL MASTER SECURITIES LENDING, se desconoce si tiene representación en Colombia.

No obstante las anteriores anomalías, CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO promocionó el proyecto inmobiliario en diferentes medios publicitarios, por lo que muchos habitantes ante la confianza generada por su actuar, suscribieron el formulario de inscripción y consignaron en una cuenta del

Banco Agrario de Colombia de «FEDES-FUNDACIÓN PATIA 2000», las sumas estipuladas en el convenio, dinero que ascendió a \$379.500.000, el cual fue retirado por el representante legal de la Fundación Patía 2000, con la que la FEDES se asoció el 25 de noviembre de 2005, «para aunar esfuerzos para posibilitar la construcción de seiscientas (600) viviendas de interés social».

Frente al aspecto subjetivo dio por acreditado que el proceder de PALACIOS PALACIO no constituyó un error o descuido en el control de gestión. Por el contrario, con conocimiento de las responsabilidades inherentes a su cargo, de la importancia de atender los fines sociales de la inversión pública, del apego a la Constitución y la Ley que debía reinar en el adelantamiento de los procesos contractuales, de la necesidad de garantizar la transparencia y selección objetiva, de la obligación de sujetarse al plan de desarrollo y atender los proyectos previstos como prioritarios en materia de construcción de vivienda de interés social; llevó a cabo el convenio de asociación con FEDES con desconocimiento de la legalidad de su trámite y celebración.

En cuanto a la antijuridicidad, consideró que tal comportamiento lesionó de manera efectiva el bien jurídico de la administración pública. En el delito de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, sostuvo, la vulneración se acredita con el desconocimiento de los principios rectores de la contratación pública traducidos en reglas y exigencias de carácter legal, los cuales evidentemente se desconocieron sin que aparezca demostrada alguna causal de justificación.

Finalmente, sobre la culpabilidad resaltó que el Exgobernador además de tener la madurez psíquica de un ciudadano corriente también cuenta con educación superior, «*postgrado y maestría*», que le permitía comportarse de manera distinta acatando el ordenamiento jurídico en virtud del alto cargo desempeñado, por lo tanto, estimó cumplidos los requisitos exigidos por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, al dar por demostrado que en calidad de autor realizó el injusto penal. En consecuencia, solicitó se profiera sentencia condenatoria.

2.3.2.-Intervención del Ministerio Público.

Luego de un recuento de los hechos jurídicamente relevantes y de la acusación, se refirió a la tipicidad de la conducta, dio por acreditada la cualificación de sujeto activo del procesado y la suscripción del convenio objeto de análisis sin la intervención de algún secretario de Despacho o la Oficina Jurídica, también que el negocio jurídico correspondía a un convenio de asociación, desarrollado por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, el cual remite a los lineamientos del artículo 355 Superior y el Decreto 777 de 1992, en cuanto al requisito de la «*reconocida idoneidad*» para la entidad sin ánimo de lucro contratante.

Sostuvo que al no ser necesario un proceso de selección la «*reconocida idoneidad*» se tornaba esencial, como también acatar los principios de «*igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*».

Aseveró que las pruebas allegadas al proceso demuestran la tipicidad objetiva del delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, por cuanto: (i) previo a la suscripción del convenio no se demostró que FEDES tuviera idoneidad y experiencia para desarrollar el objeto contratado y, (ii) se violaron varios principios de la contratación pública por la evidente improvisación en el trámite y celebración del negocio jurídico, en especial el de planeación.

Lo anterior por cuanto no existió evaluación escrita de la documentación entregada por FEDES, su mismo representante legal aceptó la falta de experiencia de la entidad en la construcción de viviendas y haber sido él quien diseñó el proyecto, y la Gobernación no se preocupó por determinar el origen de los dineros referidos en la cláusula quinta del convenio.

De igual forma, respecto a la garantía bancaria del JO (sic) MORGAN CHASE BANK ISIN y GLOBAL MASTER SECURITIES LENDING, en respaldo a un crédito tramitado ante BBVA, argumentó que no obstante reposar el documento en la actuación, éste fue expedido un año, dos meses y veintiún días después de celebrado el convenio de asociación.

También argumentó que como el procesado y el representante legal de FEDES, buscan desmarcarse del delito aduciendo que el negocio jurídico nunca se materializó, y que el documento correspondió a un «*preacuerdo*» para crear condiciones para la firma de un contrato no finiquitado por las causales allí pactadas; puede colegirse con certeza que sí se

trató de un convenio de asociación, el cual nació a la vida jurídica cuando se suscribió.

Dado lo anterior, le resultó claro que por el cargo que ocupaba el proccsado conocía la especificidad de los contratos, y le era exigible el cumplimiento de ciertos requisitos previos a su celebración. Tanto así que dentro del convenio en el acápite de *consideraciones y antecedentes previos*, se citaron los artículos 209 y 355 de la Constitución.

Refiriéndose a la antijuridicidad, indicó el Ministerio Público que, el trámite y celebración del convenio sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales demuestra un actuar «desvalorado» que produjo un resultado igualmente «desvalorado», pues nació a la vida jurídica un contrato ilegal ocasionando efectos por la selección de beneficiarios que aportaron dinero y que luego por los errores cometidos desde su inicio se liquidó.

De la misma forma consideró que la conducta lesionó el bien jurídico de la administración pública de forma real, ya que no es necesario que se cause daño a la administración o al patrimonio, sino que su configuración deviene por el simple hecho de haberse celebrado sin acatar los principios y normas constitucionales y legales que rigen la contratación administrativa, por cuanto el objeto de protección del tipo penal es el principio de legalidad en la contratación.

Respecto a la culpabilidad, no encontró en el procesado un actuar amparado en alguna causal de exclusión de responsabilidad, por lo tanto, procede el juicio de reproche,

máxime que por su cargo debía garantizar la confianza en las instituciones públicas, y su comportamiento denota conciencia de la ilicitud por suscribir el convenio voluntaria y conscientemente sin revisar los requisitos legales, así con posterioridad hubiese pretendido legalizarlos con la infructuosa acreditación de la idoneidad de FEDES.

En consecuencia, estimó acreditado en grado de certeza que la conducta de CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO fue típica antijurídica y culpable, por lo tanto, solicita se profiera sentencia condenatoria en su contra.

2.3.3.- Intervención del procesado.

CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO expresó su deseo de no intervenir en la vista pública.

2.3.4.- Intervención del defensor.

Señaló como hechos probados que: *(i)* PALACIOS PALACIO fue Gobernador del Departamento de Putumayo desde el 1° de enero de 2004 hasta el 4 de diciembre de 2005 (sic); *(ii)* a pesar de que en el convenio aparezca como fecha de suscripción el 28 de julio de 2005, la firma de su procurado se produjo el 17 de agosto siguiente, según se evidenció en el sello de presentación personal del documento; *(iii)* el Departamento de Putumayo no comprometió, ni erogó recurso alguno; *(iv)* la decisión de suscribir el convenio fue objeto de debate en consejos de gobierno aún después de su firma para el cumplimiento de su contenido; *(v)* el convenio nunca se perfeccionó; *(vi)* el 15 de noviembre de 2005 se suspendió el

trámite; y (vii) con resolución 818 del 28 de abril de 2006 se produjo su liquidación unilateral por Fabián Alfonso Benalvis Barreiro, como Gobernador de Putumayo.

Compartió con la Fiscalía que el negocio jurídico era un convenio de asociación, pero para efectos de analizar la adecuación típica pide se tengan en cuenta la trasgresión efectiva de los principios de contratación.

Afirmó que la tipología contractual de un acuerdo de voluntades obedece a los elementos de la esencia mas no a la denominación que se le imprimiera, ni a la indicación normativa allí mencionada. En este sentido, aduce, los únicos artículos relacionados con los convenios de asociación son el 96 de la Ley 489 y 355 Superior, este último, desarrollado por el Gobierno Nacional con los Decretos 777 de 1992 y 1403 de 1992, 2459 de 1993 y el 92 de 2017, por cuanto, este tipo de contratos se conciben como un régimen diferente, especial o alternativo al Estatuto General de la Contratación Administrativa regulado por la Ley 80 de 1993 y su Decreto reglamentario 2170 de 2002, a no ser que se incluyeran las cláusulas exorbitantes del estatuto general, pues en ese caso se estaría dentro de las excepciones contempladas en el artículo 2º del Decreto 777, y se sujetaría al procedimiento del régimen para la contratación pública.

Refirió que la jurisprudencia para identificar si la modalidad contractual se ajusta a los convenios de asociación acude a la prestación a cargo del contratista, esto es, que estuviera encaminada a beneficiar directamente a la comunidad y no existiera contraprestación para la entidad

pública, pues la normativa que los regula eliminó los acuerdos conmutativos, y para la fecha de la suscripción del documento, los entes estatales de todo orden estaban facultados para suscribir contratos con entidades privadas para fomentar programas o actividades de interés general y, sólo debían cumplir con que ésta fuera sin ánimo de lucro, y que coincidiera su objeto social y la actividad pretendida.

Para la defensa se encuentra acreditado que su procurado cumplió con tal obligación, porque la fundación aportó con anterioridad el certificado de existencia y representación legal de fecha 26 de junio de 2005 y otros posteriores en el que se observa entre otros objetos y actividades: «[...] **MEJORAR LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS COLOMBIANOS PO[B]RES** [...]», «[...] **PROGRAMAS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL** [...]» y, «[...] **ABRE LOS ESPACIOS PARA APOYAR EL MICRO CRÉDITO ORIENTADO A LAS COMUNIDADES EN PROGRAMA DE VIVIENDA** [...]».

Sostuvo que para la suscripción del convenio, FEDES también aportó el certificado n.º 11578215, expedido por la Cámara de Comercio de Cali el 14 de junio de 2005 y soportes documentales bancarios y avales para su apropiación, que debieron ser revisados por haberse mencionado en el convenio. Además, la fundación Patía hizo parte del contenido del negocio jurídico, por cuanto entre FEDES y ésta existía una relación desde antes de la firma, según se aprecia en la manifestación hecha por Fernando Muñoz Zapata en la denuncia presentada por éste.

Así mismo, resaltó que de la prueba documental aducida al sumario, se infiere que la actividad de verificación se produjo

desde antes de la firma del convenio y su perfeccionamiento.
Es así que:

(i) «A folio 128 del cuaderno 1 de la Fiscalía, se encuentra un acta de audiencia pública “VIVIENDAS PARA LA PAZ”, en la cual se hace referencia al convenio y donde el funcionario WILDER GUERRERO – Abogado de la Secretaría de Infraestructura de la Gobernación del Putumayo expresa que “(...) **hasta el día de ayer encontraron los documentos soporte del convenio**, solicita un tiempo prudencial para analizarlos (...)” (Subrayado y negrilla fuera del texto). Ello denota que habían documentos soportes del convenio en cuestión».

(ii) «En el informe 463802 del 26 de mayo de 2009 elaborado por LEONIDAS IBÁÑEZ LOPEZ – Investigador que consta a partir del Folio 88 del cuaderno 2 de la Fiscalía, se relacionan documentos de la etapa precontractual y contractual atinentes a FEDES y “evaluación económica y financiera del proyecto de viviendas”, e inclusive un balance general de FEDES de enero a septiembre de 2005. Luego, también se vuelve a observar el certificado de existencia y representación legal de la Fundación del 26 de junio de 2005».

(iii) «El procesado manifestó que a efectos de la suscripción del convenio realizaron visitas a obras desarrolladas por FEDES y que además FEDES presentó documentos soporte que fueron debidamente analizados».

También pidió la defensa, que se tenga en cuenta que la conveniencia de suscribir el convenio fue objeto de debate en varios consejos de gobierno por solicitud del procesado, y contrario a lo indicado por la Fiscalía en la resolución de acusación, no se produjo desconocimiento de la ley de vivienda de interés social, Ley 3ª de 1991, pues ésta contempla la entrega de subsidios y el negocio jurídico se refiere a potenciales beneficiarios, a quienes se les posibilitaría la construcción del inmueble en un lote de su propiedad a través de créditos.

Este método, aseveró, era diferente a las responsabilidades del departamento para la construcción de

esta clase de edificaciones, pues no había un plan definido y su objeto y obligaciones no se relacionaban con financiación, construcción, mejoramiento, reubicación, habilitación y/o legalización de títulos de manera directa por el Departamento de Putumayo, propios de proyectos de vivienda de interés social, por ello, no tenía por qué verificarse si FEDES hacía parte del Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social.

Y, así el Consejo de Estado no avalara la exclusión del estatuto de contratación estatal en los proyectos de vivienda de interés social, ello no se predica de los convenios de asociación por cuanto se dirigen en favor del beneficiario y no de la entidad pública, cumpliéndose así, *«la exigencia de que la prestación, propósito de la contratación, no esté dirigida hacia la entidad, desdibujándose la posible conmutatividad de la contratación»*.

De otro lado, indicó que en razón de lo convenido en la cláusula décimo octava del documento, la exigencia legal del artículo 5° del Decreto 777 de 1992, referente a la constitución de garantías, y lo dispuesto por el Consejo de Estado en un caso similar, el 20 de febrero de 2014 dentro del radicado 70001-23-31-000-1997-06354-01 (25549), permiten concluir que el convenio no se perfeccionó y, que por lo tanto, deberá tenerse por inexistente. En consecuencia, afirma, todas las actividades tendientes a verificar la idoneidad de FEDES incluso las realizadas después de la firma del documento, conciernen a la etapa precontractual.

Lo anterior, resaltó, es de gran importancia en la medida que esta Corporación respecto del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en proveído SP712-2017 del 25 de enero de 2017, Rad. 48250, señaló: *«(...) La tramitación,*

en sentido estricto, corresponde a la fase precontractual, comprensiva de los pasos que la administración debe seguir desde el inicio del proceso hasta la celebración del contrato. Celebrarlo significa formalizar el convenio para darle nacimiento a la vida jurídica, a través de las ritualidades legales esenciales. (...)».

Adujo que conforme al significado dado a «*lo esencial*» por esta Corte en el mismo proveído se presenta mayor solemnidad en cuanto a la “*reconocida idoneidad*”, cuando con la actividad estatal se comprometen recursos públicos, justificación idéntica para la aplicación transversal de los principios de la contratación estatal del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, lo cual no ocurre en el presente caso, por no existir implicación alguna de dineros de este tipo. Entonces, la mentada idoneidad deberá ser valorada conforme al impacto ocasionado por su inobservancia.

En tal sentido, el sometimiento de este tipo de convenios a la normatividad de contratación civil explica la no exigencia de liquidación para los mismos, por lo que no entiende cómo en el presente caso se hubiera efectuado, más allá de la discusión de si se hubiera producido su perfeccionamiento o no. También, refiere, no es cierto que las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, sean normas de mayor jerarquía y aplicables a los convenios de asociación.

Reiteró que durante el trámite del convenio el procesado orientó actos tendientes a la verificación de la idoneidad de FEDES, así como al desarrollo de actividades de construcción de vivienda en otros departamentos por parte de ésta y la fundación Patía. Por esa razón, considera, la Fiscalía debió verificar estos hechos en la instrucción y en el juicio.

Concluye que si lo atribuido es la ausencia de vigilancia en la tramitación del convenio, esta afirmación no tendría sentido pues ello ocurrió, al punto que el negocio jurídico no se perfeccionó, se suspendió por la renuencia de la FEDES y la imposibilidad de obtener los documentos faltantes. En consecuencia, considera, no puede considerarse trasgredido el principio de responsabilidad por el supuesto incumplimiento de las obligaciones de las partes, cuando el *«contrato nunca nació a la vida jurídica y por ende nunca se ejecutó»*.

Por esa razón reiteró su solicitud de sentencia absolutoria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- La competencia

La Sala es competente para conocer del juzgamiento de CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, según la resolución de acusación proferida en su contra por la Fiscalía Novena Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° del Acto Legislativo No. 001 de 2018, modificadorio del 235 de la Constitución Política.

En efecto, el fuero de juzgamiento a que alude el numeral 5° de esta última disposición, es una garantía de carácter constitucional que obliga a un procesamiento especial radicado en determinados operadores jurídicos y de la cual se goza desde el momento en que se asume el cargo, *«es decir basta la sola objetividad de comprobar la vinculación con el*

cargo para que los operadores judiciales especiales adelanten la investigación y juzgamiento»²³.

En lo que respecta a PALACIOS PALACIO, se acreditó que para la época de ocurrencia de los hechos se desempeñaba como Gobernador del Departamento de Putumayo, lo cual determina que la competencia para adelantar el juicio y proferir el fallo concierne a esta Sala, por cuanto la conducta atribuida guarda relación con las funciones desempeñadas en el ejercicio del cargo.

2.- Requisitos para condenar.

Al tenor de lo normado por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal de 2000 que rige el presente asunto, para emitir sentencia de carácter condenatorio se requiere de prueba válidamente recaudada en las diversas fases del proceso, que conduzca a la certeza de la concurrencia de las categorías de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.

La legislación reclama, además, que el acervo probatorio deba ser ponderado en su integralidad de cara a los postulados de la sana crítica, esto es, la lógica, las máximas de la experiencia y de las ciencias y los conocimientos científicamente afianzados, asignando razonadamente a cada medio de prueba el mérito que conforme a lo anterior le corresponda.

²³ CSJ SP, 11 jul. 2012, Rad. 39218.

3.- El delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En la resolución de acusación, la Fiscalía Novena Delegada ante la Corte le imputó a CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, con ocasión del convenio de asociación celebrado con Diego Fernando Fernández Valencia, representante legal de la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social [FEDES], el 28 de julio de 2005, cuando se desempeñó como Gobernador del Departamento de Putumayo.

3.1 Del tipo objetivo.

El tipo penal que se imputa realizado por el acusado PALACIOS PALACIO, vigente para la época de los hechos materia de investigación, y sin que para este caso resulte procedente tener en cuenta las posteriores modificaciones punitivas introducidas por las Leyes 890 de 2004 y 1474 de 2011 por virtud de los principios de legalidad y favorabilidad, fue definido en el original artículo 410 de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

*“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) doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años” [Se destaca].*

Si bien en la resolución de acusación la Fiscalía no hizo alusión a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004,

lo cierto es que dicha postura de inaplicabilidad al caso del referido incremento punitivo coincide con la vigente jurisprudencia de esta Sala Especial de Juzgamiento²⁴, pues los hechos ocurrieron antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 en el Departamento de Putumayo, por lo tanto, no se le aplica dicho aumento general de penas. En efecto en el Distrito Judicial de Pasto, al cual perteneció Putumayo hasta el 1° de febrero de 2011²⁵, el nuevo Código de Procedimiento Penal de conformidad con lo dispuesto por su artículo 530, empezó a regir el 1° de enero de 2007.

Realizadas estas precisiones, para que la conducta atribuida al Exgobernador PALACIOS PALACIO encuentre realización, resulta indispensable establecer probatoriamente que como servidor público por razón del ejercicio de sus funciones, tramitó el contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, y/o lo celebró o liquidó sin verificar su cumplimiento.

El delito exige el actuar de un sujeto activo cualificado, un servidor público que entre sus funciones tenga la de intervenir en el proceso de contratación y haya incumplido por lo menos uno de los requisitos sustanciales en su trámite, u omitido la verificación de la concurrencia de ellos en las fases de celebración o liquidación, quedando al margen de protección la etapa de ejecución²⁶.

²⁴ CSJ AEP-00042, 22 abr. 2021, Rad. 00339.

²⁵ Cuando empezó a regir el Distrito Judicial de Mocoa, creado con acuerdo n° PSAA10-7546 del 16 de diciembre de 2010, del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa.

²⁶ CSJ. SP, 17 sep. 2008, Rad. 20779.

Son tres las fases contractuales en las que se predica su realización: (i) la de tramitación, cuando se inobservan los requisitos legales sustanciales durante los pasos que se deben seguir desde el inicio del proceso contractual hasta la celebración; (ii) la de formalización, cuando no se verifican las ritualidades legales previstas para el perfeccionamiento y (iii) la de liquidación, si se incumplen los presupuestos relacionados con la actuación administrativa posterior a la terminación²⁷.

Se distingue así la conducta realizada por los servidores públicos encargados de adelantar el trámite precontractual, de la observada por el ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación, con base en la forma desconcentrada como es llevada a cabo la contratación pública en las entidades estatales. Las fases precontractuales y de ejecución cumplidas por el personal del nivel ejecutivo y las de celebración y liquidación por el ordenador del gasto, función última que desarrolla comprobando el cumplimiento de las formalidades legales de la etapa previa, por ser el funcionario autorizado por la Constitución y la ley para disponer, en este caso, de los recursos del ente territorial.

En el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la inobservancia de formalidades inherentes a la ejecución contractual, se reitera, no comporta reproche penal²⁸.

²⁷ CSJ SP, 23 ene. 2019, Rad. 52326.

²⁸ Esta tesis fue acogida en el radicado 14669, el 20 mayo de 2003, y, desde entonces, ha venido siendo reiterada, entre otras, CSJ SP, 23 nov. 2016, Rad. 46037; SP, 24 may. 2017, Rad. 49819; SP, 9 feb. 2005, Rad. 21.547; SP 16 feb. 2005, Rad. 15212; SP, 8 nov. 2007, Rad. 26450; SP 13 may. 2009, Rad. 30512; SP, 16 nov. 2009, Rad. 25650; AP 10 may. 2011, Rad. 34282 y; SP, 11 jul. 2012, Rad. 37691.

El fundamento constitucional de la responsabilidad penal se encuentra en los principios establecidos en el artículo 209 de la Carta Política²⁹. Esa es la razón para que en procura de determinar el contenido y alcance de los ingredientes del tipo, se realice una hermenéutica sistemática con los valores superiores, en consonancia con los principios que regulan la función pública y la contratación estatal previstos en el citado precepto constitucional y en el 23 de la Ley 80 de 1993.

Dado el reenvío normativo que hace el legislador respecto a los requisitos legales esenciales, es claro que estamos frente a un tipo penal en blanco. Para integrarlo, es preciso acudir a la disposición legal vigente en la que se establecen tales requerimientos³⁰.

La jurisprudencia administrativa ha clasificado en dos categorías diferenciadas dichas normas extrapenales en consideración al régimen jurídico aplicable, por la distinción que ha hecho entre los contratos estatales propiamente dichos, reglamentados íntegramente por la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias [artículos 1° y 32 Ib.], y los contratos especiales regulados por preceptos diferentes al mencionado estatuto, sujetos a un régimen legal propio.

Una de las tipologías contractuales pertenecientes al régimen de contratos *especiales* son los derivados del inciso 2° del artículo 355 de la Constitución Política, que establece que

²⁹ “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. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”

³⁰ CSJ SP, Rad. 52326 *ibidem*.

«el Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia».

Este régimen se estructura conforme a la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional con los Decretos 777 y 1403, ambos de 1992, y 2459 de 1993.

Sobre la naturaleza de los convenios de interés público, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante concepto n.º 1911 de septiembre 25 de 2008, sostuvo que: *[e]n efecto, dichos contratos, según lo dispuso el constituyente, se estructuran bajo la idea de que lo que se busca realmente es una suerte de alianza de fuerzas, públicas y privadas, para lograr un mismo propósito, donde en veces el sector público podrá aportar todo el dinero mientras la parte privada sin ánimo de lucro aportará la experiencia o el personal o las instalaciones o viceversa, según sea el caso.*

Así, no podría darse un contrato conmutativo, en el cual se advierta un intercambio o venta de bienes o servicios, sino un convenio para colaborar en el cumplimiento de sus misiones, lo que se permite al coincidir el objeto social del privado que actúe sin ánimo de lucro con la actividad que el Estado quiere impulsar.

El Decreto 777 de 1992, definió el ámbito de regulación de estos convenios, estableciendo en su artículo 1º que los mismos: *«se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el mismo decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983».* Pero, éste, ni sus decretos complementarios contemplan una cláusula general de remisión al Estatuto General de la Contratación de la

Administración Pública, situación que se explica a partir de la preponderancia en estos convenios especiales de la autonomía de la voluntad de las partes como pilar fundamental del régimen obligacional y contractual privado, de ahí que la aplicabilidad de la Ley 80 de 1993 en términos de *reglas* concernientes a *requisitos y formalidades*, sea excepcional y taxativa.

Lo anterior, sin perjuicio de la vigencia de los *principios rectores de la contratación estatal*, pues por ser éstos una manifestación concreta de los principios de la función administrativa [art. 209 de la Constitución], son connaturales a toda la contratación estatal.

Así lo viene considerando la Sala de Casación Penal, por ejemplo, en sentencia CSJ SP712-2017, de 25 ene. 2017, Rad. 48.250, al referirse a los convenios de interés público previstos en el inciso 2º del artículo 355 Superior sostuvo:

[...]. Las vicisitudes de los convenios de interés público, previstos en el art. 355 de la Constitución, se hallan reglamentadas por un régimen especial diverso al del Estatuto General de la Contratación Administrativa. Para los efectos del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en relación con convenios de interés público suscritos antes del 1º de junio de 2017 -fecha en que entra en vigencia una nueva reglamentación especial (Decreto 092 del 23 de enero de 2017)-, la aplicación de normas contenidas en la Ley 80 de 1993 está limitada a dos eventos específicos: i) en lo concerniente a los principios rectores de la contratación pública, los cuales, siendo manifestación concreta de los principios de la función administrativa (art. 209 de la Constitución), son transversales a toda la contratación estatal y ii) la integración del régimen especial de convenios de interés público con las normas del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública sólo procede por cláusulas de expresa remisión normativa, como por ejemplo, la prevista en el art. 1º inc. 1º del Decreto 777 de 1992, de acuerdo con el cual son aplicables las normas de la Ley 80 de 1993 -en reemplazo del Decreto 222 de 1983- concernientes a las cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común

En consecuencia, si bien en los regímenes contractuales especiales regulados por disposiciones normativas diferentes al Estatuto General de la Contratación Administrativa sus particulares normas son en principio las llamadas a definir los elementos del tipo, ello no significa, como lo pretende la defensa, que cuando se celebra un negocio jurídico con fundamento en ellas, puedan desconocerse los pilares fundamentales que informan toda la contratación estatal, pues como acertadamente lo ha indicado la jurisprudencia, *«el carácter especial de algunos regímenes contractuales o de determinadas modalidades de selección del contratista tiene que ver en estricto sentido, con las reglas que determinan su funcionamiento particular, no con los criterios básicos que han de orientar la actividad contractual del estado»* [CSJ SP513, 28 feb. 2018, rad. 50530].

De este modo, esta Corporación ha querido destacar que los principios rectores de la contratación estatal en tanto concreción de los constitucionales de la función administrativa [...] *irradian toda la materia de que tratan en la ley o código donde estén contenidos; y si son constitucionales, abarcan toda la legislación nacional. Por ello, sí es factible para efectos de tipicidad en el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, desentrañar cuáles son esos requisitos legales esenciales con apoyo en los principios de la administración pública consagrados en el artículo 209 de la Carta y en los principios de la Ley 80 de 1993.*

[...] *Los principios rectores son el alma de los bienes jurídicos que involucran y por ende son parte del tipo; su consideración como tales garantiza y delimita el principio de antijuridicidad material. Así, por ejemplo, la selección objetiva es un bien jurídico en sí mismo, y es un requisito esencial de los contratos de la administración pública, pues propende por la participación democrática en condiciones de lealtad e igualdad, por la moralidad y la transparencia de la función pública*³¹.

³¹ CSJ SP, 6 may. 2009, rad. 25.495, reiterada en SP, 22 jun. 2016, rad. 42.930.

Estos axiomas y normas superiores encuentran desarrollo también en el artículo 23 del Estatuto General de la Contratación Administrativa³² que en relación con los principios que orientan la actividad contractual dispone:

De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales: *Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.*

Los artículos 24, 25, 26 y 29 del mismo estatuto los desarrollan, cuyo contenido y alcance han sido definidos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, en la forma que se sintetiza a continuación³³:

El principio de economía tiene como finalidad asegurar la eficiencia de la administración en la actividad contractual, lo que significa lograr los máximos resultados utilizando el menor tiempo y cantidad de recursos que redunden en costos no onerosos para el presupuesto estatal, por lo que resulta obligatoria la elaboración de estudios, diseños, proyectos, así como el análisis de conveniencia del objeto a contratar.

Intrínsecamente ligado al principio de economía se encuentra el **principio de planeación** que debe estar presente en todas las etapas contractuales, en la selección de

³² Ley 80 de 1993

³³ CSJ, SP 20 May 2003, Rad. 18754; IO Ag 2005, Rad. 21546; 15 May 2008, Rad. 29206; 16 Mar 2009, Rad. 29089 y 09 Sep 2009, Rad. 21200, CSJ, AP2682, 27 jun 2018, Rad. 48509, entre otras.

contratistas, definición de partidas presupuestales, pliegos de condiciones, estudios de mercadeo, ejecución y liquidación; para que la decisión de contratar no sea fruto de la imprevisión, improvisación o discrecionalidad de las autoridades, sino que responda a las verdaderas necesidades de la comunidad, con la única finalidad de cumplir con los cometidos estatales. Este principio impone a los servidores públicos:

“...actuar con alto grado de eficacia y eficiencia para que se protejan los recursos públicos, fiscales, con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera que es cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas que generan situaciones contrarias a la Ley”. [C. de E, S 19 Jun 1998, Rad. 10439 y 03 Dic 2007, Rad. 24715].

Conforme al **principio de transparencia**, constituye obligación del servidor público actuar de manera clara, imparcial y pública, sin anteponer sus intereses personales a los de la entidad estatal, evitando omitir los procedimientos previstos para la selección objetiva y los demás requisitos de orden legal, y abstenerse de incurrir en abusos que conlleven a desviación de poder³⁴.

En cuanto tiene que ver con el principio de **selección objetiva**, cabe resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que este principio se define a partir de criterios tales como: el precio, el plazo, el cumplimiento en contratos anteriores, la calidad, la experiencia, etc., factores que considerados integralmente (ponderación) permiten determinar la propuesta más favorable para la entidad. A

³⁴ CSJ SP. 08 jul. 2015, Rad. 38464.

propósito de este principio la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que:

La selección objetiva, en concordancia con el art. 29 de la ley 80 de 1993, se define a partir de criterios que son fácilmente identificables y que la ley enuncia: el precio, el plazo, el cumplimiento en contratos anteriores, la calidad, la experiencia, etc., los cuales, considerados integralmente -la llamada ponderación- permiten determinar la propuesta más favorable. Dichos factores podrán concurrir todos o los que la administración discrecionalmente establezca, de acuerdo con las necesidades del servicio y el fin del contrato. En otras palabras, la selección objetiva comporta: i) la obligación de fijar previamente los criterios de selección (art. 24 ord. 5º), ii) el llamado público para que, en igualdad de oportunidades, se presenten las ofertas (principio de concurrencia (art. 30 num. 3), y iii) la transparencia (art. 24). La comparación de los ofrecimientos es una de las garantías de la selección objetiva, la cual se efectúa de acuerdo con los parámetros previamente determinados en el pliego de condiciones³⁵.

Por su parte, la Sala de Casación Penal ha sostenido que la selección de los contratistas debe ser objetiva, cualquiera que sea la modalidad de contratación, teniendo como tal el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva³⁶.

El principio de **responsabilidad** exige al funcionario buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y proteger los derechos de la entidad, del contratista y de terceros que puedan resultar afectados con su ejecución. La razón de ser de este principio radica en que los servidores públicos responden por el comportamiento antijurídico asumido en el ejercicio de sus funciones, al punto de indemnizar los daños que de él se deriven.

³⁵ C. de E, SIII Exp, 15235 de 24 de junio de 2004.

³⁶ CSJ SP2160, 13 jun. 2018, rad. 45228.

Como se dijo precedentemente por expresa disposición legal la conducta punible se limita a las etapas de tramitación, celebración o liquidación, sin que pueda entenderse que todo lo que tenga que ver con la contratación administrativa pertenece al trámite del contrato.

La tramitación, se reitera, en sentido estricto, corresponde a la fase precontractual, comprensiva de los pasos que la administración debe seguir desde el inicio del proceso hasta la celebración del contrato. Celebrarlo implica formalizar el convenio para darle nacimiento a la vida jurídica a través de las ritualidades legales esenciales. La liquidación es 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 surgidas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto derivado de su ejecución³⁷.

Esta comprensión del limitado ámbito de aplicación de la conducta punible descrita en el art. 410 citado, según las aludidas fases de la contratación y descartando su ampliación a otras etapas contractuales, es corolario de la vigencia del principio de legalidad en su componente de estricta tipicidad (art. 10 inc. 1º *idem*).

Al respecto:

Ninguna explicación razonable tendría que el legislador, al tipificar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, hubiese empleado los términos “tramitar”, “celebrar” y “liquidar” para definir las fases en cuyo ámbito se estructura la conducta punible, indicando así que el primero de ellos no se refiere a todo el proceso contractual sino solamente a una parte de él, no otro que el correspondiente a la etapa precontractual,

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub. B, sent. 29 feb. 2012, Exp. 19371.

porque de ahí en adelante solamente decidió tipificar el ciclo propiamente contractual y el atinente a la liquidación.

Dígase, adicionalmente, que si bien el principio de legalidad que gobierna la contratación impone predicar la configuración del mencionado ilícito cuando se desconocen los axiomas tutelares de esa clase de actuaciones estatales, como planeación, economía, responsabilidad, transparencia y selección objetiva, lo cierto es que el mismo principio de legalidad únicamente tolera la imposición de sanciones penales cuando el comportamiento del agente se enmarca estrictamente en una descripción típica previamente establecida por la ley. Si tal situación no acontece, la conducta devendrá atípica por la no realización de todos sus elementos descriptivos³⁸.

En este mismo sentido esta Corporación en relación con el principio de legalidad a efectos de verificar los presupuestos de tipicidad de la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, aclaró que el juicio de reproche no recae en cualquier irregularidad acaecida en el trámite del proceso contractual, sino en aquellas de naturaleza sustancial o esencial de los contratos, incluso, la etapa de la ejecución queda al margen de dicho juicio³⁹, todo como expresión del carácter fragmentario del derecho penal o como instrumento de *ultima ratio*⁴⁰.

Así se expresó la Sala de Casación Penal sobre este particular:

4.4.2. Ahora, según se puso de presente en el num. 4.1.2. supra, la Fiscalía igualmente fundó la acusación por el delito de contrato sin requisitos legales, en otros enunciados fácticos, respecto de los cuales los juzgadores dejaron de aplicar un completo juicio de adecuación típica, razón por la cual la Corte se pronunciará en relación con ellos, solo para evidenciar que de todas maneras con base en ellos no se podía sostenerse (sic) una condena contra el aquí procesado.

³⁸ CSJ SP. Rad. 37691 de 11 julio de 2012.

³⁹ CSJ SP1038-2020, 3 jun. 2020, Rad. 52.768; CSJ SP, 20 may. 2003, rad. 14699; CSJ SP, 18 dic. 2006, rad. 19392; CSJ SP513-2018, rad. 50530.

⁴⁰ Corte Constitucional sentencia C-365 de 2012, sobre el derecho penal como instrumento de *ultima ratio* o de mínima intervención.

La conducta típica del delito en mención, lo ha clarificado la Corte, no recae en cualquier irregularidad en el proceso contractual. De un lado, las hipótesis de punibilidad sólo se contraen a la tramitación, celebración y liquidación del contrato, dejando por fuera de reproche penal -por la vía del art. 410 C.P.- las anomalías presentadas en la fase de ejecución; de otro, no todo defecto conduce a realizar la descripción típica, pues la inobservancia de requisitos legales ha de serlo en relación con aquellos que se reputan esenciales (cfr. CSJ SP513-2018, rad. 50.530 y SP17159-2016, rad. 46.037). Además, en respeto del principio de legalidad, la atribución de responsabilidad no puede efectuarse a través de una genérica y abierta enunciación de principios de la contratación infringidos, sino que, con referencia a éstos, ha de identificarse el concreto precepto normativo y el mandato de conducta quebrantado por el servidor al tramitar, celebrar o liquidar el contrato, sin que sea dable aplicar una ponderación ex post y expansiva de tales principios, a fin de crear presupuestos no exigibles al funcionario a la hora de contratar (CSJ SP3963-2017, rad. 40.216).

Desde esa perspectiva, son absolutamente atípicas, de cara a los ingredientes normativos del art. 410 del C.P., las proposiciones fácticas cifradas en que: i) la factura expedida por la contratista incumple requisitos previstos en normas tributarias y ii) no se halló la licencia de importación del computador, pues tales aspectos no pertenecen a requisitos de la esencia del contrato estatal concernido.

Del todo carentes de correspondencia con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, igualmente, se ofrecen los siguientes enunciados: i) no se verificó que la contratista estuviera inscrita en el registro único de proponentes; ii) aquélla no prestó garantía de cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato y iii) el acusado no obtuvo, por lo menos, dos ofertas de proponentes, como lo exige el art. 3° inc. 2° del Decreto 855 de 1994⁴¹.

En suma, la adecuación típica del artículo 410 del Código Penal se estructura respecto de la inobservancia de los requisitos legales esenciales del contrato estatal, la omisión de otra clase de requisitos no realiza el tipo objetivo.

3.2.- Correspondencia de la conducta al tipo objetivo endilgado.

⁴¹ CSJ. SP. Rad. 52768 de 3 de junio de 2020.

3.2.1.- Al proceso se allegó la documentación que acredita que CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO fue elegido Gobernador del Departamento de Putumayo, tomó posesión del cargo el 1º de enero de 2004, periodo que se extendió hasta el 4 de diciembre de 2006⁴², cuando fue destituido mediante Decreto 4379 de la misma fecha a causa de una sanción de tipo disciplinaria; tiempo durante el cual le correspondía celebrar contratos de conformidad con lo establecido por el artículo 11, ordinal 3, literal b, de la Ley 80 de 1993.

3.2.2.- Según se ha dejado visto, la Fiscalía acusó a PALACIOS PALACIO por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, toda vez que en el convenio de asociación celebrado con el representante legal de la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social [FEDES], el 28 de julio de 2005, se cometieron irregularidades en las etapas de tramitación y de celebración, en concreto:

(i) *«suscribió en forma atípica dicho convenio»* debido a que, para esa fecha, le había sido concedida una comisión de servicios para desplazarse fuera del departamento; (ii) desconoció lo dispuesto en la Ley 3ª de 1991 sobre construcción de viviendas de interés social que lo obligaba a verificar si la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social, [FEDES], *«hacía parte del grupo de entidades que integraban el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, para fomentar, diseñar o ejecutar planes y programas para la solución de vivienda de este tipo»*; (iii) no verificó la idoneidad y experiencia de la fundación FEDES para ejecutar los proyectos; y, (iv) durante el trámite y posterior celebración del convenio nunca corroboró cuáles eran las

⁴² FI. 33 Cno. Original 2 Fiscalía.

supuestas instituciones de los Estados Unidos que realizarían las donaciones, la cuantía, y los términos de entrega de los recursos, así como los aportes del denominado *Centro Americano de Filantropía*.

Lo anterior da lugar a sostener que para la fecha del trámite y suscripción del convenio, como CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO fungía como Gobernador del Departamento de Putumayo, ostentaba la condición de ordenador del gasto público, por lo tanto, le competía al tramitar y al celebrar el negocio jurídico, verificar que se cumplieran los requisitos legales esenciales acorde con los principios de planeación, economía, responsabilidad, transparencia y selección objetiva que rigen la contratación en el sector público, así como los de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad, pues de no obrar de dicha manera, lo podría hacer responsable penalmente por realizar el tipo penal que define el artículo 410 de la ley 599 de 2000.

3.2.2.1.- En orden a la definición del asunto, considera la Sala preciso advertir que el objetivo del presente análisis es determinar, con base en las pruebas legalmente recaudadas durante las fases de instrucción y juzgamiento, si durante su desempeño como Gobernador del Departamento de Putumayo, CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO al tramitar y celebrar el convenio referido omitió su deber legal y transgredió los principios citados, especialmente el de responsabilidad, y afectó el bien jurídico administración pública, o si por el contrario, permiten afirmar que no hubo tal infracción como lo

sostiene la defensa, o si se presentan dudas que por lo insalvables deberán resolverse a favor del acusado.

3.2.2.1.1.- En cuanto a los deberes de PALACIOS PALACIO para con el convenio, se tiene que con la expedición de la Constitución Política de 1991 y concretamente con lo establecido en su artículo 51, la solución de vivienda de interés social se considera parte de las políticas públicas que integran los Planes Nacionales de Desarrollo, por cuanto: *«Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda».*

En el año 1991 con la expedición de la Ley 3ª, el legislador creó el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, el cual, según el artículo 1º, estaría integrado por las entidades públicas y privadas que cumplieran funciones conducentes a la financiación, construcción, mejoramiento, reubicación, habilitación y legalización de títulos de viviendas de esta naturaleza y, de conformidad con el 4º las administraciones municipales y distritales, entre otras, estarían a cargo de la coordinación en sus territorios a través de entidades especializadas encargadas de adelantar las políticas y planes de vivienda social, o a través de los fondos de vivienda de interés social y reforma urbana.

Y, el artículo 19 de la citada norma, determinó como objeto de los fondos de vivienda de interés social y reforma urbana, desarrollar políticas de esta índole en las áreas urbanas y rurales, lo cual debía realizar de forma directa o en

asocio con entidades autorizadas, como las empresas privadas cuyo objeto se encaminara al desarrollo de esas actividades, programas de construcción, adquisición, mejoramiento, reubicación, rehabilitación y legalización de títulos de soluciones de vivienda de interés social.

Posteriormente, la Ley 388 de 1997, con la cual se modificaron las Leyes 9ª de 1989 y 3ª de 1991, en su artículo 36 estipuló que las actuaciones urbanísticas dentro de las cuales se encontraba la edificación de inmuebles, podrían ser adelantadas *«por propietarios individuales en forma aislada[,]* *por grupos de propietarios asociados voluntariamente o de manera obligatoria, a través de unidades de actuación urbanística, directamente por entidades públicas o mediante formas mixtas de asociación entre el sector público y el sector privado»*. Y, en el último inciso de ese mismo precepto, determinó que: *«las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas podrán participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, mediante la celebración, entre otros, de contratos de fiducia con sujeción a las reglas generales y del derecho comercial, sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993»*.

Entre las modalidades a las que podrían acudir las entidades estatales territoriales para desarrollar estos proyectos, están las distintas clases de asociación con personas de derecho privado sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad consagradas en el artículo 355 Superior y reglamentadas por el Decreto 777 de 1992, los cuales se encuentran exceptuadas de la aplicación de la Ley 80 de 1993.

Según el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, norma invocada en el negocio jurídico que ocupa la atención de la

Sala, las entidades públicas con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, pueden asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de **convenios de asociación** o la creación de personas jurídicas para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la Ley. Los primeros, con observancia de lo dispuesto en el citado artículo Superior, determinando el objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes. Los segundos, se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

Ahora, como el negocio jurídico que se cuestiona a PALACIOS PALACIO corresponde a los de asociación, resulta necesario traer a colación que la Corte Constitucional en sentencia CC C-671 de septiembre de 1999 declaró la exequilibridad del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y, sobre el asunto, adujo:

[...], si el legislador autoriza la asociación de entidades estatales con personas jurídicas particulares con las finalidades ya mencionadas, estableció, en defensa de la transparencia del manejo de los dineros públicos, que los convenios de asociación a que se hace referencia serán celebrados ‘de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política’, lo que significa que no podrá, en ningún caso pretextarse la celebración de los mismos para otorgar o decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de una parte; y, de otra, el acatamiento a la disposición constitucional mencionada, impone la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, pero ‘con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo’, tal cual lo ordena el citado artículo 355 de la Carta Política.

En el mismo sentido, la Subsección C de la Sección

Tercera del Consejo de Estado, el 3 de diciembre de 2014, dentro del expediente radicado bajo el n.º 51.832, sobre el concepto y los elementos que conforman el convenio de asociación, señaló lo siguiente:

La Sala se atreve a definir los convenios de asociación como aquellos acuerdos de voluntades reglamentados por el Gobierno en ejercicio de la facultad que le dio el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, suscritos entre una entidad pública con una persona jurídica particular que carezca de ánimo de lucro, con la idoneidad reconocida, los cuales tendrán como elemento teleológico el impulso de programas y labores que sean del interés de la colectividad, y que estén en consonancia con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo.

La doctrina ha extraído sus condiciones al afirmar:

- *Su competencia regulatoria está asignada por la Carta Política al Gobierno Nacional, excluyendo al legislador.*
- *Se considera como entidad pública, aparte de las indicadas en la Constitución y la Ley, a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta cobijadas al régimen de las anteriores.*
- *El contratista debe ser una entidad privada sin ánimo de lucro y que tenga experiencia con resultados idóneos que soporten la capacidad técnica y administrativa para desarrollar el objeto contractual.*
- *Su finalidad exclusiva es la realización de labores de carácter social, y por tanto, no está permitida la posibilidad de otorgar contraprestaciones a favor de la entidad contratante ni de un tercero, sino que los beneficios derivados del convenio deben ir dirigidos a la población.*
- *Es necesario que consten por escrito.*
- *La naturaleza del convenio es de derecho privado, salvo las excepciones del Decreto 777 de 1992, como la posibilidad de acordar cláusulas excepcionales propias de la contratación estatal.*
- *El organismo público contratante tiene la potestad de terminar de manera unilateral el contrato y exigir el pago de los daños irrogados, siempre que se incumpla las obligaciones desprendidas del negocio jurídico bilateral.*

Así entonces, los requisitos esenciales del acuerdo de voluntades suscrito por el procesado como Gobernador del

Departamento de Putumayo y Diego Fernando Fernández Valencia, representante legal de la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social [FEDES], son los siguientes:

- Frente a la finalidad del negocio contractual: *(i)* impulsar programas y actividades de interés público y, *(ii)* los mismos deben estar acordes con el Plan Nacional de Desarrollo y/o los seccionales.

- Para la persona jurídica particular: *(i)* que carezca de ánimo de lucro y, *(ii)* cuente con idoneidad reconocida.

- Lo anterior, sin perjuicio de los principios rectores de la contratación estatal, como ampliamente quedó definido.

En ese orden, no es admisible la pretensión del defensor, respecto a que los entes estatales de todo orden están facultados para suscribir contratos con entidades privadas a fin de fomentar programas o actividades de interés general, y sólo deben exigir que sea sin ánimo de lucro y que su objeto social coincida con la actividad pretendida.

Definido el núcleo jurídico que debía observar el acusado, la Sala tras valorar en conjunto el caudal probatorio, concluye en el grado de certeza, que converge la tipicidad de la conducta en el delito estudiado. Previo a abordar su estudio, es imperativo hacer las siguientes precisiones:

En primer término, la crítica hecha al procesado por la Fiscalía de haber suscrito el convenio cuando se encontraba en comisión de servicios por fuera del Departamento no

constituye un requisito esencial en el trámite, primero, porque no está dentro de las exigencias legales descritas y, segundo, por cuanto ello por sí solo es irrelevante para estructurar la conducta punible, pues lo importante es que el negocio jurídico hubiese sido suscrito por él, como efectivamente ocurrió, indistintamente el 28 de julio de 2005, como aparece en el documento, o el 17 de agosto de 2005, como lo predica la defensa en sus alegatos de conclusión, cuando se produjo el «*diligenciamiento de reconocimiento*» en la Notaría Única del Círculo de Mocoa, según se aprecia en el sello visible al final del escrito, esto es, en el folio de las rúbricas.

No es posible aceptar, como lo pretende el aforado, que el escrito firmado constituye un preacuerdo pues el mismo texto del convenio, su estructura y contenido demuestra lo contrario:

En él se aprecia que PALACIOS PALACIO en su condición de Gobernador del Departamento de Putumayo y Diego Fernando Fernández Valencia, representante legal de la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social [FEDES], suscribieron un acuerdo de voluntades con el objeto de «*AUNAR ESFUERZOS PARA SOLUCIONAR EL PROBLEMA DE VIVIENDA DIGNA DE INTER[É]S SOCIAL A FAMILIAS DEL PUTUMAYO*».

Ahora, en el acápite de las «*CONSIDERACIONES Y ANTECEDENTES PREVIOS*», se consignó, entre otros, como obligación del Departamento de Putumayo, según su Plan de Desarrollo Económico y Social, implementar políticas sociales dirigidas a la población pobre, vulnerable y de escasos recursos económicos, con el propósito de construir riqueza social y bienestar en la comunidad.

Además reza que FEDES al asociarse con otras fundaciones para la cooperación de carácter no gubernamental actúa como corporación, desarrollando sus actividades con autonomía e independencia pero en coordinación con otras entidades para sumar esfuerzos y mejorar la atención a la población vulnerable y desarraigada como política social primordial; y reconoce haber recibido del aporte internacional [Centro Americano de Filantropía y el manejo de las donaciones procedentes de los Estados Unidos], recursos para cofinanciar soluciones de viviendas proyectadas a construir en el Departamento de Putumayo.

Y, declara la existencia de un acuerdo previo de cooperación entre las partes, para posibilitar 2400 intervenciones de construcción de vivienda digna de interés social nueva a familias desplazadas, vulnerables o de escasos recursos, sin vivienda y con capacidad de adquirir el compromiso de cofinanciación.

Dentro de las cláusulas que desarrollan el convenio, en la primera definió como su objeto posibilitar la construcción de las 2400 viviendas acordadas y, en la segunda, tercera y cuarta, los compromisos del departamento, los beneficiarios y FEDES, respectivamente:

Las obligaciones de la Gobernación del Departamento de Putumayo son: «**1)** *Gestionar con los Municipios focalizados, invitándolos a expedir las licencias de urbanismo, construcción y Diseños urbanos según el P.O.T., a las que haya lugar de acuerdo con los procesos y procedimientos legalmente establecidos, en los tiempos y términos previstos para tal fin.* **2)** *Formar parte del Comité Operativo que se*

establezca en torno al proceso, de manera que pueda ser participe en la toma de decisiones. **3)** Participar en la selección de las familias beneficiarias según criterios establecidos previamente por el Comité Operativo. **4)** De acuerdo a la capacidad operativa y disponibilidad de recursos, contribuir con los municipios en la urbanización de lotes para que estos sean ofrecidos a las familias seleccionadas como beneficiarias del programa, sin que esto sea una obligación contractual para el Departamento, sino como una contribución al desarrollo social de los municipios y su población vulnerable, para lo cual existirán los procedimientos y actos administrativos correspondientes, de acuerdo a la normatividad. **5)** Facilitar el recaudo de los recursos que el beneficiario debe aportar como valores no reembolsables y con los cuales se pretende costear el valor del formulario, el estudio de viabilidad socioeconómico, de viabilidad de la construcción en el lote que el beneficiario presente, el pago de pólizas de seguros que garantizan a los beneficiarios y autoridades locales, la ejecución del proyecto y el buen manejo de los recursos aportados por los beneficiarios a manera de cuota inicial. **6)** El Departamento no es responsable sobre ningún tipo de desembolso o recaudo, para lo cual su participación solo se limitará a participar en el comité operativo como organismo fiscalizador que audita el proyecto desde el [p]unto de vista meramente social, como un acompañamiento a su comunidad, buscando las garantías para las partes en condiciones de equidad y oportunidad.»

Del beneficiario: **«1)** El Asociado se compromete a adquirir un seguro de vida que garantice la obligación en caso de que éste fallezca, el cual deberá gestionarse ante una compañía de seguros legalmente constituida. **2)** El Asociado deberá suscribir un pagaré que aval e [sic] la respectiva cancelación del cupo - crédito que adquiere para dicha vivienda. **3)** El beneficiario se compromete a tramitar ante las autoridades municipales y las empresas de servicios públicos, las Licencias de construcción y los documentos de disponibilidad de servicios públicos. **4)** Cada beneficiario será responsable de la cancelación oportuna de la cuota inicial y las ciento ochenta mensualidades».

Y, de FEDES: «1) Ofrecer una vivienda digna, de interés social, nueva, de acuerdo a especificaciones, diseños y presupuestos establecidos, [...]. **2) FEDES** se compromete a garantizar los recursos para la ejecución del proyecto gestionados ante organismos nacionales e internacionales, [...]. **3)** Apoyar con personal técnico la realización de diferentes actividades a efectuar con las familias beneficiarias, encaminadas a un desarrollo integral de la comunidad, generando la solidaridad, la fraternidad, el sentido de la identidad y pertenencia. **4)** Seguimiento durante todo el proceso de construcción, hasta su terminación y entrega a los beneficiarios. **5)** Formar parte del Comité Operativo que se establezca en torno al proceso, de manera que pueda ser participe en la toma de decisiones. **6)** Velar porque **FUNDACION PATIA 2.000**, en su actuación administradora y constructora que **FEDES** en su discrecionalidad contrata para la construcción de las viviendas en PUTUMAYO, cumpla sus compromisos con eficiencia, oportunidad y calidad en los materiales utilizados, correspondiendo al presupuesto de obra y diseños acordados con los beneficiarios. **7)** Velar porque la Interventoría a cargo de la firma **INVERSIONES MACA VI S.A.**, garantice la correcta construcción de las Viviendas.- **8)** Entregar al **DEPARTAMENTO, LOS MUNICIPIOS, ASOCIACIONES DE VIVIENDA Y BENEFICIARIOS**, la capacidad de escoger el tipo de casa, de los tres modelos aprobados para el **DEPARTAMENTO DEL PUTUMAYO**. [...].

La cláusula quinta, regula el Comité Operativo que se integraría por dos delegados del departamento, dos de «FEDES – FUNDACIÓN PATÍA 2000» y uno de «INVERSIONES MACAVI» que, estaría encargado de velar por la correcta inversión de los recursos del proyecto, impulsar su ejecución y fijar sus propios procedimientos de operación.

En la sexta y séptima, respectivamente, se determina la duración y el valor del convenio. El tiempo es de un año a partir de la suscripción, destacándose que durante los tres meses iniciales, FEDES realizaría la gestión de desembolso del

recurso financiero y el departamento la socialización del proyecto. En los tres siguientes se legalizaría la cofinanciación a cada una de las familias seleccionadas y ocho meses desde el inicio de la construcción de los inmuebles, para la entrega definitiva a cada uno de los usuarios del programa.

El valor fue determinado en \$65.280.000.000, el cual cubriría la financiación de las 2400 viviendas. Cada inmueble tendría un costo de \$27.200.000, sin contar el del terreno el cual sería aportado por el beneficiario, de los cuales \$10.000.000 serían entregados por FEDES y los \$17.200.000 restantes, correspondería a un crédito que adquiriría el usuario.

Las cláusulas octava, prevé la «EXCLUSIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES»; la novena la «SUSPENSIÓN DEL CONVENIO»; la décima la «PROHIBICIÓN DE CESIÓN»; la decimoprimera la «VIGILANCIA Y CONTROL» a cargo de la Secretaría de Infraestructura; la decimosegunda la «TERMINACIÓN DEL CONVENIO»; la decimotercera la «INTERVENTORÍA» por quien designara el Comité Operativo y la firma contratada por FEDES; y la decimocuarta las «GARANTÍAS», FEDES debía constituir una póliza única para asegurar el cumplimiento del convenio y demás obligaciones del mismo.

En las cláusulas siguientes se regularon los informes, las multas y la pena por incumplimiento y, en la decimoctava respecto al perfeccionamiento se estipuló que se efectuaría con la suscripción del escrito, *«el aporte de los documentos anexos ofrecidos, los documentos del representante legal, Registro de Cámara de Comercio de **FEDES**, la aprobación de las pólizas correspondientes y el*

*certificado de publicación en las carteleras de la **GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO**.*

Todo lo anterior, permite concluir que el documento firmado por CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO corresponde a un negocio jurídico y no a un preacuerdo, pues como allí mismo se estipuló, fue producto de un consenso previo de cooperación entre las partes, y su estructura contiene lo necesario para el cabal desarrollo del objeto convenido. Así, en el mismo se determinó con precisión su objeto, el término, las obligaciones de las partes, los aportes, la coordinación, entre otros aspectos que se consideraron pertinentes, ello en cumplimiento de lo dispuesto por el inciso segundo del citado artículo 96 de la Ley 489 de 1998, norma que regula los convenios de asociación.

Además, si fuese un preacuerdo, el procesado no hubiera acudido ante la Notaría Única del Círculo de Mocoa, para el «*diligenciamiento de reconocimiento*».

Adicionalmente, la transcripción de las actas de los Consejos de Gobierno en las que se trató el asunto realizada por Diana Teresita Vallejo Riascos⁴³, Exsecretaria Privada del procesado en la Gobernación de Putumayo, y los testimonios de los miembros del gabinete del procesado recibidos en la etapa de juzgamiento, sobre los cuales profundizará la Sala más adelante, dan fe de la firma y existencia del convenio de asociación. En los Consejos el tema central fue establecer cómo se podría subsanar algunas anomalías o carencias

⁴³ Folios 95 y s.s. Cuaderno Anexo Original 3 Fiscalía.

advertidas por la entonces Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento.

Tampoco se puede admitir su inexistencia por falta de perfeccionamiento, como lo pretende la defensa, debido a la ausencia de la garantía establecida en la cláusula decimocuarta, pues ésta se constituyó como requisito de ejecución, mas no, de existencia. En ésta claramente se aprecia que FEDES para asegurar el cumplimiento del convenio y demás obligaciones debía constituir a su costo [sic] y a favor del departamento una póliza única, la cual debía presentar dentro de los cinco días siguientes a la suscripción del acta de inicio de actividades y el término de vigencia también debía contarse a partir de la firma de dicha acta, hasta cuatro meses más del tiempo estipulado en el convenio.

Así lo entendió Lessdy Dennise López Espinosa, Exjefe de la Oficina Jurídica del Departamento en las observaciones que realizó a PALACIOS PALACIO, frente al convenio⁴⁴, al referir que carecía de *«soportes estrictamente necesarios para el cabal cumplimiento y desarrollo»*, y concretamente sobre la garantía *«[l]a presentación de la garantía establecida en la cláusula DECIMA CUARTA, la cual se debe constituir como requisito de ejecución, es decir los compromisos no podrán empezar a desarrollarse hasta tanto el Departamento haya conocido y aprobado la respectiva garantía que ampara el buen manejo de los recursos de los beneficiarios, [...]»*, de esta manera fue llevado también a los consejos de gobiernos donde se abordó el tema, y se le requirió su cumplimiento a la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social.

⁴⁴ Folios 210 y s.s. *Ibidem*.

Por estos motivos no se puede sostener que la ausencia de la garantía citada conlleve a que el negocio jurídico no haya nacido a la vida jurídica, pues sí tuvo realización hasta el punto que se empezaron a adelantar actuaciones tendientes a la ejecución del objeto como más adelante se verá.

De otro lado, tampoco constituye un requisito esencial del trámite que FEDES para poder suscribir el convenio debía integrar el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social; pues contrario a lo sostenido por la Fiscalía, en ningún aparte del articulado que lo creó se previó esa obligación para empresas o personas jurídicas que pretendan desarrollar proyectos de esa naturaleza, así su vinculación hubiera resultado de gran importancia para corroborar la idoneidad de la misma, por cuanto éste es un mecanismo de coordinación, planeación, ejecución, seguimiento y evaluación, a fin de lograr mayor racionalidad y eficiencia en la asignación y el uso de los recursos y en el desarrollo de tales políticas, pero no como requisito para desarrollar este tipo de proyectos.

En estos términos, no le era exigible al procesado verificar si la entidad privada hacía parte del mencionado sistema, por lo tanto, no hay lugar a hacer juicio de reproche sobre el particular.

Volviendo a los requisitos esenciales de entrada y sin necesidad de ahondar en este aspecto por su objeto, esto es, «AUNAR ESFUERZOS PARA SOLUCIONAR EL PROBLEMA DE VIVIENDA DIGNA DE INTERÉS SOCIAL A FAMILIAS DEL DEPARTAMENTO DEL PUTUMAYO», concretamente para la construcción de 2.400 casas, el convenio cumplió con la finalidad de impulsar programas y actividades de interés público. El mismo

procesado de manera enfática y reiterada desde su versión libre⁴⁵ sostuvo que la convención se produjo en razón a que en el plan de desarrollo fueron identificadas más de 11.000 familias de escasos recursos sin vivienda.

El documento contentivo del negocio jurídico también permite concluir que se suscribió en cumplimiento del artículo 51 Constitucional y conforme al Plan de Desarrollo Económico y Social del Departamento de Putumayo, al haberse consignado en el acápite de las «CONSIDERACIONES Y ANTECEDENTES PREVIOS» que «el **DEPARTAMENTO DEL PUTUMAYO** en su Plan de Desarrollo Económico y Social, debe implementar políticas sociales dirigidas a la población pobre, vulnerable y de escasos recursos económicos, con el propósito de construir riqueza social y bienestar en la comunidad. Para ello debe procurar recursos destinados a la cofinanciación, construcción de viviendas para la población vulnerable y de escasos recursos económicos, en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 51 de nuestra Carta Política».

Tampoco existe duda que la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social, FEDES, es una entidad privada sin ánimo de lucro, pues en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de la ciudad de Cali, claramente se observa que así fue constituida e inscrita el 9 de julio de 2001 en la capital del Valle del Cauca.

Sin embargo, si bien lo anterior daría lugar a pensar en el cumplimiento de la condición respecto de la cual la suscripción del convenio se encontraba justificada con fundamento en lo dispuesto por el citado artículo 355 de la Constitución Política, lo cierto es que con las pruebas

⁴⁵ Folio 112 Cuaderno original 2 Fiscalía

practicadas en el curso del proceso se logró acreditar, como obra en la resolución de acusación, que FEDES carecía de la reconocida idoneidad exigida como requisito esencial.

La reconocida idoneidad fue definida por el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1403 de 1992, norma que subrogó el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 777 del mismo año, como: *«la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado»*.

El paginario y concretamente la prueba documental solo trae como elemento para constatar tal exigencia, el citado certificado de existencia y representación legal expedido por el Secretario de la Cámara de Comercio de Cali, pero en el mismo solo se observa su objeto social relacionado con el «[...] FOMENTO DESARROLLO INTEGRAL DE LA SOCIEDAD A TRAVÉS DEL PROCESO DE INVESTIGACIÓN, CAPACITACIÓN Y ACTUALIZACIÓN EN LOS [SIC] DIFERENTES [Á]REAS DE CONOCIMIENTO HUMANO, CAMPOS DEL ORDEN SOCIAL Y ECONÓMICO MEDIANTE LA OPTIMIZACI[Ó]N Y CONCENTRACI[Ó]N DE LOS FACTORES HUMANOS, F[ÍS]ICOS, ECON[Ó]MICOS Y CIENT[Í]FICOS CON [É]NFASIS EN EL MEDIO AMBIENTE».

Y, además que en desarrollo de éste, entre otras actividades podía «REALIZAR ACTIVIDADES Y DESARROLLAR PROGRAMAS Y PROYECTOS QUE CONLLEVEN A LA EJECUCI[Ó]N PRIORITARIA PARA LA COMUNIDAD DE OBRAS TALES COMO: [...], CONSTRUCCIÓN Y MEJORAMIENTO DE VIVIENDA. [...]. PROPICIAR ACTIVIDADES CONJUNTAS TENDIENTES A COORDINAR PROGRAMAS EN CAMPOS TALES COMO VIVIENDA, [...] PARA EL BIENESTAR PERSONAL Y

FAMILIAR TANTO DE SUS MIEMBROS ASOCIADOS, COMO DE LA COMUNIDAD EN GENERAL. [...]».

Esto permite determinar que la Fundación se encontraba facultada para adelantar proyectos en los cuales se involucrara la construcción de viviendas e incluso aquellos para soluciones de interés social, pero ello no era suficiente para acreditar la idoneidad requerida en la suscripción del negocio jurídico. Tal exigencia iba más allá de la simple posibilidad legal para hacerlo pues adicionalmente debía complementarlo con experiencia específica en el desarrollo del objeto convenido, con resultados satisfactorios que acreditaran su capacidad técnica y administrativa.

Y, es que no se podría exigir menos a la entidad sin ánimo de lucro cuando por su naturaleza lo que se pretendía con el negocio jurídico –convenio de interés público- era conformar una alianza de fuerzas para lograr un mismo propósito, en donde la experiencia de la persona jurídica privada juega un papel trascendental para el desarrollo del objeto convenido, al suplir entre otros aspectos las carencias de la administración.

Pero lo que lleva a establecer con mayor intensidad la ausencia de idoneidad de FEDES es el hecho que su mismo representante legal de manera desprevenida y reiterada, lo aceptó. Veamos:

El señor Diego Fernando Fernández Valencia cuando fue interrogado sobre la experiencia de la fundación en la construcción de viviendas y en la dirección de proyectos para el año 2005, respondió:

«[D]e la fundación, como tal de la fundación, no, del arquitecto Diego Fernández, fue lo que lo montó, por eso me puse yo de representante legal, porque antes era Ebert, entonces él era administrador, y yo le dije: ¡vamos a hacer un plan de vivienda!, entonces tengo que ser yo el representante legal, y empezamos a trabajar en eso⁴⁶. [...] De 1990 a 2005, pues esa es mi experiencia⁴⁷».

Cuando se le indagó sobre la experiencia en el manejo y administración de recursos públicos, manifestó que él solo había tenido dos o tres convenios «pequeños» con la alcaldía de Cali, por cuanto siempre se había dirigido al sector privado.

Ahora, como lo que se atribuyó al acusado fue la inobservancia del requisito esencial de reconocida idoneidad de la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social, FEDES, se debe decir sin lugar a dudas que ella está probada:

Ciertamente, se estableció que (i) CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, de manera directa, sin delegar a otro servidor de la Gobernación, adelantó todo el trámite convencional, (ii) sin verificar la trayectoria de la entidad contratante, a pesar de la observación que sobre el particular le hicieron los miembros de su gabinete.

Lo primero, se infiere de la manifestación hecha por la entonces Jefe de la Oficina Jurídica Lessdy Dennise López Espinosa⁴⁸, en relación a que en la etapa previa no se documentó en ninguna de las Secretarías Departamentales por haber sido celebrado de manera externa por el Exgobernador y, por lo expresado por María Carlina Uribe García⁴⁹,

⁴⁶ Minuto 50:31 CD obrante a folio 324 del Cuaderno Original 2 de la Corte.

⁴⁷ Minuto 51:33

⁴⁸ Folios 257 y ss. del Cuaderno Original n.º 3 de la Fiscalía General de la Nación y Folio 327 Cuaderno Original n.º 2 de la Corte.

⁴⁹ Folio 368 *Ibidem*.

Exsecretaria de Infraestructura; Nora Elena Montealegre Mera⁵⁰, Exsecretaria de Hacienda; Miguel Ángel Rubio Bravo⁵¹, Exsecretario de Gobierno; Nebar Fabián Salas Enríquez⁵², Exsecretario de Planeación, y Rosa Margarita Revelo⁵³, Exsecretaria de Gobierno y Exjefe de la Oficina de Control interno, en el sentido de mostrarse ajenos a intervenir en su trámite. Todos a excepción de la última, indicaron haber conocido el convenio cuando fue ventilado en algunos consejos de gobierno con posterioridad a la firma.

Lo segundo, porque tomando como fecha de la firma del convenio, el 17 de agosto de 2005, con arreglo a lo indicado por la defensa en sus alegaciones finales, se corrobora lo dicho por PALACIOS PALACIO en cuanto a haber puesto en consideración de su equipo de gobierno la propuesta de FEDES una vez la recibió⁵⁴, al igual que lo referido por Rosa Margarita Revelo en su testimonio, y lo consagrado en el Acta del Consejo de gobierno de agosto 4 del mismo año⁵⁵, referente a las observaciones y sugerencias realizadas por sus colaboradores para que revisara los términos del negocio jurídico y constatarla la constitución legal y trayectoria de la entidad:

En la mencionada acta, se consignó: *«El señor gobernador informa que se ha recibido una propuesta de FEDES, para la construcción de viviendas. A este respecto, el consejo de Gobierno propone la visita a las oficinas de FEDES para hablar con el representante legal y revisar los términos del convenio. De igual manera constatar la constitución legal de la firma y su trayectoria, previo la suscripción del convenio a que pueda*

⁵⁰ Folio 284 *Ibidem*

⁵¹ Folio 359 *Ibidem*

⁵² Folio 378 *Ibidem*

⁵³ Folio 280 *Ibidem*

⁵⁴ Folios 245 y s.s. Cuaderno original 3 Fiscalía.

⁵⁵ Folios 95 y s.s. Cuaderno anexo original Fiscalía.

haber lugar. Para tales efectos se sugiere que el señor gobernador se desplace a la ciudad de Cali para adelantar las gestiones al respecto».

En ese sentido, Rosa Margarita, expresó: «[...], el convenio no lo recuerdo, no recuerdo haberlo conocido como documento, pero sí tengo referencias sobre esa situación, ese convenio de FEDES, era una fundación FEDES, porque si no estoy mal a mediados del año 2005, no sé si entre julio o septiembre o, julio agosto, en un Consejo de Gobierno, el señor Gobernador dio a conocer que le hacían una propuesta de celebrar un convenio con esa fundación, cuyo objeto era la construcción de vivienda vis, y pues recuerdo que en un Consejo de Gobierno, al señor Gobernador, los diferentes miembros que acudimos a la reunión se le manifestó que sería conveniente constatar el objeto social, constatar efectivamente el ¿por qué ellos manejaban unos recursos de cooperación internacional. Eso informó el Gobernador en Consejo de Gobierno, que se iba a celebrar ese convenio».

En cumplimiento de lo anterior, los días 18 y 19 de septiembre de 2005, según se observa de la comisión de servicios y autorización de pagos contenida en la resolución n.º 02133 del mismo mes y año, el Exgobernador se trasladó hasta la ciudad de Cali, «CON EL FIN DE ASISTIR A REUNIÓN EN LA FUNDACIÓN FEDES, PARA TRATAR ASUNTOS RELACIONADOS CON LA SOLUCIÓN DE VIVIENDA EN EL DEPARTAMENTO DEL PUTUMAYO»⁵⁶.

Frente a ello, PALACIOS PALACIO, en su versión libre sostuvo: «recuerdo que nos mostraron un proyecto en el Tolima y tuvimos una reunión en el Valle, en Cali, en las oficinas, donde nos mostraron la sede de la Fundación FEDES, después de eso fue que firmé el convenio con la fundación. No recuerdo ni el mes ni el año, hoy no recuerdo el lugar

⁵⁶ Folio 105 Cuaderno anexo original 2 de la Fiscalía.

donde estaba ubicada, ni el barrio, ni la dirección». Dicho que luego reiteró en su indagatoria.

De manera contraria, Diego Fernando Fernández Valencia, Representante Legal de FEDES, a la pregunta si conocía al investigado, indicó no recordarlo físicamente, o como persona pública:

Pues yo he estado acordándome, no tengo el hecho físico, a mí me presentó la fundación Patía muchos alcaldes, pero no sé si en esa época, me presentó al gobernador. O sea, ahí no tengo preciso si me lo presentaron o, no me lo presentaron, me presentaron mucha gente política, alcaldes y todo, pero no tendría presente si él estaba ahí en tantos políticos que me presentaron.

[...] No, realmente de la política poco, de pronto el presidente y cosa, pero de gobernación y alcaldes, le digo sinceramente, nada, nada, como persona pública.

Al interrogarle si la entidad había suscrito algún negocio jurídico con autoridades administrativas del Departamento de Tolima, indicó que para el 2005, *«teníamos varios convenios firmados, por eso yo firmé en Cauca, Nariño, en Putumayo y en el Tolima, y creo que, en el Huila, si no me falla, habíamos firmado varios convenios con el mismo desarrollo para desarrollar vivienda asociativa».*

Más adelante expresó: *«[...] con el Tolima básicamente no era, era con un pueblito que se llama ¿...?, un pueblo, pero que se me pasa. Era lo mismo, son convenios para desarrollar planes de vivienda. Entonces, jurídicamente existían varios convenios con varios municipios para desarrollar planes de vivienda».*

Finalmente, aseveró que, ninguno de los convenios se desarrolló: *«o sea, no se hicieron, no se cumplieron, porque los asociados no cumplieron, no cumplieron el derrotero de trabajo, todos los requisitos que hay que cumplir para poder llevar a cabo la construcción. Entonces, se iban cancelando, se iban anulando, porque si tu no cumples los requisitos, pues yo no puedo llegar hasta el sector financiero o hacia los créditos, para poder que nos presten la plata, entonces se muere, fracasa todo»*.

Lo anterior, sin duda, desvirtúa la existencia de las obras señaladas por el procesado, al igual que su visita a las mismas, pues a falta de las primeras lo segundo resulta imposible. Lo único que habría podido observar serían las minutas o copias de convenios suscritos con otros entes territoriales, que igual al aquí cuestionado, resultaron fallidos.

Lo mismo ocurre con el desplazamiento del Exgobernador a la capital del Valle del Cauca, pues ello también queda en entredicho, con el informe ejecutivo de enero 25 de 2006, en el que Lessdy Dennise López Espinosa, hizo saber al entonces Gobernador Encargado, Fabián Alfonso Belnavis Barreiro, que en la sede donde debía estar ubicada la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social, según la información consignada en el certificado de existencia y representación legal y la dirección obtenida en el trámite convencional y labores posteriores, sus moradores y/o trabajadores la desconocieron.

Lo anterior por cuanto María Bastidas Rosero, Profesional Universitaria, adscrita a la Oficina Jurídica del Departamento de Putumayo, el 8 de noviembre de 2005 en razón de la comisión para *«ASISTIR A REUNIÓN CON REPRESENTANTES DE LA*

FUNDACIÓN ECOLÓGICA Y DE DESARROLLO SOCIAL FEDES⁵⁷», comunicó:

El día 5 de Noviembre de 2005, me desplacé a la ciudad de Cali con el propósito de sostener una reunión con representantes de la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social FEDES el día martes 8 de Noviembre de 2005, fundación que de acuerdo a información suministrada por el Señor HÉCTOR DAZA, tiene su sede en la Carrera 9 No. 6-46 Edificio Colseguros Oficina 307 en la Plaza de Caicedo en la Ciudad de Cali, lugar al que fui pero no existe ninguna dependencia de FEDES y el portero del edificio informó que labora en ese lugar desde hace 10 años y no tiene conocimiento de dicha fundación.

En vista de lo anterior me dirigí a la dirección que aparece en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio la cual es Carrera 9 No. 2-91 dirección que queda ubicada en el Barrio San Antonio de Cali lugar donde actualmente funciona un Juzgado de Paz; y al interrogar a los funcionarios del lugar por la Fundación FEDES manifestaron no conocerla y que el juzgado está en ese lugar hace más de cinco años.

Así entonces, observa la Sala, como lo sostuvo la Delegada Fiscal, CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO en contravía a lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1403 de 1992, omitió hacer una verdadera evaluación de la experiencia que acreditara la capacidad técnica y administrativa de FEDES para realizar el objeto del contrato, además de no plasmarla en un documento con la debida motivación. Fue tal el descuido o desinterés del procesado en este aspecto que ni siquiera tuvo un contacto directo con el representante legal de la entidad, pues según la transcripción anterior todo se adelantó a través de la fundación Patía, entidad encargada de la construcción de las viviendas.

⁵⁷ Folio 117 Cuaderno anexo original 3 Fiscalía.

La citada omisión, también es demostrada con el informe n.º 463802, de mayo 26 de 2009⁵⁸, de un Investigador Criminalístico VII del CTI de la Fiscalía General de la Nación, y con la inspección técnica efectuada el 19 de febrero del mismo año⁵⁹ por el mismo servidor público, en donde consignó que la etapa precontractual era integrada únicamente por la fotocopia de la cédula de ciudadanía y del pasado judicial del Representante Legal de la entidad, Diego Fernando Fernández Valencia y, además del certificado de existencia y representación legal de la persona jurídica.

En conclusión, es evidente que para la suscripción del negocio jurídico el procesado únicamente tuvo en cuenta la propuesta presentada por FEDES, y, en cumplimiento de las observaciones de su gabinete de gobierno sólo constató la constitución legal de la fundación, sin verificar su trayectoria.

Ahora, en la cláusula primera del convenio se consignó como objeto: *«aunar esfuerzos para posibilitar la construcción de **DOS MIL CUATROCIENTAS (2.400) VIVIENDAS DIGNAS DE INTERÉS SOCIAL**, en calidad de cupo-crédito destinados a la construcción de vivienda de familias desplazadas y/o vulnerables, o de escasos recursos en el Departamento del PUTUMA YO[sic], de la zona urbana, siempre y cuando la familia aporte el lote cuya propiedad esté debidamente registrada y con capacidad de asumir un crédito, según diseños y presupuesto anexos a este convenio»*.

Dentro de los compromisos de FEDES según la cláusula cuarta del documento estaba: *«**2)** [...] garantizar los recursos para la ejecución del proyecto gestionados ante organismos nacionales e*

⁵⁸ Folios 75 y ss. Cuaderno original 2 Fiscalía.

⁵⁹ Folios 41 y ss. del Cuaderno anexo original 3 Fiscalía.

internaciones, para lo cual aporta los soportes documentales bancarios y avales para su apropiación y ejecución del proyecto en comento.»

Y, en las consideraciones y antecedentes previos: «**6) Que FEDES** ha recibido del aporte internacional los recursos para cofinanciar las soluciones de vivienda proyectadas a construir en el Departamento del Putumayo. Hecho demostrado a través de certificado bancario y el aval para su compromiso y ejecución. Que **FEDES** está obligado con cláusula de confidencialidad con el aportante internacional, documento que hace parte integral de este acuerdo de voluntades **(Anexo FEDES 1- Documento de disponibilidad presupuestal dada por el aportante a FEDES. [...])** **12) Que la procedencia de los dineros con los cuales se ejecutará el presente convenio, son aportes del Centro Americano de Filantropía y el manejo de las do naciones [sic] procedentes de los Estados Unidos [...]**»; le correspondía al aforado por tratarse de un requisito esencial en el trámite verificar la existencia de los recursos para la ejecución del proyecto, corroborando la veracidad de la información suministrada por FEDES, y plasmada en el documento.

Sin embargo, la prueba que integra la actuación demuestra que el acusado incumplió con la constatación de este requisito, como se demuestra a continuación:

La Exjefe de la Oficina Jurídica, Lessdy Denisse López Espinosa en su declaración de 4 de marzo de 2016⁶⁰, resaltó que el acuerdo de voluntades pasó por su oficina únicamente para su relación en la base de datos de la actividad contractual del departamento y emitió concepto ante el aquí procesado, advirtiéndole la ausencia de soportes necesarios para su procedencia:

⁶⁰ Folios 257 y ss. Cuaderno original 3 Fiscalía.

[...] tal como se evidencia en el Oficio OJD 063, fechado 25 de Enero de 2006, este convenio fue allegado a la Oficina Jurídica bajo mi cargo, el día 6 de Octubre de 2005, siendo recibido por la funcionaria Miriam Acosta a las 5 de la tarde, (tal como se evidencia por su firma en la parte superior de la minuta), por parte del Despacho del Señor Gobernador, previamente suscrito el día 28 de Julio de 2005, es decir, se allegó a la Oficina Jurídica dos meses después de haberse suscrito, circunstancias que indican claramente que la Oficina Jurídica no participó, en la asesoría, formulación, ni estructuración del convenio que hoy se pone de presente, sin embargo, cuando se allega por parte del Despacho del Gobernador, la Oficina Jurídica extiende su concepto al respecto.

[...] debo manifestar que los contratos que suscribiera el Gobernador y que no fuesen acompañados previamente en su estructuración por la Oficina Jurídica, como por ejemplo los adelantados en otras Entidades Estatales se allegaban a esa Oficina únicamente para relacionarlos en la base de datos de la actividad contractual del Departamento, como ocurrió en este convenio, ahora bien al advertir la Oficina que el convenio se encontraba huérfano de los documentos que debían soportarlo, se extendió el Oficio OJD 816 de Octubre 16 de 2005, que se me pone de presente, para que los mismos fueran allegados, pudiendo suceder que estos estuvieran en la Entidad con la que se convino, pues son requisitos que se analizan inicialmente para determinar la procedencia de la suscripción de los respectivos contratos, [...].

Y, a la pregunta de si CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO omitió algún requisito legal que debió observar previo a la suscripción del convenio, respondió: *Tengo entendido que todos estos requisitos previos fueron puestos de presente ante el Gobernador para soportar y viabilizar y llegar al convencimiento de la suscripción del convenio, por lo que no podría afirmar con certeza que los obvió, máxime cuando fue esta una contratación que no se surtió en el Departamento sino en una Entidad externa al mismo, lo que sí es cierto como ya lo he dicho antes es que no se allegaron con la minuta contractual a la oficina Jurídica del Departamento del Putumayo.*

En el citado oficio n.º OJD-816 de octubre 18 de 2005⁶¹, la servidora relacionó los soportes echados de menos, de la siguiente manera:

- *Certificado expedido por el Centro Americano de Filantropía de la entrega de recursos en calidad de cooperación internacional a la Fundación FEDES destinados a cofinanciar soluciones de vivienda en el Departamento del Putumayo.*
- *Copia del certificado bancario y el aval para su compromiso y ejecución de que trata el numeral 6 de las consideraciones del convenio.*
- *Los documentos que demuestren que el representante legal no se encuentra incurso en inhabilidades e incompatibilidades que le permitan celebrar convenios con el Departamento tales como: Certificado de antecedentes penales, fiscales, disciplinarios, no encontrarse registrado en B.D.M.E y los demás relacionados.*
- *Anexo II y III, de que trata el párrafo de la cláusula primera correspondiente al esquema de cofinanciación y presupuesto de la obra respectivamente.*
- *Los documentos soportes de la relación contractual existente entre la Fundación FEDES y la Fundación PATIA.*
- *Registro único de proponentes.*
- *Acta de conformación del comité operativo.*
- *La presentación de la garantía establecida en la cláusula DECIMA CUARTA, la cual debió constituirse como requisito de ejecución, es decir los compromisos no podrán empezar a desarrollarse hasta tanto el Departamento haya conocido y aprobado la respectiva garantía que ampara el buen manejo de los recursos de los beneficiarios, por lo cual se hace además necesario que los mismos sean consignados al [sic] cuenta conjunta suscrita entre el Departamento del Putumayo y la Fundación FEDES, pues el Departamento no debe permitir que los dineros a desembolsarse por los posibles beneficiarios sean consignados hasta tanto el buen manejo de los mismos no se encuentren plenamente garantizados.*

⁶¹ Folio 90 Cuaderno Original Anexo n.º 3 de la Fiscalía General de la Nación.

Este hecho también fue objeto de debate en algunos consejos de gobierno, concretamente en los realizados los días 18, 21 y 27 de octubre de 2005, como se puede apreciar en la transcripción realizada por la exsecretaria privada del exgobernador⁶².

En la primera fecha, López Espinosa informó que para legalizar el convenio se requería del aporte de soportes que ya había informado al representante legal de la Fundación, y ante la sugerencia de los asistentes de realizarse un estudio minucioso del convenio para la toma de decisiones, expresó su preocupación por un posible incumplimiento por la administración, en consecuencia, sugirió efectuar requerimientos escritos a la entidad, además de suspender la ejecución del convenio. El consejo acordó realizar una reunión con funcionarios de FEDES, el día 20 siguiente para la revisión del asunto.

El 19 de octubre de 2005, María Carlina Uribe García, Secretaria Delegada con funciones de Gobernadora, en virtud del Decreto 0290 del día 14 del mismo mes y año⁶³, ofició a Diego Fernando Fernández Valencia para subsanar las falencias precisadas, para poder continuar con el desarrollo y cumplimiento del objeto convenido.

En el consejo de gobierno del 21 siguiente, se enteró a la audiencia de la invitación al representante legal de FEDES para el 27 de octubre al despacho del Gobernador, con la presencia de la Oficina Jurídica y de Libardo Hernández para

⁶² Folios 95 y 96 *Ibidem*.

⁶³ Folios 23 y 24 Cuaderno anexo original 3 Fiscalía.

tratar asuntos relacionados con la «*legalización del convenio de vivienda*»

El 26 de octubre de 2005, la misma Secretaria Delegada con funciones de Gobernadora, conforme con el decreto 0300 del 21 del mismo mes y año⁶⁴, reiteró el requerimiento a FEDES.

Y, en la reunión del 27 siguiente, la Exjefe de la Oficina Jurídica informó de los diferentes requerimientos a FEDES, con resultados infructuosos y consignó como máxima fecha de espera el 31 de octubre, advirtiéndole que de no cumplirse con el mismo se procedería a la suspensión del negocio jurídico.

Dentro de ese contexto, resulta claro para la Sala que el convenio remitido a la Oficina Jurídica por el despacho del Exgobernador carecía de la documentación elemental requerida para su firma, además, demuestra la renuencia de la fundación en aportarlos, lo cual se infiere su inexistencia al momento de la firma.

Además, lo ratifica el hecho de que la investigación logró determinar la inexistencia de los aportes y/o donaciones de entidades o empresas internacionales, citados por la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social para la ejecución del convenio; veamos:

En lo relativo al Centro Americano de Filantropía, según el informe n.º 9-84733 de noviembre 22 de 2016⁶⁵ del CTI de la Fiscalía General de la Nación, éste no integra el Registro

⁶⁴ Folios 21 y 22 *Ibidem*.

⁶⁵ Folios 14 y ss. Cuaderno original 4 Fiscalía.

Único Empresarial de la Cámara de Comercio, ni las bases de datos públicas y, según el testimonio de Fernández Valencia, dicho centro no habría efectuado ninguna entrega de dineros a FEDES, dirigidos al desarrollo de proyectos como el convenido con el Departamento de Putumayo.

Es así que al ser interrogado el representante legal, sobre el conocimiento del mencionado centro, respondió: «[...], ellos eran ¿...?, un señor que arrimó estando con las asociaciones, creo que en Cauca o en Nariño, y nos ofreció unos subsidios. Eso se habló alguna vez, que ellos nos daban unos subsidios y que, pues si nosotros desarrollábamos el modelo. Pero el modelo fracaso, entonces el Centro de Filantropía tampoco iba a poner plata y nunca se llegó a nada».

Y, más adelante, sobre la relación de la fundación con la entidad extranjera, sostuvo: «ellos al oír los planes de vivienda siempre nos abordaban, que si teníamos los planes, que si teníamos los usuarios, que si teníamos casa modelo, nos podían traer dineros, pero lamentablemente, el proceso no se cumplió, entonces nunca pudimos mandar completo, digámoslo, porque nosotros sí mandamos, pero nunca se pudo completar la información como ellos pedían».

Lo anterior conlleva necesariamente a despejar cualquier duda sobre la ausencia de recursos provenientes del Centro Americano de Filantropía a la entidad sin ánimo de lucro, para la construcción de viviendas de interés social a la población de escasos recursos del Departamento de Putumayo.

Ahora, como el acusado al rendir su indagatoria sostuvo que según los documentos presentados por FEDES, ésta contaba con una garantía bancaria emitida por «el JP MORGAN CHASE BANK ISIN Y GLOBAL MASTER SECURITKES LENDING para usarse como colatelar [sic] real frente a un descuento financiero o línea de

crédito interno otorgada por el BBVA Colombia y el Banco certifica que FEDES se encuentra soportando toda la documentación necesaria para que le sea aprobado el crédito para la financiación y construcción de los proyectos de vivienda, estos soportes nos hicieron creer que estábamos bien encaminados hacia la consecución del objetivo»; este hecho no sería demostrativo de una suficiente capacidad financiera para la ejecución del proyecto de la contratista y, menos que PALACIOS PLACIO previo a la suscripción del convenio la hubiese constatado.

Efectivamente, a la actuación fue allegada una fotocopia de la certificación expedida por el Gerente de la sucursal de Pasto del Banco BBVA⁶⁶, en la cual se informaba del vínculo entre esa entidad financiera y FEDES, consistente en una cuenta corriente *«por medio de la cual a [sic] presentado a esta entidad una GARANTIA BANCARIA (BG) emita [sic] por el JP MORGAN CHASE BANK ISIN, Y GLOBAL MASTER SECURITIES LENDING, para usarse COMO COLATERAL REAL, FRENTE A UN DESCUENTO FINANCIERO O LINEA DE CREDITO INTERNO, otorgada a EL BBVA – COLOMBIA. [...]».*

Además, que para el 19 de octubre de 2005, fecha de expedición del documento, la persona jurídica sin ánimo de lucro se encontraba soportando la documentación necesaria para la aprobación de un crédito para la *«Financiación y Construcción de los proyectos de Vivienda y Distritos de Riego respectivamente, en los Departamentos de Cauca, Nariño y Putumayo»*, el cual tendría que ajustarse al planteamiento de manejo bajo *«Encarago [sic] Financiero»*.

Sin embargo, el acervo probatorio estableció que los recursos con los cuales se iba a financiar el proyecto únicamente provendrían del Centro Americano de Filantropía.

⁶⁶ Entre otros, folios 36 197 Cuaderno anexo original Fiscalía.

Así lo señaló el representante legal de la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social, Diego Fernando Fernández Valencia en su declaración, cuando le fue preguntado sobre la existencia de dineros y/o donaciones de entidades diferentes a éste:

[...], siempre nos abordó ese señor del Centro de Filantropía Americano, sí, no más nos abordó un señor. Después, alguien de Popayán, dijo que había una cosa de Francia, creo, o Alemania, pero no entramos, ni participamos de eso, ni ahondamos en esa cosa.

Entonces, contrario a lo pretendido por el procesado, la certificación expedida por el Banco BBVA comprueba que FEDES al momento de suscribir el convenio no tenía una capacidad financiera suficiente y sólida que respaldara la realización del proyecto habitacional y, sólo hasta la fecha allí indicada, inició el trámite ante dicha entidad financiera, esto es, casi al vencimiento del término del año establecido en el documento para su ejecución, y en un lapso muy superior al consagrado para la gestión del desembolso del «recurso financiero», el cual era de tres meses.

Así las cosas, la investigación demostró que al momento de la tramitación y suscripción del convenio de asociación FEDES no contaba con la idoneidad exigida, esto es, la experiencia con resultados satisfactorios que acreditara su capacidad técnica y administrativa para la construcción de las 2.400 viviendas de interés social convenidas; igualmente, que CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, omitió evaluar esa condición por escrito, debidamente motivada, y corroborar el aporte internacional de los recursos para cofinanciar soluciones de vivienda en el Departamento de Putumayo. Sólo adelantó gestiones con ese fin después de firmado el convenio

y debido a las observaciones hechas por la entonces Jefe de la Oficina Jurídica.

Todo lo anterior conlleva a concluir a la Sala, contrario a lo manifestado por el defensor, que por estar consignado en el documento contentivo del acuerdo de voluntades el aporte de unos documentos o soportes se deba dar por sentada su existencia. Lo analizado hasta este momento evidencia que no fue así, pues de existir habrían sido remitidos ante los requerimientos efectuados por la oficina jurídica.

3.2.2.1.2.- Con el incumplimiento de los deberes enunciados por parte de CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, como Gobernador del Departamento de Putumayo, en las etapas precontractual y contractual transgredió los principios rectores de la contratación estatal, especialmente el de responsabilidad.

Este principio, consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, obliga a los servidores públicos a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución del contrato y proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados. Este postulado propende por la eficiencia de la gestión pública y que la actuación de quienes intervienen en la contratación sea transparente y eficaz.

En el presente caso, no cabe duda que por tratarse el negocio jurídico cuestionado de un acuerdo de voluntades de interés público, sujeto a las formalidades del derecho privado [artículo 1° del Decreto 777 de 1992], PALACIOS PALACIO

podía, como efectivamente lo hizo, acudir a la contratación directa⁶⁷.

Así lo entendió la Subsección A de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 2 de agosto de 2018, dentro de la acción de controversias contractuales, con radicación 25000-23-26-000-2012-00490-01(57122) cuando se refirió sobre la sujeción del convenio de asociación a las reglas del derecho privado, concretamente a lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 777 de 1992:

[...] [t]extualmente, el artículo 1º del Decreto 777 de 1992 estableció que dichos contratos:

“(...) se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes (...)”.

Con base en dicho texto, puede apreciarse que en el Decreto 777 de 1992 la aplicación del derecho común se refirió a “los requisitos y formalidades de la contratación entre particulares” y, por ello, se ha aceptado que podían celebrarse mediante selección y negociación directa con las entidades sin ánimo de lucro que reunieran las condiciones fijadas en ese Decreto.

En términos concretos, el contrato podía celebrarse mediante un sistema de selección regido únicamente por los condicionamientos del referido decreto y mediante el libre consenso de las partes, en esto último, sometido a las reglas de la contratación del Código Civil, sin perjuicio de que debía constar por escrito y que para su ejecución, por parte de las entidades públicas, se requería de la disponibilidad presupuestal correspondiente, en los términos de las disposiciones especiales del Decreto 777 de 1992.

Sin embargo, tal actuación debía estar orientada a salvaguardar los intereses generales siguiendo estrictamente

⁶⁷ Aunque este aspecto no fue objeto de debate o controversia por los sujetos procesales, resulta necesario señalar, por qué el procesado acudió a esta modalidad de contratación y no a otra.

los principios de la contratación estatal (Art. 23 de la Ley 80 de 1993), que como se sostuvo son manifestación concreta de los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución, y son transversales a toda la contratación estatal, independiente del régimen especial por el que se rija, o de la modalidad que se emplee para la escogencia del contratista.

Dicho lo anterior, la Sala reitera que si bien la aplicación de la contratación directa permite la supresión de algunos requisitos como la obtención de diversas ofertas, existen otras formalidades que deben ser acatadas por el servidor público sin que pueda disponer a su arbitrio de ellas, so pena de tramitar el convenio con inobservancia de requisitos legales esenciales, tal es el caso de la imprescindible revisión de la entidad sin ánimo de lucro bajo criterios de idoneidad, como lo exige el artículo 355 de la Constitución, norma en la que se amparó la suscripción del convenio, para así poder concluir que la misma pudiese cumplir con el objeto contractual a desarrollar.

Correspondía entonces a CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, en su condición de Gobernador del Departamento de Putumayo, adelantar la etapa precontractual y evaluar la experiencia con resultados satisfactorios que acreditara la capacidad técnica y administrativa de la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social FEDES, para realizar el objeto del convenio, y plasmarlo en un documento debidamente motivado.

Además, como en el presente caso, dentro de los compromisos de la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social estaba garantizar los recursos para la ejecución del proyecto, y en el documento contentivo del acuerdo de voluntades se consignó que ya los había recibido del aporte internacional, con el objeto de cofinanciar soluciones de vivienda en el Departamento del Putumayo; también correspondía al aforado verificar su existencia, corroborando la veracidad de la información suministrada por FEDES.

Contrario a ello, el procesado, quien tramitó de manera directa el negocio jurídico, incumplió los citados deberes, y basado únicamente en la propuesta que FEDES le presentó, suscribió el convenio sin asegurarse que ésta realmente contara con la idoneidad requerida para la solución de vivienda de interés social y con los recursos necesarios para la financiación del proyecto.

Así las cosas, para la Sala es incontrovertible que en la fase precontractual se vulneró el principio citado, cuando de acuerdo con la prueba practicada se estableció que FEDES a pesar de ostentar la calidad de persona jurídica sin ánimo de lucro y de tener la capacidad legal para la construcción de tales inmuebles, no tenía la experiencia exigida por el artículo 355 de la Constitución Política para suscribir el convenio de asociación para impulsar algún programa de interés público, como el que ocupó la atención de la Sala, ni contaba con los recursos ofrecidos para ello.

A continuación, la Sala se ocupará de analizar si el procesado consciente y voluntariamente al firmar el convenio, ejecutó el tipo objetivo.

3.3. El tipo subjetivo.

El delito objeto de estudio es doloso, en cuanto el legislador no tipificó la modalidad culposa.

A voces del artículo 22 del C.P. el dolo directo se presenta cuando el agente conoce los hechos constitutivos de una infracción penal y quiere su realización, al paso que el dolo eventual se configura cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

Ahora, la parte intelectual del dolo exige que el sujeto agente comprenda la conducta típica -en sus elementos, circunstancias de ejecución y resultados-, mientras que en el aspecto volitivo se debe demostrar el querer libre de realización de la conducta.

En ese sentido encuentra la Sala conforme a la valoración de las pruebas que integran el proceso la certeza de que el procesado actuó con dolo, es decir, con conocimiento y voluntad de tramitar sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales y celebrar el convenio de asociación con la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social, FEDES, sin verificar el cumplimiento de los mismos.

Pues bien la actuación establece que el procesado cuenta con dos grados de escolaridad superior, es licenciado en teología y licenciado en filosofía, además, cursó especialización en resolución de conflictos y maestría en estudios políticos, y dentro de su experiencia laboral ocupó el cargo de Asesor de Proyectos en el año 2003 en la Alcaldía Municipal de Valle del Guamuéz, trabajó como capacitador en 2002 en la Caja de Compensación Familiar [COMFAMILIAR], estuvo en la Cámara de Representantes en el mismo año y, fue Gobernador del Departamento de Putumayo.

De sus estudios y experiencia, en especial la desarrollada en la Alcaldía de Valle del Guamuéz y como Gobernador, se colige no solo que estaba familiarizado sino suficientemente instruido sobre los contenidos de la contratación pública y, por ende, que como ordenador del gasto le asistía la titularidad de la función contractual y la potestad de disponer y dirigir todo el proceso contractual, es decir, que sobre sus hombros recaía la responsabilidad de velar porque se adelantara con arreglo a la ley.

Es elemental, entonces, inferir que comprendía el deber de cursar el trámite de acuerdo con la ley y al celebrar verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales dentro de la fase precontractual, máxime si decidió adelantar el proceso sin delegación, ni desconcentración, en las distintas secretarías de despacho, y que había transcurrido aproximadamente año y medio de su período, cuando suscribió el negocio jurídico.

Además, las particularidades del proceso contractual y su directa participación en las distintas etapas, llevan a la Sala a colegir que era consiente que para celebrar ese tipo de acuerdos con una entidad privada sin ánimo de lucro, debía exigirse una reconocida idoneidad, entendida como la comprobación de la experiencia con resultados satisfactorios que acreditara su capacidad técnica y administrativa para realizar el objeto contractual, y plasmarla en un escrito debidamente motivado; como también, que debía verificar la existencia de los recursos provenientes de entidades internacionales con los cuales se financiaría el proyecto. No obstante, libre y voluntariamente celebró el negocio jurídico sin previamente exigir el cumplimiento de esos requisitos esenciales dentro de la fase precontractual.

En efecto, conforme se definió anteriormente, PALACIOS PALACIO luego de recibir una propuesta por la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social, FEDES, dio curso al proceso contractual de manera directa y celebró el convenio de cooperación el 28 de julio de 2005, en consecuencia, es obvio que conocía de las exigencias que debía reunir la persona jurídica contratante.

Además, como quedó demostrado con el resumen del acta del consejo de gobierno de agosto 4 del mismo año realizado por Diana Teresita Vallejo Riascos, Secretaria Privada del Gobernador y, el testimonio de Rosa Margarita Revelo, Exsecretaria de Gobierno y Exjefe de la Oficina de Control interno, el procesado también recibió de su gabinete de gobierno la observación o sugerencia de constatar de manera

previa a la firma del documento, la trayectoria de FEDES, haciendo caso omiso a la misma.

Fue tal la voluntad del procesado en el incumplimiento de su deber que, como lo relató la Exjefe de la Oficina Jurídica de la Gobernación de Putumayo, Lessdy Denisse López Espinosa, nunca acudió a ella, antes ni después de suscribir el convenio para constatar su legalidad. El documento solo le fue entregado para relacionarlo en la base de datos de la actividad contractual, y a pesar de las anomalías advertidas por esa servidora ni siquiera se preocupó por acudir a los consejos de gobiernos donde se abordó el asunto, por el contrario, continuó insistiendo en su ejecución, promocionándolo ante la comunidad putumayense.

Es así como, de la historia laboral arrimada al paginario⁶⁸, se estableció que todo desplazamiento del exgobernador fuera de la ciudad de Mocoa estuvo antecedido de un acto administrativo [resolución] que disponía la comisión de servicios y la autorización de pago y, para los días 18, 21 y 27 de octubre de 2005, fecha en que se adelantaron las reuniones entre los Secretarios de Despacho y la Oficina Jurídica, éste estuvo en Bogotá, por cuanto, entre el 17 y 21, asistió al Consejo de Gobernadores de Frontera y Desarrollo⁶⁹, y entre el 23 y 27, acudió al Consejo de Ministros el cual fue ampliado a los Gobernadores y a la reunión de Gobernadores de la Amazoniroquia⁷⁰.

⁶⁸ Cuaderno anexo original 2 Fiscalía.

⁶⁹ Folio 100 *Ibidem*. [Resolución n.º 02359 del 14 de octubre de 2005].

⁷⁰ Folio 99 *Ibidem*. [Resolución n.º 02421 del 21 de octubre de 2005].

De igual forma, con las declaraciones rendidas por algunos de los beneficiarios del programa de vivienda se estableció que el medio utilizado para su promulgación fue el de cuñas en diferentes medios publicitarios, perifoneo, emisoras locales, generando confianza la comunidad, para que masivamente acudieran a registrarse y atender los requisitos establecidos para ello.

En suma, la investigación demostró que el procesado al tramitar el convenio consciente y voluntariamente se apartó de los requisitos legales esenciales y al celebrarlo de verificar el cumplimiento de los mismos, es decir, que se estaba vulnerando, en particular, el principio de responsabilidad.

Demostrado como está que cometió el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la Sala lo condenará en calidad de autor de conformidad con lo dispuesto por el artículo 29 del Código Penal.

3.4. Respuesta a otros argumentos de la defensa.

Con fundamento en el principio de selección probatoria⁷¹, conforme al cual el juzgador no está en la obligación de hacer un examen exhaustivo de todas y cada una de las pruebas incorporadas al proceso, ni dar respuesta uno por uno a los argumentos de los sujetos procesales, como tampoco de todos sus extremos asertivos porque la decisión se haría interminable, sino de aquellos que considere importante para la decisión a tomar; la Sala no ha hecho mención individualmente a cada una de las pruebas acopiadas al

⁷¹ CSJ SP. 27 oct 2014, Rad.34282

proceso, ni dado respuesta a cada argumento de los sujetos procesales, solo lo hizo en relación con los medios de convicción y elementos de prueba que frente a las consideraciones de la Sala soportan la decisión por su pertinencia y relevancia lo ameritaban.

4. Antijuridicidad

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 del Código Penal, para que una conducta se considere punible debe lesionar o poner efectivamente en peligro y sin justa causa el bien jurídicamente tutelado.

La Corporación, frente este tipo de delitos⁷², viene sosteniendo que lo protegido es el debido funcionamiento de la administración pública, de ahí que el injusto se decanta en el incumplimiento de un deber del servidor estatal como garante de ese interés jurídico.

La función pública es el conjunto de las actividades que realiza el Estado a través de las ramas del poder público destinada a alcanzar los fines esenciales consagrados en la Constitución Política, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes Superiores, así como asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, por lo tanto, el apego de los servidores estatales a la legalidad es uno de los pilares fundamentales.

⁷² CSJ SP9087-2014, Rad. 39356, reiterada en la SP740-2015, Rad. 39417.

El artículo 6° de la Carta en cuanto a la responsabilidad jurídica de los funcionarios públicos establece que deben responder ante las autoridades por infringir la Constitución y la ley, y por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, lo cual guarda correspondencia con el artículo 122 constitucional al consagrar que no habrá cargo o empleo público que no tenga funciones detalladas preestablecidas.

Y, la Corte ha sostenido que: *«al elevar a la administración pública a la categoría de bien jurídico que debe tutelar el derecho penal, el legislador pretende generar confianza en el conglomerado para que acudan a los procedimientos institucionales en aras de resolver los conflictos que surjan entre ellos, en el entendido de que encontrarán trámites y soluciones correctos, tras los cuales, el representante estatal entregará a cada quien, en forma justa, equitativa, lo que le corresponde»*⁷³.

Para la configuración de este elemento no basta que se satisfaga desde el punto de vista netamente formal, esto es, exclusivamente referido a la contradicción entre la norma jurídica y la conducta del agente, sino que correlativamente es imperioso que ponga efectivamente en peligro o lesione sin justa causa el bien jurídico objeto de protección, es decir, debe suscitarse la antijuridicidad material de la cual se deriva el principio de lesividad.

En el caso presente, la conducta endilgada al procesado además de típica es antijurídica en tanto su proceder de manera real y efectiva, sin existir una causal de justificación demostrada, lesionó el bien jurídico de la administración pública al vulnerar el principio de legalidad que se impone proteger en el trámite contractual.

⁷³ CSJ SP, 17 jun. 2015, Rad. 45622 y SP, 12 feb. 2014, Rad. 42501.

Los principios rectores de la contratación estatal, entre ellos el de responsabilidad son requisitos esenciales de los contratos de la administración pública, pues propenden por la participación democrática en condiciones de lealtad e igualdad, la moralidad y la transparencia de la función pública, los que evidentemente fueron desconocidos como se ha recalcado en el transcurso de este fallo.

También se lesionaron los principios de la función pública, la cual debe estar al servicio de los intereses generales desarrollada a través de los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

En consecuencia, el comportamiento de CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO es opuesto a los intereses de la sociedad en cuanto mancilló materialmente los principios rectores de la contratación pública, traducidos en reglas y exigencias de carácter legal de inexorable cumplimiento.

Además, con su actuar menoscabó la confianza general de la sociedad en la vigencia de las normas, las cuales fueron burladas en detrimento del interés general.

5. Culpabilidad.

En el caso presente, PALACIOS PALACIO además de conocer que estaba actualizando los elementos estructurales del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sabía que se comportaba antijurídicamente sin

concurrir en su favor causal atendible que lo exima de responsabilidad.

Al suscribir el mencionado convenio lo hizo con pleno uso de sus facultades mentales y caprichosamente desacató las reglas de la contratación estatal, pudiendo actuar con apego a la legalidad de acuerdo con los fines de la función pública citados.

PALACIOS PALACIO es profesional en licenciatura en teología y en filosofía, con experiencia en temas de contratación, en razón a la capacitación y ejercicio de sus funciones públicas como Gobernador al momento de los hechos, por lo cual estaba en capacidad de comprender la ilicitud y de actuar conforme a esa comprensión.

En la fecha de la suscripción del negocio jurídico pudo abstenerse de firmarlo y exigir a la entidad privada sin ánimo de lucro, acreditar su experiencia con resultados idóneos que soportaran la capacidad técnica y administrativa para desarrollar el objeto contractual, en cumplimiento de la normatividad citada, al igual que la existencia del aporte internacional de recursos con los que se financiaría el proyecto, sin embargo, se conformó únicamente con la propuesta que le hiciera la Fundación.

Acreditados los requisitos contenidos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, sobre certeza de los hechos y de la responsabilidad del acusado, y acogiendo la solicitud de condena de la Fiscalía y del Ministerio Público, la Sala declarará a CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO

responsable penalmente como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales conforme lo prevén los artículos 29 y 410 de la Ley 599 de 2000, respectivamente.

6. Dosificación punitiva.

Siendo la conducta ejecutada por el acusado típica, antijurídica y culpable se prevé como consecuencia una sanción punitiva, la que se establecerá conforme a los criterios de dosificación establecidos por el legislador.

El artículo 410 del Código Penal⁷⁴ contempla una pena de prisión de cuatro (4) a doce (12) años, es decir, cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, 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, lo que es lo mismo de sesenta (60) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Pertinente se ofrece advertir, de la misma forma a como ocurrió al inicio de las consideraciones, con respecto al incremento punitivo de que trata el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, que en este caso resulta inaplicable, porque conforme a la vigente jurisprudencia de la Sala⁷⁵, los hechos aquí investigados tuvieron ocurrencia antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 en el Departamento de Putumayo.

⁷⁴ Texto original de la Ley 599 de 2000, toda vez que es la norma aplicable para la fecha de los hechos.

⁷⁵ CSJ AEP-00042, 22 abr. 2021, Rad. 00339.

6.1. De la pena privativa de la libertad.

El ámbito de movilidad es de 24 meses y el rango de punibilidad está conformado por un primer cuarto comprendido entre 48 a 72 meses de prisión, dos cuartos que van de 72 a 120 meses de prisión, y un cuarto último que oscila entre 120 y 144 meses de prisión.

Conforme lo prevé el artículo 61-2 del C.P., toda vez que no existen agravantes ni atenuantes y la Fiscalía no endilgó al acusado circunstancias de mayor punibilidad, la Sala se moverá dentro del cuarto mínimo, esto es, 48 a 72 meses de prisión en razón a que tampoco se acreditaron circunstancias de menor punibilidad.

Respecto a la necesidad de motivación de las circunstancias previstas en el inciso 3 del artículo 61 del Código Penal, la Sala de Casación viene pregonando:

«3.3.3. Aunque el artículo 59 del Código Penal obliga al juez a incluir en la sentencia «una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena», ello no significa que tenga el deber de analizar de manera pormenorizada, en los asuntos sometidos bajo su conocimiento, todos y cada uno de los factores previstos en los incisos 3° y 4° del artículo 61 del Código Penal.

Lo anterior, por cuanto la cuantificación de la pena dentro del ámbito de movilidad legalmente establecido debe sujetarse a las particularidades de cada asunto, como ya se precisó (3.3.2), y el juez, al motivarla, puede por esas mismas circunstancias destacar la importancia de unos criterios por encima de otros. Por ejemplo, priorizar el grado de afectación del bien jurídico sobre la modalidad de imputación subjetiva del tipo; o la función preventiva especial de la pena sobre los demás fines y factores de consideración.

De hecho, los criterios orientadores de los incisos 3° y 4° del artículo 61 de la Ley 599 de 2000 estarán contenidos en todas aquellas apreciaciones atinentes a (i) la gravedad del injusto (desvalor de la acción,

del resultado, atenuantes, etc.) y (ii) el grado de culpabilidad (entendida como el reproche que se le efectúa al procesado por la realización de la acción). Por lo tanto, será suficiente la motivación que para imponer un concreto monto punitivo conlleve, en esencia, la valoración de cualquiera de los aludidos parámetros. (...)»⁷⁶.

Asimismo, que son criterios legales que deben servir de guía a los funcionarios judiciales quienes cuentan con cierta discrecionalidad -aunque regulada, razonable y motivada-, para fijar el quantum punitivo:

«Como el legislador prevé las consecuencias para la realización de cada tipo penal al contemplar la clase de sanción y fija a su turno los criterios que ha de atender el operador judicial para su dosificación, esto es, la cantidad o grado a imponer, el proceso dosimétrico debe descansar en dos pilares fundamentales: la discrecionalidad reglada y el sustento razonable, aspectos con los cuales se busca sembrar parámetros de proporcionalidad en la concreción de la sanción al tiempo que permiten controlar la función judicial mediante el ejercicio del derecho de impugnación, pues los criterios plasmados permitirán su ataque igualmente argumentado en aras de establecer la respuesta correcta a lo debatido.»⁷⁷.

Pues bien, la conducta por la cual procede la condena reviste la mayor gravedad, por cuanto CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO hizo a un lado el interés público encomendado a través del voto popular, traicionando la confianza de la ciudadanía. Como ya se vio con amplitud, el convenio estuvo encaminado a garantizar la vivienda digna de interés social a la población vulnerable del Departamento de Putumayo, por lo tanto, debió tramitar el convenio con apego a la ley y verificar, de manera preliminar, las cualidades de idoneidad exigidas por la ley para la suscripción del acuerdo de voluntades, de la entidad privada sin ánimo de lucro con la que

⁷⁶ CSJ SP, 30 Abr. 2014, Rad. 41350. Fundamentos reiterados SP, 2 Dic. 2015, Rad. 44840.

⁷⁷ CSJ SP, 02 Dic. 2015, Rad. 44840.

pretendía aunar esfuerzos para tal fin, y constatar el aporte de recursos con los que se financiaría el proyecto.

La mayor intensidad del dolo es evidente al comprobarse que el procesado tramitó el convenio incumpliendo requisitos legales esenciales y lo firmó haciendo caso omiso a las recomendaciones de su gabinete de gobierno de verificar previamente la experiencia de la Fundación Ecológica y de Desarrollo Social, no confirmó la existencia de los dineros prometidos por la fundación para la financiación del programa y, de manera caprichosa, aún después de comprobarse la existencia de irregularidades por la Jefe de la Oficina Jurídica, insistió en la ejecución del convenio publicitándolo ante la sociedad putumayense.

En cuanto a la necesidad de la pena atendiendo sus fines de prevención especial y general obligan a la Sala a no partir del mínimo en el cuarto aplicable, ya que su imposición contribuirá con el restablecimiento de la convivencia armónica y pacífica en las regiones en donde se ejecutó el punible y en todo el territorio nacional, al evitar o por lo menos disminuir la comisión de conductas punibles debido a su poder disuasivo e intimidatorio, y que su aplicación efectiva llevarán al procesado a resocializarse y no volver a delinquir⁷⁸.

Atendiendo estas circunstancias, la Sala impondrá una pena de **51 meses de prisión**.

6.2. De la pena de multa

⁷⁸ CC C-747-2001.

La pena de multa oscila entre 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siendo el ámbito de movilidad 37.50, en consecuencia, el primer cuarto va de 50 a 87.50; los medios de 87.50 a 125 y de 125 a 162.50; y el máximo de 162.50 a 200.

De acuerdo con lo preceptuado en el numeral 3° del artículo 39 del Código Penal, la determinación de la cuantía de la multa será motivada por el Juez teniendo en cuenta el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar.

En esas condiciones, de acuerdo con lo anterior fue grave el daño causado a la sociedad por el actuar del procesado en tanto ocasionó la desconfianza de la comunidad respecto del desempeño de la administración pública departamental, conducta realizada con un dolo intenso ya que como ordenador del gasto suscribió un negocio jurídico vulnerando las normas especiales que regulan los convenios de asociación y pilares fundamentales de la contratación estatal.

Es decir, la afrenta contra el bien jurídico de la administración pública provino de un servidor público dignatario de alta jerarquía en el Departamento, en quien la comunidad tenía cifradas altas expectativas de vocación de servicio, con lo cual se deterioró la confianza ciudadana de la comunidad⁷⁹.

⁷⁹ CSJ SP16558-2015, rad. 44840.

De acuerdo con lo anterior, se procederá a calcular con ese presupuesto y metodología la pena de multa.

Con igual raciocinio y proporción que se dedujo para la pena de prisión (del ámbito de movilidad de 24 meses se tomaron 3 meses, o sea $1/8$ parte, que equivale al 12.5%, es decir 4.68 s.m.l.m.v.), lo que arroja un total de **54.68 salarios mínimos legales mensuales vigentes**.

El anterior monto corresponde a los criterios previstos en el artículo 39-4 *ibídem* analizado y la situación económica acreditada en el proceso permite concluir que está en condiciones de pagar esa suma.

Es preciso indicar que la pena de multa se deberá consignar a nombre del Consejo Superior de la Judicatura, según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000.

6.3. De la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas

Siguiendo el sistema de cuartos que se hace extensivo para esta sanción, se tiene que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales prevé una pena de inhabilidad que oscila entre los 60 a los 144 meses, por lo que se fija un primer cuarto de movilidad comprendido entre 60 a 81 meses, dos cuartos medios establecidos entre 81 a 123 meses y un cuarto final de 123 a 144 meses.

Como quiera que no se le endilgó al procesado circunstancias de menor ni de mayor punibilidad, se hace

imperativo seleccionar el cuarto mínimo, esto es de 60 a 81 meses de inhabilidad y, bajo el mismo razonamiento que se tuvo en cuenta para fijar la pena de prisión, se aumenta en 12.5% (de 21 meses, o sea 2.62 meses) el *quantum* mínimo de la pena de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, dando un total de **62.62 meses**.

6.4. De los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad

Tratándose de un delito cometido contra la administración pública, el artículo 68A del Estatuto Punitivo prohíbe la concesión de beneficios y subrogados penales.

Sin embargo, tal preceptiva fue incluida en el ordenamiento penal por las Leyes 1453 y 1474 de 2011; 1709 de 2014; y, 1773 de 2016, vigentes con posterioridad a la fecha de los hechos, razón suficiente para no aplicar la citada prohibición; por lo tanto, es imperativo el estudio de los subrogados penales, de cara al cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador para la fecha de comisión de los hechos, tal como lo viene aplicando esta Corporación en casos similares en relación de delitos contra la administración pública antes de la vigencia de las citadas normas⁸⁰.

6.4.1. Suspensión condicional de la ejecución de la pena

Se negará el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena por no concurrir el requisito objetivo definido a partir de la pena de prisión impuesta en este caso de 51 meses

⁸⁰ CSJ SP1785-2019, rad. 55124.

de prisión, quantum que supera el límite previsto en el artículo 63 original de la Ley 599 de 2000, aplicable teniendo en cuenta la época de los hechos y por ofrecerle mayores ventajas al acusado, de 36 meses. Es innecesario, en consecuencia, analizar el factor subjetivo del instituto.

6.4.2. De la prisión domiciliaria

Según la fecha de los hechos la norma a aplicar es el original artículo 38 de la Ley 599 de 2000:

«La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.

2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

1) Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.

2) Observar buena conducta.

3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo.

4) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello.

5) Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia,

por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC.

El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el Juez o Tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará, entre otros, un sistema de visitas periódicas a la residencia del penado para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.

Cuando se incumplan las obligaciones contraídas, se evada o incumpla la reclusión, o fundadamente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, se hará efectiva la pena de prisión.

Transcurrido el término privativo de la libertad contemplado en la sentencia, se declarará extinguida la sanción.»

Este instituto ha sido modificado por las Leyes 1142 de 2007; 1453 de 2011 y, 1709 de 2014, normas que previeron la exclusión de subrogados a diferencia del original artículo 38. Aun cuando la actual legislación prevé un requisito objetivo más favorable para los intereses del procesado [8 años], lo cierto es que su aplicación aparejaría la prohibición prevista en el artículo 68 A, razón por la que la concesión de este subrogado se analizará de cara a lo previsto en el original artículo 38 de la Ley 599 de 2000.

En el presente evento se procede por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el original artículo 410 de la Ley 599 de 2000, norma aplicable a la fecha de los hechos, la que fija como pena mínima la de cuatro años (48 meses), motivo por lo que el presupuesto objetivo señalado en el canon 38-1 *ibídem* se encuentra acreditado.

En relación con el requisito de carácter subjetivo relacionado con el análisis del desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado, cuya finalidad es establecer

si fundada y motivadamente no colocará en peligro a la comunidad ni evadirá el cumplimiento de la pena, siguiendo línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal se debe tener presente las funciones de la pena previstas en el artículo 4° del Código Penal, las cuales serán observadas no solo en la individualización de la pena sino en su ejecución, extendiéndose a la figura de la reclusión domiciliaria⁸¹.

Sobre el particular ha dicho:

Exige igualmente la norma que "el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena", conclusiones que no pueden obtenerse sin estudiar los fines de la pena.

El artículo 4° del Código Penal señala que la pena cumplirá funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado y que la prevención especial y la reinserción operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

La Corte interpreta que cuando allí se declara que las funciones de prevención especial y reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión (sea esta domiciliaria o carcelaria) no se excluyen las demás funciones como fundamento de la misma pena, sino que impide que sean la prevención especial y la reinserción criterios incidentes en la determinación o individualización de la pena privativa de la libertad.

Significa lo anterior, que tanto para imponer, como para ejecutar la prisión domiciliaria en sustitución de la prisión carcelaria deben tenerse en cuenta también las funciones de la pena que tienen que ver con la prevención general y la retribución justa.

Independientemente de las afinidades teóricas que se tengan sobre los conceptos básicos que integran las funciones de la pena, la decisión de política criminal del Estado Colombiano en cuanto a los principios y los fines de la pena es la adoptada en los artículos 3 y 4 del Código Penal. Desde esa óptica, la función de "retribución justa" puede abordarse de manera general en dos estadios claramente diferenciados del proceso

⁸¹ CSJ SP4134-2016

penal. Como criterio que influye en la determinación judicial de la pena, en cuanto es en tal momento que se define la medida de la retribución y se determina su contenido de justicia, de mano de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y, como función vinculada a la ejecución de la pena que no puede ser dejada de sopesar cuando vaya a enjuiciarse la adopción de providencias que anticipen material y condicionalmente una parte de la privación efectiva de la libertad o la subroguen por un periodo de prueba.

Igual cosa ocurre con la función de "prevención general", a través de la cual se advierte a la sociedad de las consecuencias reales que puede soportar cualquiera que incurra en una conducta punible: paradójicamente el hombre se ve compelido a proteger la sociedad mediante la amenaza a los individuos que la componen. Porque el orden jurídico es un sistema que opera bajo la fórmula acción - reacción, supuesto - consecuencia jurídica. Ese fin de "prevención general" es igualmente apreciable tanto para la determinación judicial de la pena como para el cumplimiento de la misma, pues se previene no solo por la imposición de la sanción, sino y sobre todo, desde la certeza, la ejemplarización y la motivación negativa que ella genera (efecto disuasivo), así como desde el afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva)⁸².

Conforme con este derrotero, encuentra la Sala que existe un pronóstico favorable para que el acusado cumpla la sanción impuesta al interior de su domicilio, por cuanto es suficiente para que se materialice las funciones de la pena de prevención general y especial como de retribución justa.

No se desconoce que la conducta punible por la cual se emitirá condena es grave en tanto se afectó el bien jurídico de la administración pública y fue desarrollada cuando éste ostentaba la calidad de servidor público, lo cierto es que acaeció en el año de 2005.

De otra parte, la Sala no puede realizar una doble valoración acerca de la gravedad del daño ocasionado, al momento de evaluar el desempeño laboral o social del

⁸² CSJ SP, 28 nov. 2001, rad. 18285, reiterado en CSJ SP15528-2016, rad. 40383.

sentenciado frente a la repercusión social de la conducta, siendo evidente que en la actualidad el procesado no ejerce función pública, y está retirado del servicio público y carece de vínculo contractual con el Estado.

Sobre este punto, esta Corporación, en un caso de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, unificó la postura en el sentido de que la gravedad de la conducta está por fuera de toda consideración cuando se trata de evaluar el desempeño social o laboral del sentenciado. En extenso se adujo:

En tal sentido la Corte ha girado en torno a dos posturas: una que sostiene que la gravedad de la conducta está por fuera de toda consideración cuando se trata de evaluar el “desempeño, laboral o social del sentenciado.” Así, en la SP del 9 de julio de 2014, Rad. 43711, sostuvo:

Ahora bien, desestima la Corte el argumento del Tribunal al negar la prisión domiciliaria, cuando afirmó que dada la calidad de servidora pública de la acusada ésta merecía un tratamiento más severo por parte de la administración de justicia, frente a infractores de la ley penal que no ostenten dicha condición, pues tal circunstancia es atendible pero al momento de fijar el quantum punitivo, más no para establecer la viabilidad de sustituir o suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad, pues su procedencia se limita a los aspectos fijados, en lo que se refiere a la prisión domiciliaria, en el artículo 38 del Código Penal, los cuales aluden a la conclusión de que el procesado no representa peligro para la comunidad ni evadirá el cumplimiento de la sanción.”

La otra tesis, por el contrario, afirma que la intensidad del injusto, más allá del cumplimiento del factor objetivo, es un factor a analizar al apreciar “el desempeño, personal, laboral y social del sentenciado.” Así, en la SP, del 9 de octubre de 2013, Rad. 40536⁸³, la Corte sostuvo:

“Para fijar el contenido y alcance que de acuerdo con el precepto 38.2 del C.P., posibilita que la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumpla en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto del que el juez determine y de acuerdo con el cual es presupuesto

⁸³ Se cita: «En la decisión indicada se mencionó como antecesores las SP 16519/02, 18455/05, 21620/06, 26794/07, 29676/08, 31058/09, 35153/11, 32571/12 y 40159/13, entre otras».

indispensable “Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena”, esto es, en el proceso de su decantación, la Corte ha señalado que sólo es posible valorar este requisito dentro del ámbito subjetivo que entrañan sus elementos condicionantes, bajo el entendido que la sustitutiva (colmado el factor objetivo referido a la penalidad no superior a 5 años), sólo es viable cuando la gravedad del comportamiento, atendida la repercusión social intrínseca y las funciones de la pena desde la perspectiva de la retribución justa, prevención especial y reinserción social, lo posibilita.”

Esta última interpretación lleva a la conclusión de que la conducta se debe apreciar desde una doble perspectiva: una, que corresponde a una mirada desde el factor objetivo, que se sustenta en una consideración de orden legal sobre la base del quantum de la pena, y otra que mira a la conducta en su expresión concreta, en su repercusión social intrínseca desde la perspectiva de los fines de la pena.

Es necesario entonces unificar esa interpretación y optar por la primera alternativa que articula la gravedad del injusto, la finalidad del instituto y los fines de la pena.

En ese orden, para lo que ahora corresponde, se debe señalar que no existe ninguna prueba que indique que el procesado ha cometido conductas del mismo tipo, ni antes ni después de la comisión de la conducta que se le imputa, ni que haya evadido las citaciones o llamados judiciales⁸⁴.»

En consecuencia, es un yerro pensar que las finalidades de la pena se cumplen únicamente con la privación de libertad intramural y no con la prisión domiciliaria, la cual restringe derechos fundamentales puesto que en ambos opera las funciones de prevención especial⁸⁵.

CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, fue Gobernador elegido popularmente para la época de los hechos, y si bien la actuación permite establecer que además de la presente

⁸⁴ CSJ SP2294-2019, rad. 47475.

⁸⁵ *Ibidem*.

condena, también fue sentenciado en dos oportunidades más por esta Corporación en CSJ SP, 3 feb. 2010, Rad. 32320 y SP, 3 mar. 2010, Rad. 31069, en la primera, por los delitos de concusión e interés indebido en la celebración de contratos, y en la segunda, por intervención en política; lo cierto es que de esas conductas no puede inferirse su desempeño personal, pues las mismas, al igual que por la que se procede actualmente, fueron cometidas en ejercicio del cargo de Gobernador del Departamento de Putumayo hace aproximadamente 15 años y las determinaciones tuvieron lugar en el 2010⁸⁶. Además, no obra en el paginario circunstancia que denote la recurrencia en la comisión de otras infracciones penales, lo que permite inferir que efectivamente ha obrado la prevención especial, pues su buen comportamiento indica el acogimiento que éste ha hecho de los efectos de la sanción penal y la intimidación que en él genera el aparato represor.

Lo anterior, con fundamento en la sentencia CSJ SP, 3 jul. 2019, rad. 53651, donde esta Corporación enfatizó que la existencia de antecedentes penales no conduce *per se* a negar la prisión domiciliaria, porque se impone es valorar la condición personal del sentenciado, esto es, si a partir de su desempeño personal, laboral y familiar se puede inferir fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Aunado a lo anterior, el comportamiento procesal asumido por PALACIOS PALACIO revela que no eludirá el

⁸⁶ En idéntico se pronunció la Sala de Casación Penal en proveído CSJ SP15528-2016, 26 oct. 2016, Rad. 40383.

cumplimiento de la sanción. No puede desatenderse que aun conocedor de las consecuencias a las que se enfrentaba en el presente proceso, pues ya había purgado una pena privativa de la libertad, atendió los llamados de la administración de justicia, actitud que permite inferir de manera fundada que no eludirá el cumplimiento de la sanción, pues en él ha obrado el condicionamiento interno de resocialización y acogimiento a la ley

Además, en el expediente hay constancia de su arraigo familiar y social puesto que es de estado civil casado y padre de familia, con residencia fija en el mismo lugar durante varios años en la capital de Putumayo.

Es decir, los datos de arraigo familiar, social y laboral que tiene el procesado establecen un referente objetivo y cierto que permiten suponer positivamente que no evadirá el cumplimiento de la pena impuesta, tal como lo exige esta Corporación⁸⁷. Tampoco hay noticia de una mala conducta en esos ámbitos en el proceso.

Lo anterior demuestra que en el caso en estudio la prisión domiciliaria es un mecanismo idóneo para cumplir la pena y sus funciones que deben obrar en los sentenciados, como un reconocimiento a su comportamiento posterior al acto delictivo.

Recuérdese que con la prisión domiciliaria también se satisface automáticamente el fin de prevención general positiva y especial.

⁸⁷ CSJ SP918-2016

En cuanto a la primera, permite estabilizar así la infracción de la norma y transmite la censura institucional a la conducta del condenado; y, en cuanto a la segunda, en su aspecto negativo, por cuanto el penado habrá de permanecer privado de su libertad en el domicilio a condición de cumplir a cabalidad las condiciones impuestas judicialmente, y en caso de que incumpla se deberá revocar la sustitución de la ejecución de la pena y reactivarse la reclusión carcelaria⁸⁸.

En esas condiciones al acreditarse los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el artículo 38 del Código Penal es clara la procedencia de la prisión domiciliaria, bajo la obligación de cumplir con los compromisos fijados en el numeral 3° *ibidem*, previa caución por la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad en el domicilio el procesado suscribirá diligencia de compromiso, luego de lo cual se coordinará con el INPEC la vigilancia de prisión domiciliaria, criterio que viene siendo aplicado por esta Sala en CSJ SEP-2020, rad. 49761.

Como en el presente asunto la Fiscalía General de la Nación al resolver la situación jurídica del aforado, se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento, la privación de la libertad se cumplirá una vez adquiera firmeza el presente fallo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 de la Ley 600 de 2000. Así lo ha decidido esta Corporación:

Es así como, se reitera, el entendimiento del inciso segundo del artículo 198 (sic) es como sigue: negado el subrogado de la condena de

⁸⁸ *Ibidem*.

ejecución condicional, la privación de la libertad sólo podrá ordenarse una vez en firme la sentencia. Pero, si en el curso del proceso se había dictado medida de aseguramiento de detención sin excarcelación, fundado este último aspecto en el no cumplimiento del requisito objetivo del subrogado o en las prohibiciones expresas de la respectiva causal de libertad, la captura podrá ordenarse de inmediato. La expresión “sin excarcelación” tiene necesariamente que referirse a la que se funda en la anticipación del sustituto penal de la suspensión de la condena, como que ese es el tema traído a colación por la primera parte del mencionado inciso 2°.

De la misma manera se presenta en los casos de libertad provisional por otro motivo diferente al de la condena de ejecución condicional, por ejemplo por vencimiento de términos sin iniciar la audiencia pública, toda vez que llegada la oportunidad de dictar fallo de primera, segunda o única instancia la situación de libertad debe regirse por el subrogado desapareciendo así las circunstancias procesales para mantener las situaciones de excarcelación y, si se niega la condena de ejecución condicional, recobra vigencia la anterior decisión de detención preventiva sin excarcelación, si es que existe⁸⁹.

7. Indemnización de perjuicios.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 137 de la Ley 600 de 2000, en el presente trámite no existió constitución de parte civil a pesar de que la Gobernación de Putumayo hubiera confirió poder a algunos profesionales del derecho, igualmente reconocidos para que tuviera acceso al expediente con miras a elaborar y presentar la respectiva demanda.

De acuerdo con lo estipulado por el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso en que se haya acreditado la existencia de perjuicios con fuente en la conducta punible, el juez procederá a liquidarlos con arreglo a lo demostrado en el proceso, y en el fallo condenará al responsable a indemnizar los daños causados con el injusto penal. Adicionalmente, se

⁸⁹ CSJ, 20 May. 2003, Rad. 18684, proveído reiterado recientemente por la Sala de Casación Penal en SP2544-2020, 22 Jul. 2020, Rad. 56591.

pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho, si a ello hubiere lugar⁹⁰.

En el caso de estudio, el Cuerpo Técnico de Investigación (C.T.I.), realizó dictamen pericial en relación con daños y perjuicios ocasionados por la conducta punible cometida por el procesado, y concluyó que no era posible tasar daño emergente y lucro cesante, por cuanto «*no se encontraron en este estudio elementos de prueba con los cuales se pueda establecer que se incurrió una lesión del patrimonio público en los bienes y/o recursos del [E]stado*»⁹¹.

La conducta delictiva tampoco tuvo la virtud de disminuir la capacidad productiva o laboral del Departamento de Putumayo o poner en peligro su existencia⁹². Por esta razón, la Sala no emitirá condena al pago de perjuicios por este concepto.

De conformidad con lo dispuesto por el citado artículo 56 de la Ley 600 de 2000 y el 365 del Código General del Proceso, la Sala debe pronunciarse sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar.

Las costas del proceso son las erogaciones económicas que debe asumir la parte vencida que se componen de las expensas y las agencias en derecho. Las primeras son los gastos que se requieren para el juicio, diferente a los honorarios de abogados, por ejemplo, el pago hecho a peritos, gastos de fotocopias, viáticos de desplazamientos; en tanto que las

⁹⁰ CSJ SP18532-2017, rad. 43263.

⁹¹ Folios 177 y s.s. Cuaderno original 2 Corte.

⁹² CSJ SP 18 feb. 2003, rad. 16262.

agencias en derecho son los gastos hechos por la parte triunfante para ejercer la defensa judicial en el proceso como son los honorarios pagados al abogado, deben ser declaradas a favor de la parte demandante, y se establecen de acuerdo con el artículo 366-4 de la Ley 1564 de 2012, que remite a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

En el presente caso, la Sala exonerará al procesado del pago de ambas. De las primeras por cuanto no fueron probadas en el expediente, las segundas, porque en el presente proceso no se presentó demanda de constitución de parte civil frente a la cual la Sala pudiera pronunciarse, a través de la declaración de responsabilidad penal del acusado.

Por medio de la Secretaría de la Sala, expídanse las copias de que tratan los artículos 469 y 472 del Código de Procedimiento Penal, aplicado.

Finalmente, ordenará declarar que la ejecución de las penas aquí impuestas le corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad del lugar de la prisión domiciliaria.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Primera Instancia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR a CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, de condiciones civiles y personales referidas en ese

fallo, Exgobernador del Departamento de Putumayo, como autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales [artículo 410 del Código Penal], por el cual fue acusado; en consecuencia, se dispone **CONDENARLO** a la pena principal de **51 meses de prisión, multa de 54.68** salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2005, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por **62.62 meses**, con fundamento en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: No emitir condena en contra de **CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO**, por concepto de indemnización de perjuicios.

TERCERO: DECLARAR que **NO** es procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

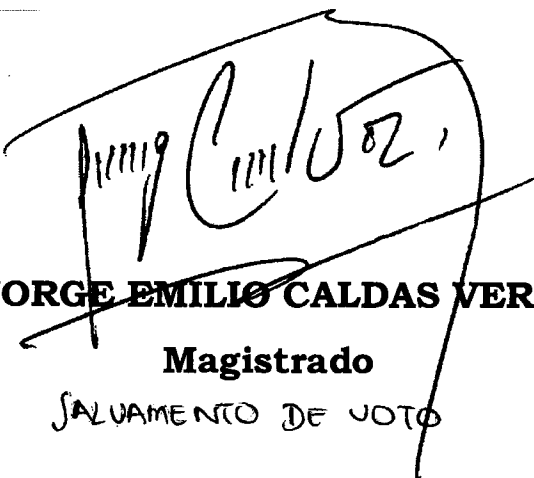
CUARTO: SUSTITUIR al condenado la pena privativa de la libertad por la **PRISIÓN DOMICILIARIA** en el lugar de su residencia, con la obligación de cumplir con los compromisos fijados en el numeral 3° del artículo 38 de la Ley 599 de 2000, previa caución para su cumplimiento por la suma de 1 s.l.m.l.v., en los términos señalados. La cual se ejecutará una vez adquiere firmeza el fallo.

QUINTO: En firme esta providencia, **REMITIR** la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad - reparto, para lo de su cargo.

SEXTO: REMITIR por Secretaría las copias del fallo a las autoridades que alude el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal.

SÉPTIMO: Contra esta sentencia procede el recurso de apelación.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado
SALVAMENTO DE VOTO



BLANCA NELIDA BARRETO ARDILA
Magistrada



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'R' followed by a series of loops and a final vertical stroke.

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Prima Instancia

SALVAMENTO DE VOTO

En el presente asunto de estudio se reconoce el gran trabajo argumentativo de la decisión mayoritaria, no obstante, considero que el problema jurídico debatido puede ser solucionado por causas distintos, según paso a sustentar.

El punible por el que se emite fallo condenatorio en el presente evento, es el previsto en el artículo 410 del Código Penal, que como bien se refiere en la decisión, es un tipo penal en blanco, por ello se hace necesario acudir a las normas vigentes para la época que regulaban los requisitos legales del convenio asociativo, para establecer cuales son los de carácter esencial.

Así entonces, el negocio jurídico celebrado el 28 de julio de 2005 entre el exgobernador de Putumayo CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO y FEDES, tenía por objeto *"aunar esfuerzos para solucionar el problema de vivienda digna de interés social a familias del Departamento del Putumayo"*, ello denota que la actividad de la fundación sin ánimo de lucro, no estaba dirigida hacia el ente territorial, tal como se deduce de las obligaciones contraídas para tal efecto, así: *"(i) ofrecer una vivienda nueva de interés social, acorde a los diseños establecidos, por un valor comercial de \$27.200.000, rebajado a \$17.200.000; (ii) conseguir los recursos para la ejecución del proyecto ante organismos nacionales e internacionales; (iii) seguir*

*todo el proceso de construcción; (iv) formar parte del Comité Operativo; (v) vigilar que la Fundación Patía, administradora y constructora, a cargo de la firma Inversiones Macavi S.A., garantice la construcción de las viviendas.*¹.

Claro es, que la intención del convenio era alcanzar un **interés social** al otorgar una vivienda a una serie de "familias beneficiarias" que serían seleccionadas por la Gobernación de Putumayo; acuerdo que además no implicaba para el ente territorial comprometer su capacidad operativa y financiera, pues su acción era gestionar las licencias de urbanismo y construcción con los municipios, integrar el Comité Operativo para la toma de decisiones y facilitar el recaudo de los dineros. El aporte económico corría por cuenta de los beneficiarios de las viviendas quienes además de contar con el lote donde se construiría el inmueble, debían suscribir un "pagaré que avalara la cancelación del cupo crédito de la vivienda", al igual que debían "pagar la cuota inicial y ciento ochenta mensualidades" y, la Fundación aportaría la suma faltante -\$10.000.000 por cada vivienda- a través de la gestión de donaciones por entidades nacionales o internacionales.

Bajo las condiciones atrás anotadas, en efecto el convenio suscrito se enmarca dentro de la descripción realizada por el artículo 355 de la Constitución Política, ello por cuanto el enfoque de aquél respondía a un **interés público** como el descrito en el artículo 51 *ibidem*, pues "Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda".

¹ Cfr. folio 4 decisión

Así es como, para dotar de contenido el derecho a una vivienda digna previsto en la norma superior mencionada, se promulgó la Ley 3 de 1991, a través de la cual además de generar el derecho a un subsidio para vivienda de interés social, se creó como mecanismo para su desarrollo el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, el que se integra por entidades públicas y privadas que cumplan funciones conducentes a la financiación, construcción, mejoramiento, reubicación, habilitación y legalización de títulos de viviendas de esta.

Es innegable entonces, que resulta de **interés público** para las entidades estatales el desarrollo de proyectos para satisfacer el derecho fundamental de poder acceder a una vivienda digna, así es como incluso la Corte Constitucional reconoció que *"El gasto público social justifica que la Constitución hubiera señalado el derecho a la vivienda digna como objetivo fundamental del estado social de derecho. En efecto, la vivienda es una de las áreas prioritarias de inversión social que ratifica la finalidad social propia del Estado representada en el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. Así las cosas, los subsidios de vivienda familiar se consideran jurisprudencialmente un mecanismo estatal válido para desarrollar progresivamente el derecho a la vivienda digna consagrado en la Constitución, principalmente, cuando se trata de personas en estado de pobreza o extrema pobreza."*²³ (Negrillas fuera de texto)

² Corte Constitucional, sentencia T-831 de 2004 (MP Jaime Araújo Rentería). En esta sentencia la Corte al ocuparse del régimen general de los subsidios de vivienda, manifestó que éstos se tratan de una herramienta con que cuenta el Estado, para lograr que los ciudadanos, con escasos recursos económicos, puedan acceder a una vivienda en condiciones dignas, dando así aplicación al derecho consagrado constitucionalmente en el artículo 51. Al respecto ver también, entre otras, las sentencias T-040 de 2007 (MP Jaime Araújo Rentería), C-057 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo; SV María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva), T-140 de 2015 (MP María Victoria Calle Correa), T-675 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa), T-024 de 2015 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, AV Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-669 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

³ Sentencia T-299 de 2017

Para el cumplimiento del fin social del que se viene hablando, los entes distritales, municipales y áreas metropolitanas, pueden acudir al: *i)* régimen jurídico que por regla general que gobierna la actividad contractual de las entidades estatales, es decir, la Ley 80 de 1993 junto con aquellas que la modifiquen y reglamenten, *ii)* Los contratos de fiducia que se rigen por el derecho comercial y las reglas general con las limitaciones previstas en el artículo 32 numeral 5° de la Ley 80 de 1993 y, *iii)* los convenios de asociación fundamentados en el artículo 355 de la Constitución Política y los que pueden celebrarse conforme a lo previsto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, los cuales se excluyen de la normatividad prevista en la Ley 80 de 1993. Tal como lo reconoció el Consejo de Estado, pues:

i) En los términos del artículo primero del Decreto 777 de 1992, cuando el convenio se celebre por la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público. **En ese caso el convenio se informará por las normas del derecho común, sin perjuicio de que se puedan pactar cláusulas excepcionales.**

ii) Al tenor del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, cuando alguna entidad estatal, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, se asocie con personas jurídicas particulares, y de esa asociación surja una persona jurídica sin ánimo de lucro, esta se sujetará a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.²⁴ (Negrillas fuera de texto)

Todo lo anterior, para indicar que en efecto el convenio suscrito tal como lo afirma la decisión mayoritaria, se encuentra regido en

²⁴ Consejo de Estado 76001-23-31-000-2004-04640-02 (55147) de febrero 15 de 2018.

efecto por lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, los Decretos 777 y 1403 de 1992⁵ y el Código Civil.

De allí que para los efectos que aquí interesan, tal como lo reconoció el Consejo de Estado, estos convenios contienen los elementos que seguidamente se relacionan:

La Sala se atreve a definir los convenios de asociación como aquellos acuerdos de voluntades reglamentados por el Gobierno en ejercicio de la facultad que le dio el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, suscritos entre una entidad pública con una persona jurídica particular que carezca de ánimo de lucro, con la idoneidad reconocida, los cuales tendrán como elemento teleológico el impulso de programas y labores que sean del interés de la colectividad, y que estén en consonancia con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo.

“La doctrina ha extraído sus condiciones al afirmar:

- *“Su competencia regulatoria está asignada por la Carta Política al Gobierno Nacional, excluyendo al legislador.*
- *“Se considera como entidad pública, aparte de las indicadas en la Constitución y la Ley, a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta cobijadas al régimen de las anteriores.*
- *“El contratista debe ser una entidad privada sin ánimo de lucro y que tenga experiencia con resultados idóneos que soporten la capacidad técnica y administrativa para desarrollar el objeto contractual.*
- *“Su finalidad exclusiva es la realización de labores de carácter social, y por tanto, no está permitida la posibilidad de otorgar contraprestaciones a favor de la entidad contratante ni de un tercero, sino que los beneficios derivados del convenio deben ir dirigidos a la población.*
- *“Es necesario que consten por escrito.*

⁵ Derogado por el artículo 11 del Decreto 092 de 2017.

- ***“La naturaleza del convenio es de derecho privado, salvo las excepciones del Decreto 777 de 1992, como la posibilidad de acordar cláusulas excepcionales propias de la contratación estatal.***
- ***“El organismo público contratante tiene la potestad de terminar de manera unilateral el contrato y exigir el pago de los daños irrogados, siempre que se incumpla las obligaciones desprendidas del negocio jurídico bilateral⁶”^{7,8}*** (Negritas fuera de texto)

Además, estos convenios se encuentran regidos por los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política dado que ***“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...”*** (CSJ SP, 19 Dic 2000, Rad. 17088 y 14 Dic 2011, Rad. 36613, entre otras)⁹, por cuanto el Estado no puede obviar los fines esenciales que lo impulsan y se encuentran previstos en el artículo 2 de la Carta, postulados que se desarrollan en el artículo 23 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, que dispone ***“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa”.***

Así entonces, PALACIOS PALACIO estaba impelido a cumplir con las normativas atrás expuestas y, por ende, a constatar que en FEDES confluyera no solo la calidad de ser una entidad privada sin ánimo de lucro, sino también que fuera de ***“reconocida idoneidad”***. Calidad que conforme al imperativo que regía para la época de los

⁶ Original de la cita. Contratación Pública, Análisis Normativo, Descripción de Procedimientos, Sexta Edición de Carlos Pachón Lucas.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 3 de diciembre de 2014, Exp. 51.832. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

⁸ Consejo de Estado 76001-23-31-000-2004-04640-02 (55147) de febrero 15 de 2018

⁹ CSJ SP9225-2014 (37462) de julio 16 de 2014

hechos era *"la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato."* Obligación que no cesaba allí, pues el resultado favorable del análisis indicado debía *"constar por escrito debidamente motivado"*.

Como en el presente caso no obra por escrito el análisis de la reconocida idoneidad, podría llegarse a la conclusión que la omisión endilgada al procesado se encuadra en la descripción del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por cuanto forma parte de la esencia de esta tipología de contratos realizar el estudio y valoración de la idoneidad para favorecer con el contrato a una asociación sin ánimo de lucro. No hacerlo pudiera afectar más el principio de transparencia como garantía de la selección objetiva previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que el principio de responsabilidad -como lo afirma la Sala Mayoritaria-.

Clarificado lo anterior, el punto de disenso en torno al fallo condenatorio se centra en que, la conducta reprochada al procesado no es antijurídica, entendida esta como *"un juicio negativo de valor mediante el que se determina si la conducta típica y antinormativa pugna con el ordenamiento jurídico en su conjunto, y si amenaza o lesiona el bien jurídico tutelado. En otras palabras: no basta con la verificación de la ausencia de una norma permisiva o causal de justificación -aspecto formal-, sino que es indispensable determinar si la conducta en estudio representa una amenaza o un daño para el bien jurídico -aspecto material-. Con ello queda claro, al mismo tiempo, que se trata de un juicio objetivo y subjetivo, al igual que sucede con la conducta humana a la que está referido."*¹⁰ (Negrillas fuera de texto)

¹⁰ Derecho Penal, Parte General. Fernando Velásquez V

Aspecto fundamental, pues desde la Constitución Política, conforme se desprende del artículo 16 se cuenta con una libertad general de acción, cuya limitante se arraiga en la afectación de los derechos de los demás y el orden jurídico establecido, por ello se dice que *"desde la óptica del derecho penal, por regla general en Colombia se tiene libertad de actuar siempre que no se realicen injustos, y estos solo son los constituidos por aquellas conductas que lesionen bienes de los demás y chocan con el orden jurídico. Si se quiere, por orden constitucional solo será injusto lo que, siendo formalmente antijurídico, también lo es materialmente"*¹¹

Corolario de lo anterior, es posible afirmar que la antijuridicidad se encuentra fundamentada en dos pilares que son acumulativos y no alternativos, la antijuridicidad formal y material, es decir, que el injusto que amerita la intervención penal, es aquel que, además de enfrentar el ordenamiento, lesiona o pone en efectivo peligro un bien jurídico, es decir, un desvalor de acto y de resultado, sin que prevalezca uno sobre otro.

Por ello es que afirma la Corte Suprema de Justicia desde antaño que:

"para que un comportamiento típico pueda considerarse base o fundamento del delito es indispensable que lesione o ponga en peligro un bien jurídico; con tal sentido el principio de lesividad acuñado por la doctrina jurídico penal aparece recogido por la legislación penal como uno de los elementos esenciales del delito.

Por tal motivo, no basta una simple contrariedad de la conducta con lo dispuesto en el tipo penal, sino que se requiere que con ese

¹¹ Lecciones de derecho penal parte general, Universidad Externado de Colombia.

comportamiento se lesione o ponga en peligro de manera efectiva, un bien jurídicamente tutelado.¹² (Negrillas fuera de texto)

En fin, si la antijuridicidad es un juicio negativo de valor, tanto de acción como de resultado, si no se presentan ambos no puede hablarse del injusto. En este caso no surge evidente ni el desvalor de acción ni el de resultado, en gracia de discusión de aceptar el primero, estaríamos emitiendo sentencia condenatoria por la simple contrariedad con la norma, como paso seguidamente a explicarlo.

Para alcanzar el fin propuesto atrás, es preciso delimitar el bien jurídico de la administración pública, pues solo atendiendo su significado y alcance es que puede concluirse si se presentó daño sobre este o si en su defecto se puso en efectivo peligro el ámbito de protección del tipo penal. Hay que señalar que este es de carácter polivante dado que protege tanto la **función pública** como los **bienes** de la administración, la primera como expresión dinámica del bien jurídico y los segundos como concepción estática del mismo¹³.

Frente a este ha señalado la Corte Suprema de Justicia que es:

"...el derecho a una recta y proba administración pública, no es exclusivamente de una u otra persona individualizada, ni del Estado como gran ente abstracto; corresponde más a la sociedad, a la comunidad, al interés general.

b. Este criterio, que implica relacionar el funcionamiento de la administración pública con los derechos, intereses y esperanzas sociales o comunitarias, es el que, con razón, ha seguido la Corte. Así, por ejemplo, en sentencia del 18 de mayo de 1999, la Sala Penal dijo:

¹² CSJ SP Radicado 16921 de julio 17 de 2003

¹³ CSJ SP2294-2019 (47475) de junio 26 de 2019

"En los delitos contra la administración pública, ésta se tutela como un interés al servicio de la comunidad y los gobernados, de tal manera que aparezca protegido algo funcional y dinámico, pues, de lo contrario, se sancionaría como delito la mera desobediencia a la ley (violación de prohibiciones o mandatos) y no la real transgresión de bienes jurídicos. El ius puniendi, por su naturaleza extrema, no puede disponerse para aislados quebrantamientos de deberes profesionales o para la protección de una vaga pureza de la administración pública, pues ello se traduciría en una visión totalitaria de la actividad administrativa, sino que es preciso establecer que la conducta juzgada pone en riesgo concreto los procedimientos que los miembros de la colectividad tienen para resolver sus conflictos" (Segunda instancia, radicación número 13.827, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

c. La administración pública es una organización, una estructura, un andamiaje en movimiento permanente, que cumple sus funciones con base en un orden previamente establecido, disposición que es la observada, percibida y esperada por la comunidad. **Cuando esa organización o estructura se resquebraja, se modifica o altera y, por tanto, se torna en disfuncional, las consecuencias las padece el ciudadano, como miembro de un grupo social que, a su vez, es elemento esencial del ente conocido como Estado.** En este sentido, aunque respecto del delito de peculado, pero con la misma base, se ha pronunciado la Corte, por ejemplo en sentencia de única instancia del 31 de enero del 2001 (radicación número 6593, M. P. Mario Mantilla Nogués), decisión que recuerda e incorpora en su texto pensamientos similares de la Sala perceptibles en pronunciamientos del 30 de septiembre de 1975 (M. P. Federico Estrada Vélez) y del 7 de junio de 1983 (M. P. Alfonso Reyes Echandía).

d. En general, como importante punto de partida, se puede admitir que el bien jurídico tutelado que se estudia es ofendido cuando se atenta **contra la buena marcha de la administración pública**¹⁴, es decir, cuando su organización, estructura o funcionalidad son distorsionadas o víctimas de otros rumbos.

¹⁴ Antonio Pagliaro. *Principi di diritto penale. Parte speciale*. Milano, Giuffrè, 1981, 2ª. Edizione, págs. 294/5

Desde luego que dada la amplitud del concepto administración pública, íntimamente vinculada con los intereses y derechos ciudadanos, se hace menester especificar, según la conducta concretamente desplegada.¹⁵

En punto a la contratación estatal, se habla de corrupción administrativa y sobre ella ha indicado la Corporación en cita que:

"Según Transparencia Internacional, la corrupción administrativa se define como el "fenómeno por medio del cual un funcionario público es impulsado a actuar de modo distinto a los estándares normativos del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa. Corrupto es por lo tanto el comportamiento desviado de aquel que ocupa un papel en la estructura estatal" (Transparencia Internacional Latinoamericana y El Caribe, 1999).

Con razón se afirma por la doctrina que la corrupción es el peor defecto o tara en la administración pública, es lesiva de manera definitiva del progreso de una nación porque el Estado no puede cumplir con sus fines constitucionales y es imposible invocar la credibilidad ciudadana en sus instituciones cuando los servidores públicos traicionan sus deberes y obligaciones.

Por tal motivo es que la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, Resolución 41/128 del 4 de diciembre de 1986, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, lo haya rotulado como derecho humano inalienable en el artículo primero. La Declaración de Viena (Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, del 25 de junio de 1993) estableció que la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente. La Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley 419 de 1997) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 970 de 1995), son frente común contra ese flagelo que nefastamente corroe a nuestra sociedad.

En nuestro país, el foco principal del problema se sitúa en la contratación estatal, por donde se van las esperanzas de progreso

¹⁵ CSJ SP Radicado 17871 de febrero 25 de 2003

de millones de colombianos; aquí está el principal problema de corrupción y ejemplos de ellos abundan cada día (mírese casos como Foncolpuertos, contratación, entre otros) y amenazan incluso en convertirse en un problema de Estado y es allí donde la sociedad en general debe afianzar los controles para combatirla, empezando por asumirlo como algo propio y no como desde tiempo inmemorial, algo ajeno y con frecuencia hostil; diseñar estrategias de carácter global que impliquen la adopción de programas de ética implementados desde la educación y la recuperación de los valores sociales y morales; implementar mecanismos legales, administrativos y de control efectivo, donde todas confluyan a la instauración de la moralidad pública y privada, y la actividad de los políticos este guiada por la ética de la responsabilidad; así, finalmente, la comunidad en casos como estos exprese un verdadero rechazo y brinde a la vez una real colaboración a la justicia y los órganos de control.

En síntesis, y acorde con lo que se viene exponiendo y la realidad colombiana, puede afirmarse que **la corrupción administrativa es un proceso perverso realizado por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, que consiste en apropiarse o desviar indebidamente recursos asignados directa o indirectamente a la atención de los usuarios y puede asumir, además, las formas veladas de la ineficiencia, deliberada o no, y de actos conforme a las normas que implican el mismo efecto de desviar recursos de su destino legítimo.**¹⁶ (Negritas fuera de texto)

Atendiendo lo dicho, y como quiera que en efecto además en el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, surge evidente que el tipo penal busca sancionar a los servidores públicos que desconocen los especiales requerimientos o requisitos que según la legislación tienen el carácter de esenciales para su tramitación, celebración o liquidación de un contrato, el reproche surge por el desconocimiento al principio de legalidad, empero *“no se busca*

¹⁶ CSJ AP Radicado 34474 de mayo 1 de 2011

sancionar negocios "prohibidos" sino disconformes con el ejercicio de la función pública¹⁷.

Intelección última, que permite afirmar que el ámbito de protección de la norma involucra la salvaguarda de los preceptos contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política, así entonces, es posible fundir las dos nociones de las que se viene hablando, para indicar que en materia del punible previsto en el artículo 410 de la codificación sustantiva, el juicio de desvalor lo conforma la afectación o puesta en peligro de forma efectiva, sobre el principio de legalidad contractual y la negación del interés general, los fines y necesidades públicas, los cuales se advierte no son alternativos sino acumulativos.

Bajo el derrotero anterior, en el trámite y celebración del acto jurídico entre el aquí procesado y FEDES, no se aprecia que la conducta surja antijurídica, menos con afectación al principio de responsabilidad que se define en la decisión mayoritaria como el que *"exige al funcionario buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y proteger los derechos de la entidad, del contratista y de terceros que puedan resultar afectados con su ejecución."*¹⁸

El juicio desvalor, en la providencia se funda en dos aspectos fundamentales a saber: i) por la carencia de idoneidad reconocida de la fundación sin ánimo de lucro, pues se afirma que *"FEDES carecía de la reconocida idoneidad exigida como requisito esencial."*¹⁹ Esto permite determinar que la Fundación se encontraba facultada para adelantar proyectos en los cuales se involucrara la construcción de viviendas e incluso aquellos para

¹⁷ CSJ SP, 18 abr. 2002, rad. 12658

¹⁸ Cfr. folio 39 de la decisión.

¹⁹ Cfr. folio 59 de la decisión.

*soluciones de interés social, pero ello no era suficiente para acreditar la idoneidad requerida en la suscripción del negocio jurídico. Tal exigencia iba más allá de la simple posibilidad legal para hacerlo pues adicionalmente debía complementarlo con experiencia específica en el desarrollo del objeto convenido, con resultados satisfactorios que acreditaran su capacidad técnica y administrativa*²⁰.

Para arribar a la conclusión atrás en cita, se indicó que PALACIOS PALACIO faltó a su deber legal de realizar tal constatación, pues no realizó una *"verdadera evaluación de la experiencia que acreditara la capacidad técnica y administrativa de FEDES para realizar el objeto del contrato, además de no plasmarla en un documento con la debida motivación."*²¹

Conclusión que no se comparte, a pesar de la indubitable falta en la documentación del convenio asociativo del escrito que constate dicho análisis, por cuanto en realidad no existe medio de prueba que desvirtué el análisis que realizó el procesado a través de la visita que aquél realizó a la ciudad de Cali y que le permitió arribar a la conclusión de la idoneidad de la entidad para adelantar el proceso contractual del acto jurídico materia de trato.

Esto para significar que la interpretación y alcance dado a los medios de prueba no conducen indefectiblemente a la afirmación planteada de desatención al imperativo normativo, por el contrario, en análisis del primer ángulo, lo expresado por el representante legal de FEDES, no sirve de fundamento para ello, aquél no afirma como se concluye en la decisión mayoritaria, no conocerlo, su declaración lo que señala es que *"no tengo el hecho físico, a mí me presentó la fundación Patía muchos alcaldes, pero no sé si en esa época, me presentó al gobernador. O sea, ahí no tengo preciso si me lo presentaron o, no me lo presentaron,*

²⁰ Cfr. folio 60 de la decisión

²¹ Cfr. folio 66 de la decisión.

*me presentaron mucha gente política, alcaldes y todo, pero no tendría presente si él estaba ahí en tantos políticos que me presentaron.*²² (Negritas y subrayas fuera de texto)

Tampoco en el segundo ángulo, puesto que de la información que rindió la funcionaria de la Gobernación de Putumayo, que fue con posterioridad a la visita del entonces Gobernador, lleva a descartar lo expresado por PALACIOS PALACIO y la visita por este realizada, dado que aquella señaló que en los dos sitios que frecuentó no operaba FEDES, no obstante, no se puede afirmar que el procesado estuvo en esas mismas ubicaciones, dado que claramente expresó en la versión libre e injurada que por el paso del tiempo ya no recordaba el lugar que visitó.

Verificado el tercer ángulo, este encuentra asiento en los fallidos convenios que suscribió FEDES con otros entes territoriales, para allí deducir que por ello PALACIOS PALACIO no pudo haber visitado obra alguna, puesto lo que este afirma es que se le mostró un proyecto en el Tolima²³, no que se le hubiese mostrado una obra de construcción, su afirmación perfectamente puede estar referida a una presentación digital, la exhibición de una maqueta, planos, fotografías, o incluso a la suscripción de un convenio.

Pero, además la existencia de varios convenios asociativos para desarrollar la construcción de viviendas de interés social con otros entes territoriales, que posteriormente resultaron fallidos, no puede generar tampoco reclamo alguno, pues esta circunstancia es *expost*

²² Cfr. folio 64 de la decisión

²³ Cfr. folio 63 de la decisión

a la valoración que emprendió el procesado para establecer la idoneidad de la Fundación.

Convenios cuya existencia no se puso en tela de juicio, y que fueron señalados por Diego Fernando Fernández Valencia, Representante Legal de FEDES, cuando expresó *«teníamos varios convenios firmados, por eso yo firmé en Cauca, Nariño, en Putumayo y en el Tolima, y creo que, en el Huila, si no me falla, hablamos firmado varios convenios con el mismo desarrollo para desarrollar vivienda asociativa»*.²⁴

La cuarta arista, tampoco tiene la entidad emprendida, pues no es de recibo concluir que Fernández Valencia, reconoció no contar con la experiencia para desarrollar un proyecto del tipo plasmado en el convenio, al contrario, con la declaración suma su experiencia de 15 años a la fundación así *«[D]e la fundación, como tal de la fundación, no, del arquitecto Diego Fernández, fue lo que lo montó, por eso me puse yo de representante legal, porque antes era Ebert, entonces él era administrador, y yo le dije: ¡vamos a hacer un plan de vivienda!, entonces tengo que ser yo el representante legal, y empezamos a trabajar en eso»*²⁵. [...] *De 1990 a 2005, pues esa es mi experiencia*²⁶.²⁷

Siendo estos los elementos en la providencia mayoritaria, para inferir que PALACIOS PALACIO no realizó valoración alguna, es menester señalar que no surgen unívocos, sino que permiten interpretación contraria, por lo que debió aplicarse el rasero de Occam o *lex parsimoniae*, es decir, *“siempre deberá escogerse la teoría o*

²⁴ Cfr. folio 64 de la decisión.

²⁵ Minuto 50:31 CD obrante a folio 324 del Cuaderno Original 2 de la Corte.

²⁶ Minuto 51:33

²⁷ Cfr. folios 60 a 61

*conjetura más sencilla entre todas aquellas que en igualdad de condiciones puedan explicar un mismo acontecimiento*²⁸

ii) Hay que precisar que el segundo hecho materia de reproche, como falta a los requisitos esenciales, no se encuentra contemplado en la norma que regula esta tipología de contratos. Este aspecto fue previsto en el negocio jurídico y conforme a las diversas cláusulas no surge evidente su cumplimiento para establecerlo como esencial.

Ello por cuanto en realidad, los recursos debían garantizarse para desarrollar el proyecto de construcción, tal como se desprende de las cláusulas sexta y séptima puesto que ***“durante los tres meses iniciales, FEDES realizaría la gestión de desembolso del recurso financiero y el departamento la socialización del proyecto. En los tres siguientes se legalizaría la cofinanciación a cada una de las familias seleccionadas y ocho meses desde el inicio de la construcción de los inmuebles, para la entrega definitiva a cada uno de los usuarios del programa.”***²⁹ (Negritas fuera de texto)

De allí, que se entienda, que el tema de los recursos financieros estaba previsto para la ejecución del convenio, por tanto, carecía de interés para el punible enrostrado. De otro lado, surge completamente exótico que se pretenda como requisito para la suscripción de un convenio asociativo que FEDES contara con unos recursos ublcados y paralizados por la suma de \$24.000.000.000, cuando en realidad, se tenía era la expectativa de construir 2.400 viviendas de interés social, dado que se desconocía cuántos beneficiarios se inscribirían, si todos ellos cumplirían con los

²⁸ CSJ SP Radicado 30316 de abril 18 de 2012, SP radicado 41778 de marzo 5 de 2014, SP3006-2015 (33837) de marzo 18 de 2015.

²⁹ Cfr. folio 54 de la decisión.

requisitos previstos, esto es, contar con un lote para su construcción y si podrían adquirir una financiación de \$17.200.000.

Llama la atención que, del recuento de los hechos *"Un aproximado de noventa (90) familias cancelaron la suma de cincuenta mil pesos (\$50.000), correspondiente al formulario de inscripción y una póliza de trescientos mil pesos (\$300.000), además, cincuenta de ellas cancelaron un millón de pesos (\$1'000.000) como cuota inicial, sumas que fueron consignados a "FEDES - FUNDACIÓN PATÍA 2000" en una cuenta de ahorros del Banco Agrario."*³⁰ Al que suma, lo expresado en la acusación el que *"los beneficiarios del proyecto ya habían consignado los dineros requeridos por FEDES, la cual reportó consignaciones desde el 12 de diciembre de 2005 por un valor de \$379.500.000, y el que fue retirado a través de varias transferencias de fondos por el representante legal de la Fundación Patía 2000"*³¹.

De lo anterior, ninguna mención se hizo ni se ahondó dado que ningún reproche elevó el ente acusador por ello, no obstante, es importante este tema pues de la simple operación aritmética las cifras consignadas por las familias relacionadas ascienden a \$4.500.000 por inscripción, \$27.000.000 por las pólizas y, \$50.000.000 por la cuota inicial para un total de \$81.500.000, es decir, no se explica o clarifica la diferencia en el haber en la cuenta bancaria de FEDES por la suma de \$298.000.000, que bien puede obedecer a recursos obtenidos para la ejecución de los proyectos de vivienda, no por la entidad internacional anunciada *"Centro de Filantropía Americano"* sino por cualquier otra entidad, tal como lo permitía el clausulado del acto jurídico.

³⁰ Cfr. folio 4 de la decisión.

³¹ Cfr. folio 122 de la decisión.

Por todo lo hasta ahora dicho, se concluye que el reproche estructurado se derrumba, pues no puede concluirse como lo hace la sentencia mayoritaria que *"es evidente que para la suscripción del negocio jurídico el procesado únicamente tuvo en cuenta la propuesta presentada por FEDES, y, en cumplimiento de las observaciones de su gabinete de gobierno sólo constató la constitución legal de la fundación, sin verificar su trayectoria"*³²

Por último, la conducta desplegada por PALACIOS PALACIO, no se advierte vulneradora del bien jurídico tutelado de la administración pública, pues en realidad no puede deducirse que se hubiese afectado o puesto en efectivo peligro la función pública o los bienes de esta -atendida su comprensión polivante-, pues en realidad el tantas veces citado convenio asociativo respondía al interés general, en la medida que se encontraba enfocado al desarrollo de viviendas de interés social, necesidad que está prevista y formaba parte del plan de desarrollo, es decir, su actuación estaba dirigida al beneficio colectivo dado que tenía un claro interés social legítimo, aceptar tal postura sería sancionar a quien pretende proteger de mejor manera el bien jurídico tutelado.

De los hechos y del caudal probatorio, no se desprende un ánimo corrupto, que permita aducir como lo hace la decisión que *"solo tuvo en cuenta la propuesta presentada por FEDES"* pues no se acreditó que existieran otras fundaciones o entidades sin ánimo de lucro que hubiesen elevado propuesta alguna; tampoco se expresó que se hubiesen presentado proyectos para hacerlo a través de cualquier otra modalidad contractual.

³² Cfr. folio 68

No se deduce, de la actuación desplegada por PALACIOS PALACIO una intención para favorecer a FEDES, pues la escogencia de esta Fundación no obedeció a ningún proyecto de la Gobernación o algún programa previsto por ella, es decir, no había competencia alguna para el posible desarrollo de estas 2400 viviendas, que permita inferir que se acudió para ello entonces el trámite previsto por el artículo 355 de la Constitución Política, en vez de un proceso licitatorio, o que, se itera hubiesen dos entidades con similar propuesta que permitiera indicar que en el burgomaestre existió un ánimo de favorecer a uno sobre otro.

No puede perderse de foco que la propuesta del proyecto asociativo no partió del procesado, no existía o por lo menos no se aduce, la existencia de un llamado del ente territorial para adelantar un proyecto como este, como para señalar que se afectó la colectividad con la suscripción de este convenio.


No se puede pregonar que con la suscripción de este convenio se hubiese afectado el funcionamiento de la Gobernación, o cualquier otro proyecto, pues con este negocio jurídico no se comprometía la capacidad operativa y financiera del ente territorial, no se presentó afectación al patrimonio público.

Así las cosas, solo queda presente la simple contrariedad del acto con la norma, por no haber materializado el análisis de la reconocida idoneidad en un documento, para dar la apariencia de pulcritud con la que debe actuar la administración, es decir, solo se puede predicar el desvalor de acto, se itera, no hay desvalor de

resultado por cuanto se no se afectó ni se puso en efectivo peligro el bien jurídico tutelado, no es posible emitir sentencia condenatoria.

En últimas y para corroborar mi respetuosa discrepancia con la Sala Mayoritaria, sancionar en este caso a PALACIOS PALACIO, sería tanto, como aceptar un juicio de responsabilidad objetiva que como se sabe esta erradicada de nuestro derecho penal.

Bogotá, fecha ut supra.


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado