



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

SP082-2023

Radicación n° 59994

(Aprobado Acta No. 050)

Bogotá, D.C., quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Decide la Corte la impugnación especial interpuesta por la bancada defensiva y el procesado DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA contra la sentencia proferida el 12 de abril de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, mediante la cual condenó por primera vez a JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ y VIVIAN ELJAIEK JUAN como coautoras de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, a RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO como cómplice de este último punible y a DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA y LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA como intervinientes especiales del mismo.

1. HECHOS

Mediante escritura pública 3570 del 8 de noviembre de 1999 la Alcaldía Mayor de Cartagena declaró como bien baldío un lote de terreno de 243.75 m² ubicados en el barrio El Laguito de la ciudad de Cartagena, frente al Hotel Dann.

En el 2008, la entonces alcaldesa de Cartagena, JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ inició un proceso de negociación con LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, gerente del Hotel Dann, para vender el supuesto bien baldío.

En el curso de las negociaciones, VIVIANA ELJAIK JUAN, Secretaria de Hacienda Distrital, y LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA suscribieron un acuerdo de pago en octubre de 2008 de \$207.187.500 como precio estimado de los 243.75 m². El referido pacto fue proyectado por DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA con base en el avalúo comercial realizado por el ingeniero RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO.

Para el ente acusador, los mencionados ciudadanos celebraron contrato de compraventa sobre un objeto ilícito por haber vendido un área de playa marítima, bien de uso público imprescriptible, inembargable e inajenable, bajo la apariencia de ser un terreno baldío, trasgrediendo el artículo 63 de la Constitución Política y el 1502 del Código Civil.

Como el propósito de los acusados consistió en vender a toda costa el bien de uso público, supuesto baldío, pretermitieron lo dispuesto en el Acuerdo 030 de 2006 (arts. 5º, 7º y 9º) y la Ley

9 de 1989 (art. 33 y siguientes), dado que el bien reputado baldío, en todo caso, debía ser avaluado por peritos adscritos al Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC y como superaba los trescientos salarios mínimos mensuales vigentes, la venta debía someterse a proceso de licitación.

En ese sentido, para la Fiscalía la entonces alcaldesa de Cartagena JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ, con ayuda de VIVIAN ELJAIEK JUAN, Secretaria de Hacienda de dicho ente territorial, DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA, contratista asesor y RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO, evaluador, permitieron que LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, gerente del Hotel Dann, se apropiara en provecho suyo de un bien del Estado, este es, de una playa marítima declarada como bien baldío.

2. ANTECEDENTES

1. El 25 de abril de 2011, ante el Juzgado 2º Penal Municipal con función de control de garantías de Cartagena, se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación contra JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ y VIVIAN ELJAIEK JUAN como autoras de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, con las circunstancias de mayor punibilidad previstas en los numerales 1º y 10º del artículo 58 del C.P., DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA y LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA como intervinientes y RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO como cómplice. Los procesados no aceptaron los cargos.

2. El 28 de mayo de 2011 la Fiscalía radicó el escrito de acusación en los mismos términos de la imputación. El 3 de agosto siguiente fue verbalizado ante el Juzgado 4º Penal del Circuito con función de conocimiento de Cartagena.

3. En audiencia preparatoria del 24 de febrero de 2012, la Fiscalía recusó al Juez Cuarto Penal del Circuito de Cartagena. La solicitud no fue aceptada por el funcionario y el Tribunal la declaró infundada en proveído del 31 de mayo de 2012.

Con posterioridad, en auto del 27 de agosto siguiente, el Juez Cuarto Penal del Circuito de Cartagena se declaró impedido para continuar con el trámite. Remitido el asunto al siguiente juzgado este también coincidió con la manifestación de impedimento y así mismo, el homólogo sexto.

Por ello, el 19 de octubre de 2012, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena en Descongestión avocó conocimiento y convocó a los sujetos procesales para la audiencia preparatoria.

Instalada la audiencia el 16 de noviembre de 2012, el defensor de VIVIAN ELJAIEK JUAN solicitó el cambio de radicación. Petición que fue negada por el Tribunal el 14 de marzo de 2013.

Como para ese entonces había dejado de existir el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena en Descongestión, en reunión extraordinaria del 12 de abril de 2013 la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar

decidió enviar la actuación al circuito de Turbaco. El 16 de abril de 2013 correspondió el asunto por reparto al Juzgado 2° Promiscuo del Circuito de Turbaco.

4. La audiencia preparatoria se realizó en sesiones del 11 y 12 de febrero, 14, 15 y 17 de abril de 2015. En esta última, por solicitud de la bancada defensiva, el juzgado de conocimiento decretó la nulidad de todo lo actuado a partir de la sesión del 12 de febrero.

Esta decisión fue apelada por la Fiscalía y el apoderado de las víctimas. El Tribunal revocó la nulidad cuestionada y negó las peticiones invalidantes el 15 de septiembre de 2015.

Luego de ello, la audiencia preparatoria continuó el 30 y 31 de marzo, 20, 21 y 23 de septiembre de 2016, 24 de enero y 9, 10 y 11 de mayo de 2017. El 10 de julio siguiente el juez adoptó la decisión definitiva sobre las peticiones probatorias.

Contra esta determinación se interpusieron los recursos de reposición y apelación. Al dirimir la reposición, el 26 de septiembre de 2017 el juzgado de conocimiento decretó la nulidad del auto mediante el cual se había pronunciado sobre las pruebas.

Al día siguiente, el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Turbaco profirió otro auto en el que se pronunció sobre las solicitudes probatorias. Esta decisión fue apelada y la sustentación de la alzada tuvo lugar el 11 y 12 de octubre de 2017. El Tribunal desató la apelación el 4 de abril de 2018.

5. El juicio oral tuvo lugar en sesiones del 15 y 17 de agosto, del 10 al 13 de septiembre, y del 10 al 12 de diciembre de 2018; 24 de enero, 13 de febrero, del 15 al 19 de julio, del 23 al 26 de septiembre, del 15 al 18 de octubre, del 18 al 22 de noviembre, del 9 al 13 de diciembre de 2019 y del 28 al 31 de enero, 11 de febrero, 28 al 31 de julio, 25 al 28 de agosto y 21 de septiembre de 2020. En esta última oportunidad, se anunció el sentido absolutorio del fallo.

6. En sentencia del 7 de octubre de 2020 el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Turbaco absolvió a los procesados.

7. Apelada la decisión por la Fiscalía, la representación de la víctima y el agente del Ministerio Público, el 12 de abril de 2021 la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena revocó la sentencia impugnada para, en su lugar, declarar la prescripción de la acción penal en favor de RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO, DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA y LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

De otro lado, condenó a RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO como cómplice del delito de peculado por apropiación a cien (100) meses de prisión y multa de mil ciento treinta y nueve punto setenta y tres (1139.73) salarios mínimos mensuales legales vigentes e inhabilitación intemporal para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

A DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA y LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA como intervinientes especiales del delito de peculado por apropiación a cien (100) meses de prisión, multa de mil veinticinco punto setenta y seis (1025.76) salarios mínimos mensuales vigentes e inhabilitación intemporal para el ejercicio de los derechos y funciones públicas.

De otra parte, declaró responsables a JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ y VIVIAN ELJAIEK JUAN de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, en calidad de autoras y les impuso ciento cincuenta (150) meses de prisión, multa de mil cuatrocientos (1400) salarios mínimos mensuales vigentes, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal e inhabilitación intemporal para el ejercicio de los derechos y funciones públicas.

Negó a los procesados los subrogados penales.

8. La bancada defensiva y el procesado DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA promovieron impugnación especial contra la primera condena proferida por la segunda instancia. Los recursos promovidos por los profesionales del derecho fueron concedidos en auto del 30 de junio de 2021, en tanto que el del sentenciado fue declarado extemporáneo en la misma providencia.

9. Interpuesto recurso de reposición contra la anterior determinación, en auto del 26 de julio siguiente el Tribunal

resolvió conceder ante la Sala de Casación Penal la impugnación especial presentada por DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA en nombre propio.

3. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Al abordar las alegaciones de las partes sobre la prescripción de la acción penal de los delitos acusados, concluyó que había operado el fenómeno extintivo respecto de DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA, LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA y RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO, pero por el contrato sin cumplimiento de requisitos legales, no obstante, decidió analizar la materialidad del delito y la responsabilidad de los procesados en este.

Luego de realizar varias acotaciones sobre el principio de congruencia, los delitos acusados y las figuras de autoría y participación endilgadas a los acusados, reseñó las pruebas y comenzó por señalar que el Distrito Turístico y Cultura de Cartagena hizo pública la propiedad de varios terrenos baldíos por medio de instrumentos públicos, no obstante, como la naturaleza de los bienes es dada por la ley, estos documentos solo constituyeron manifestaciones unilaterales de voluntad derivadas del ejercicio de la función pública que fueron oponibles a terceros gracias al registro en la oficina de instrumentos públicos.

Agregó que dichos actos administrativos se reputan vigentes, motivo por el cual deben ser respetados por los

asociados, en tanto no sean expulsados del ordenamiento jurídico.

Con fundamento en las pruebas aportadas en juicio concluyó que el predio objeto de controversia y el ocupado por Juan Diego Useche Ortegón son completamente diferentes, dado que este ocupó el área de playa que fue otorgada en concesión al hotel, correspondiente a 750 mt² delimitados por la DIMAR en el dictamen de 1984 y reiterados en el análisis realizado por los peritos de la misma entidad en 2008.

Asimismo, destacó que no existe prueba alguna de que Juan Diego Useche Ortegón ocupó el denominado Polígono Las Velas, en particular, porque éste se encuentra debajo de la construcción del Hotel Dann desde 1970, conclusión que extrajo principalmente del informe pericial rendido por los ingenieros Jorge Alberto Leal Santos y Henry Quiroga Vaca del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y el dicho del testigo Augusto Enrique Afanador Soto.

Lo anterior, además, porque se logró establecer en juicio que la sociedad Promociones Caribe abarcó hasta el enrocado que divide los lotes dieciocho (18) y diecinueve (19) con la zona de sedimentación recuperada con los espolones, ocupando por esa vía el 90% del predio denominado Polígono Las Velas, el cual está ubicado en la escollera, de manera que el Hotel Las Velas, para el *a quo*, venía ocupando el baldío urbano objeto de enajenación desde el siglo pasado.

Por consiguiente, consideró que los estudios realizados por la Dirección General Marítima no fueron realizados sobre el polígono Las Velas, tal como lo reconocieron los deponentes Jaime Arturo Barbosa y Carlos Gutiérrez Castro, toda vez que el objetivo de su análisis consistió en determinar la jurisdicción de la DIMAR, pero sobre un área de playa localizada frente a las instalaciones del Hotel Dann.

Descartó las declaraciones de la testigo Diana María Ocampo, exfuncionaria del Incoder, en atención a que había partido de los insumos aportados por Juan Diego Useche Ortegón para contestar la petición, es decir, la escritura pública 3570 de 1999 y el Acuerdo 030 de 2006, sin tener en consideración los estudios realizados por la DIMAR o el I.G.A.C., al punto que ni siquiera pudo identificar la locación del terreno.

Igualmente, desestimó las afirmaciones de los excapitanes de la DIMAR, Erick Guayana Labrador y Víctor Hurtado Irurita dado que confundieron la playa que ocupaba la supuesta víctima con el polígono Las Velas. Con todo, pese a que el análisis se realizó en el área localizada al frente de las instalaciones del Hotel Dann, acotó el juez de instancia que los estudios de esa zona tampoco fueron comunicados a la Alcaldía Mayor de Cartagena entre el 22 de diciembre de 2008 y 23 de febrero de 2009, día en el que fue suscita la escritura de venta No. 408.

Agregó que, en todo caso, la única intervención de la DIMAR en el Programa de Baldíos tuvo lugar el 11 de junio de 2009, cuando solicitó información de este a la alcaldía, mas no sobre la enajenación del polígono Las Velas.

Por lo expuesto, atribuyó el fracaso de la tesis de cargo en el inadecuado análisis normativo de la Ley 137 de 1957, el artículo 123 de la Ley 388 de 1997, por la cual se modificó la Ley 9ª de 1989 y la Ley 3ª de 1991 sobre baldíos urbanos, que eran aplicables al caso.

Descartado que el objeto material de la compraventa consignada en la escritura pública 408 de 2009 haya sido un bien de uso público, verificó si los acusados cumplieron con los artículos 33 y siguientes de la Ley 9 de 1989 y 5, 7, y 9 del Acuerdo 030 de 2006 del Concejo Municipal de Cartagena, en la tramitación y celebración del negocio jurídico mencionado.

En ese orden, destacó que el mencionado acuerdo habilitó la enajenación directa de los predios baldíos y los elementos esenciales de la compraventa estaban plenamente identificados por las partes.

Atinente al delito de peculado por apropiación en favor de terceros insistió en que el polígono Las Velas no es un bien de uso público, de manera que, descartado el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales como medio para obtener el aprovechamiento ilegal de los bienes del distrito, deviene la no configuración de aquel. Agregó que no existe prueba indicativa que el precio fijado en el avalúo tuvo por cometido defraudar al vendedor o que existiese un pacto subrepticio con un valor superior, como fue afirmado por el ente acusador.

En conclusión, absolvió a los procesados de los delitos endilgados, al paso que dispuso la cancelación de todas las anotaciones que existieran en su contra.

4. DECISIÓN IMPUGNADA

En primer lugar, el Tribunal consideró que los recursos de apelación promovidos contra la decisión de primera instancia fueron debidamente sustentados, con ocasión de los reparos que, al respecto, propuso el acusado LUÍS ÉDGAR RESTREPO PINEDA para solicitar su inadmisión.

En punto a las supuestas contradicciones en los hechos jurídicamente relevantes denunciadas por los procesados, consideró que la lectura integral de la formulación de imputación y la acusación arrojaban la indubitable hipótesis *“consistente en que a través de la inscripción de la Escritura Pública No. 408 del 23 de febrero de 2009, la entonces alcaldesa distrital transfirió la propiedad de un bien de uso público”*, frente a la cual, en todo caso, se ha garantizado el derecho de defensa de los acusados.

Por ello descartó que el ente investigador haya postulado como acusación dos supuestos alternativos. De un lado, que la compraventa recayó sobre un bien de uso público inajenable o, del otro lado, que siendo un terreno susceptible de venta se incumplieron las disposiciones previstas en la Ley 9ª de 1989 y el Acuerdo 030 de 2006 sobre la adquisición de baldíos. Precisó que estos últimos hechos fueron aducidos por la Fiscalía, en realidad, para corroborar el dolo de los acusados en vender a toda costa la playa.

A continuación, verificó la configuración del fenómeno extintivo para cada uno de los acusados y concluyó que así operó respecto de LUÍS ÉDGAR RESTREPO PINEDA y DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA en cuanto a su participación como intervinientes en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales desde el 25 de enero de 2018 y para RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO, por el mismo delito del que fue acusado como cómplice, a partir del 25 de octubre de 2018, perviviendo para estos el cargo por peculado por apropiación.

En punto a las procesadas JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ y VIVIAN ELJAIEK JUAN, consideró que persistía el interés del Estado respecto de ambos delitos, dado que su condición de servidoras públicas para cuando se cometieron los punibles incrementaba el término prescriptivo.

Tras reseñar las pruebas practicadas en juicio, aclaró que las declaraciones rendidas por José Tadeo Zakzuk Martínez frente a las inspecciones por él realizadas como investigador en 2009 y 2011 en el Hotel Dann y a la ubicación del polígono Las Velas no pueden ser valoradas, dado que éstos medios de conocimiento fueron excluidos de pleno derecho por ilicitud y, aunque se admitió la recepción del testimonio, su intervención en juicio estuvo condicionada a fungir como testigo de acreditación.

Luego de realizar varios cálculos para determinar el área del Hotel Las Velas, hoy Hotel Dann, empleando una figura propuesta por la misma colegiatura y el Teorema de Pitágoras concluyó que se trataba de un polígono irregular. Refirió apartes de la escritura pública No. 1058 del 6 de abril de 1971, aportada por la defensa

de LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA para acreditar la situación jurídica del antiguo Hotel Las Velas, así como de la escritura pública No. 3570 del 8 de noviembre de 1999, mediante la cual se declaró que el polígono Las Velas es un bien baldío de propiedad del Distrito, para concluir que en ninguna de ellas se dijo que el hotel tuviera una piscina o salón de eventos construidos sobre el mencionado polígono, descartando así la tesis de la defensa en ese sentido.

Aunado a ello, con fundamento en el contenido literal del avalúo comercial presentado por RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO y de varias escrituras públicas, concluyó que el polígono Las Velas se encuentra, en realidad, anexo o contiguo a la propiedad del Hotel Las Velas, toda vez que en varias oportunidades fue identificado como “lote” que, además, colinda con el terreno donde está construido el hotel.

Agregó que en el citado avalúo CEBALLOS CALVO aseveró que el polígono solo resultaría útil al vecino en colindancia, esto es, al Hotel Dann, para prolongar su lote existente, dada la imposibilidad de urbanizarlo de manera independiente, razón adicional por la que entendió que el predio objeto de venta no tenía nada, ni la piscina ni el salón de eventos, construido sobre sí, pues de existir estas construcciones, a su juicio, el evaluador debía consignarlo en cumplimiento del Decreto 1420 de 1998.

Destacó de la declaración rendida por Diana María Ocampo Duque -experta en el área de tierras y la naturaleza de los bienes del Estado- que el polígono las Velas se encuentra “*dentro de la playa, tiene material de playa y al lado está con playa*”, sumado a

que las fotografías históricas de Google Earth, consultadas por la testigo, permitían advertir que previamente en el terreno se habían instalado unas asoladoras.

Desestimó los reparos que la bancada defensiva expuso contra las manifestaciones de esta testigo. Destacó que la deponente reúne las calidades técnicas para rendir el concepto, puesto que sí presencié los hechos objeto de controversia, toda vez que no sólo se discute la enajenación del bien, también su naturaleza jurídica, de la cual tuvo conocimiento al auscultar la escritura pública No. 3570 del 8 de noviembre de 1999. Explicó que aun cuando haya sido la víctima, Juan Diego Useche Ortegón, quien remitió este documento público a la experta mediante un derecho de petición, ello no significa que haya sido inducida o sugestionada para declarar en determinado sentido.

Resaltó, en ese sentido, que tampoco existe duda en que la deponente rindió la consulta en el 2009 cuando fungió como Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica del Incoder, en consecuencia, estimó que las imágenes que la experta tuvo en consideración correspondían a ese año, acotación que, según dijo, sería de gran importancia para evaluar más las conclusiones del testigo Henry Quiroga Vaca.

Con respecto a la técnica empleada por la experta, estimó que el Geovisor del Instituto Geográfico Agustín Codazzi – I.G.A.C. y la aplicación Google Earth, consultadas por ella, son herramientas legítimas que ofrecen información creíble y exacta respecto al sistema de coordenadas que obtuvo a partir de los datos catastrales de polígono Las Velas. Agregó que los abogados

de la defensa tuvieron oportunidad de controvertir las opiniones de la especialista, siendo indiferente que no hayan podido observar lo que ella advirtió en Google Earth y el Geovisor para cuando contestó la petición radicada por Juan Diego Useche Ortigón. A continuación, profundizó en los cuestionarios postulados por los defensores a la declarante, para concluir que no minaron la credibilidad de su conclusión.

En ese orden, tras estimar creíble la declaración de Diana María Campo Duque tuvo por razonable concluir que el predio identificado en la escritura pública No. 3570 del 8 de noviembre de 1999, denominado *Polígono Las Velas*, objeto de venta por parte de los encartados en el 2009, es una playa, bien de uso público imprescriptible, inembargable y no enajenable.

Para abundar en razones agregó que de acuerdo con las pruebas practicadas es plausible colegir que el establecimiento Sunset Beach, propiedad de Juan Diego Useche Ortigón, estaba asentado parcialmente en el sitio denominado polígono Las Velas. Entre ellas, apreció las declaraciones de Juan Diego Useche Ortigón, Erick Beremy Guayana Labrador, el capitán Víctor Daniel Hurtado Irurita, así como varios documentos, según los cuales el mencionado comercio se encontraba frente al Hotel Dann, en una playa aledaña. Queriendo insistir con ello en que el predio en cuestión no yacía bajo la piscina del citado hotel.

Con fundamento en lo expuesto, concluyó que la negociación sobre las playas, como bienes de uso público inalienables, constituye objeto ilícito contractual.

En consecuencia, como por medio de la escritura pública No. 408 del 23 de febrero de 2009, inscrita en la Notaría Primera del Círculo de Cartagena, la entonces alcaldesa mayor JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ celebró contrato de compraventa en relación con el *Polígono Hotel Las Velas*, bien de uso público por tratarse de una playa, con el Hotel Dann de Cartagena, representado legalmente por LUÍS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, se configuran los delitos acusados.

Sobre el peculado por apropiación, se apartó de la postura relativa a que esta conducta punible no podía ser agravada por la cuantía sustentada en que los bienes de uso público no tienen un valor comercial establecido. Tras considerar que el artículo 397 del C.P. prevé como objeto material del delito los bienes estatales que incluyen los de uso público, por consiguiente, su valor comercial puede tasarse para establecer la afectación a la administración pública.

En ese sentido, destacó que el monto de lo apropiado o el detrimento patrimonial causado corresponde al valor comercial del bien sin la reducción con la que fue castigado, conforme al avalúo suscrito por RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO, menos la suma de dinero cancelada por el comprador.

Lo anterior, representado en cifras arrojaría que el valor comercial del bien ascendía a \$731.250.000, resultado de multiplicar su extensión por el avalúo del metro cuadrado. A dicho guarismo restó la suma efectivamente cancelada por el LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, es decir, \$51.796.875, según la consignación 1810287 del 9 de octubre de 2008, para concluir

que la apropiación ascendió a \$679.453.125, que equivale a 1367.38 salarios mínimos mensuales vigentes para el 2009. Por ello, la conducta punible cometida es la descrita en el inciso 2° del artículo 397 del C.P., por superar el inmueble los doscientos (200) salarios mínimos mensuales vigentes.

Atinente a la responsabilidad individual en cuanto al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, tuvo por demostrado que el objeto convenido era ilícito y que dicho comportamiento fue llevado a cabo por JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ y VIVIAN ELJAIEK JUAN, puesto que, respecto de los otros procesados, operó la prescripción de la acción penal. No obstante, aclaró que los acusados, en general, son responsables del delito de peculado por apropiación.

Precisó que aun cuando el procesado DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA elaboró el programa de identificación, titulación y enajenación de ciertos bienes que consideró baldíos, por su amplio conocimiento en derecho marítimo y portuario, en realidad, realizó una interpretación caprichosa y contraria a la jurisprudencia de la época al concluir que los terrenos acrecidos con ocasión del desecamiento paulatino o el relleno de los cuerpos de agua eran bienes baldíos de propiedad del Distrito que podían enajenarse.

Al respecto, acotó que el artículo 123 de la Ley 388 de 1997 aclara que los terrenos baldíos que se encuentren en suelo urbano pertenecerán a las entidades territoriales, siempre que no constituyan reserva ambiental. Sobre esta disposición refirió el concepto 1592 del 4 de noviembre de 2004 del Consejo de Estado,

según el cual los ocupantes de los inmuebles baldíos urbanos carecen del derecho a la adjudicación o compra, pues los entes territoriales deben destinarlos a realizar los fines de las leyes de ordenamiento territorial. Agregó que en sentencia del 11 de agosto de 2005, la Sala de Casación Civil de la Corte indicó que los terrenos de bajamar son bienes de uso público, no susceptibles de ser tomados como propiedad particular, por antiguos que sean los títulos exhibidos.

A partir de ello, afirmó que DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA realizó una lectura torticera, caprichosa y contraevidente de los materiales normativos que daban cuenta o se referían a la naturaleza de los bienes que él identificó como baldíos. Máxime cuando en el contrato de asesoría, consultoría y gestión 6-000 del 1º de agosto de 1995 se convino que al acusado se le reconocería el 6% del monto total de las sumas que efectivamente se recauden con ocasión del mencionado programa, estando acreditado que se proyectaba recolectar de la venta de todos los predios calificados como baldíos la suma de \$36.962.500.000, de manera que la comisión esperada sería de más de \$2.000.000.000

Además, consideró que este procesado conocía con suficiencia el predio que recomendó vender, dado que estuvo a cargo de la identificación de los baldíos, participó directamente en la negociación y asistió al comprador, LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, al exigir la restitución del bien en su favor.

Agregó que el artículo 13 de la Ley 768 de 2002 establece que el manejo y administración de las zonas de bajamar y aguas marítimas y fluviales se encuentran bajo la jurisdicción de la

Dimar, así como las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, motivo por el cual DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA debió esperar el concepto de estas autoridades sobre la condición del Polígono Las Velas, en lugar de continuar con la negociación, en especial, cuando lo vendido corresponde a zona de reserva ambiental de jurisdicción de la Capitanía de Puerto.

Con respecto a las acusadas VIVIAN ELJAIK JUAN y JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ descartó que hubiesen obrado conforme al principio de confianza, dado que este, en manera alguna, habilita la omisión del cumplimiento de los deberes constitucionales, legales y reglamentarios asignados a los servidores públicos.

Sobre la primera, consideró que su condición de secretaria de hacienda del distrito le permitía estar al tanto de la naturaleza de los predios enajenados, siendo que esa dependencia lideró el programa de identificación, titulación y venta de baldíos. Aunado a que conoció del avalúo aportado por el representante legal del Hotel Dann, LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, en el que se redujo el precio del metro cuadrado de la zona de \$3.000.000 a \$850.000 tras señalar que el lote carecía de independencia, estaba desabastecido, su área era mínima y no era productivo, siendo que la Resolución No. 762 de 1998 prevé un conjunto de procedimientos matemáticos para la devaluación que debió considerar la procesada, por ser esa su especialidad.

Por estas irregularidades estimó que VIVIAN ELJAIK JUAN debió suspender las negociaciones en tanto se dilucidaba la naturaleza del bien.

Atinente a la procesada JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ recordó que aun cuando en el ejercicio de la función pública es importante el principio de confianza, el alcalde como máxima autoridad administrativa del municipio o distrito, está obligado a verificar la actividad de sus subalternos, siendo ella la encargada de garantizar la transparencia en la ordenación del gasto.

Deberes que incumplió al avalar la errada interpretación que DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA realizó al confeccionar el programa de baldíos, así como al no inferir que la devaluación que se hizo del predio fue injustificada.

Añadió que según el Decreto 1420 de 1998 y el artículo 7° del Acuerdo No. 030 de 2006, el precio de esta clase de bienes para su venta debía ser determinado por avalúos comerciales practicados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o peritos evaluadores miembros de la Lonja de propiedad raíz como lo dispone la ley, calidad de la que carecía RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO cuando realizó el avalúo del lote y que no resulta subsanada porque hubiese acudido a dos personas que sí estaban calificadas para validar su concepto.

Sumado a que el acusado CEBALLOS CALVO detalló y observó el bien, pudiendo constatar que se trataba de una playa colindante con el Hotel Dann y propuso disminuir inmotivadamente el valor del predio, desconociendo los requerimientos de la Resolución 762 de 1998.

Respecto de LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA acudió a una regla de la experiencia, según la cual, el comprador sabe lo que obtendrá luego del pago del precio, en especial si no es de poca cuantía. Destacó que el acusado conocía de la condición del bien adquirido como de uso público, una playa, toda vez que manifestó a VIVIAN ELJAIK JUAN su molestia porque el predio seguía siendo ocupado por Juan Diego Useche Ortegón.

En ese orden de ideas, revocó el fallo impugnado y, en su lugar, declaró la responsabilidad penal de JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ y VIVIAN ELJAIK JUAN como coautoras de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, de DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA y LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA como intervinientes especiales y de RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO como cómplice, pero del delito de peculado por apropiación.

5. LAS IMPUGNACIONES ESPECIALES.

5.1. Del apoderado de JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ.

Como primer cargo, afirmó que el Tribunal omitió los hechos antecedentes, concomitantes y subsiguientes demostrados que daban cuenta de la atipicidad objetiva y subjetiva de la conducta punible enrostrada.

En ese sentido, tras realizar un recuento de ciertos sucesos históricos que circundaron la venta del polígono Las Velas, concluyó que no existió recomendación, alerta, objeción, aviso o

queja sobre la naturaleza del bien inmueble, puesta en conocimiento de la administración antes de la suscripción de la escritura pública No. 408 del 23 de febrero de 2009, aunado a que la política de identificación y disposición de baldíos fue diseñada cerca de 10 años antes de la posesión de su representada como alcaldesa.

Por ende, considera que el *ad quem* se extralimitó al suponer que por el hecho de suscribir la escritura pública de venta, la procesada se vinculó material y psíquicamente con los actos que antecedieron la celebración del negocio jurídico, validado por la ley y demás circunstancias jurídicas no cuestionadas ni tachadas de ilegalidad, argumento con el cual controvierte que la acusada, en efecto, hubiese conocido que la compraventa versó sobre un objeto ilícito, en especial cuando aún, para el presente, no existen elementos científicos que generen la suficiente persuasión de que el polígono enajenado es un bien de uso público, discusión que persiste en el campo de la duda.

Añadió que está acreditado como solo 71 días después de la firma de la escritura de compraventa, el 5 de mayo de 2009, el Capitán de Puerto Víctor Hurtado Irurita envió un derecho de petición a la secretaría de hacienda solicitando explicación sobre los procesos y soportes técnicos para la declaración de baldíos en general, después de lo cual la compraventa fue suspendida, de manera que si los cuestionamientos hubiesen tenido lugar antes de su suscripción, es probable que se hubiera desistido del negocio jurídico objeto de cuestionamiento. Precisó que, en todo caso, el derecho de petición no se refirió específicamente al polígono Las Velas.

A propósito de lo expuesto, dijo que el capitán de puerto admitió en el juicio oral que la valoración de la capitanía se contrajo al predio donde funcionó el establecimiento comercial Sunset Beach, lo que conllevó se creyera que estaba referido a un bien de uso público, pese a que el polígono Las Velas corresponde a un baldío ubicado en el área de la piscina del hotel. Por tanto, si el capitán de puerto no podía actualizar su conocimiento sobre el asunto, menos aún JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ.

Como segundo cargo, acusó al Tribunal de no haber valorado la prueba que indicaba la calidad del bien enajenado y la existencia de dos terrenos con características distintas.

Atinente a la calidad del bien objeto de venta, destacó que *“siempre se vendió la equivocada idea de que se estaba ante la venta de una playa”*, al punto que en un comienzo la Fiscalía afirmaba que el predio se encontraba en el Mar Caribe, para luego aclarar, gracias al curso del proceso, que en realidad estaba ubicado en el establecimiento Sunset Beach de propiedad de Juan Diego Useche Ortegón.

Contrario a ello, afirmó que la locación exacta del predio quedó demostrada en juicio, siendo de ello consciente el ente acusador puesto que en las audiencias preliminares del 4 y 5 de mayo de 2012 se intentó el restablecimiento del derecho en ese asunto, en donde se pretendió destruir la piscina. Es decir que, según el recurrente, desde un comienzo la misma Fiscalía ubicó el polígono Las Velas.

Con todo, aseveró que no existe prueba legal y oportunamente incorporada al juicio según la cual el mencionado polígono de 243.75m² es un bien de uso público, playa marítima o reserva ecológica por parte de la DIMAR, pese a que le corresponde definir esa circunstancia, tal como lo precisó la testigo de cargo Diana María Ocampo Duque.

Consideró que el cuerpo colegiado incurrió en un falso juicio de identidad, pues tergiversó los testimonios de Jaime Arturo Barbosa y Carlos Gutiérrez Castro, peritos de la DIMAR, dado que el informe pericial realizado por ellos el 22 de diciembre de 2008, con ocasión de la petición de concesión o permiso temporal de uso de playa elevada por Juan Diego Useche para el funcionamiento del comercio Sunset Beach, se realizó sobre un área de playa de 583,81 m².

Incorrección por la que el *ad quem* ignoró que, según dicho informe pericial, el límite de terreno objeto de examen por la DIMAR se encuentra comprendido entre la línea más alta de marea hasta el borde exterior de la pared de las instalaciones del Hotel Dan, queriendo decir con ello que se trata de dos locaciones absolutamente diferentes, toda vez que el inmueble baldío enajenado en escritura pública No. 408 del 23 de febrero de 2009, polígono Las Velas, tiene un área de 243.75m² y se encuentra antes de la mencionada pared.

También pretermitió el cuerpo colegiado que los testigos fueron coincidentes al señalar que de ninguna manera verificaron la zona de la piscina del hotel por tratarse de otro terreno no señalado por Juan Diego Useche Ortegón.

En consecuencia, a su juicio, el fallador distorsionó lo que objetivamente decían las pruebas, pues los deponentes en ningún momento afirmaron que el polígono enajenado es una playa marítima.

Atinente al testimonio de Diana María Ocampo Duque, el apelante señaló que el Tribunal le confirió una sobreestimada apreciación al poco menos de dos años que se desempeñó como directora jurídica del Incoder. Consideró una osadía de la testigo catalogar el bien en cuestión como de uso público a partir de su particular criterio jurídico, con fundamento en *“una herramienta poco fiable y que no fue expuesta o verificada en su atestación dentro del juicio oral y público”*, refiriéndose al Google Earth.

Añadió que aun cuando fue la misma testigo quien aseveró que la DIMAR era la única entidad encargada de definir si el bien era o no playa, reconoció que para rendir su informe no contó con el concepto de dicha dependencia, ni siquiera visitó físicamente el predio o realizó estudios de ingeniería, arquitectura, planimetría o topografía sobre este.

Bajo ese contexto, no se explica por qué el funcionario judicial descartó los testimonio de los peritos Henry Quiroga Vaca y Jorge Leal Santos, siendo que, a diferencia de la mencionada testigo, para identificar la ubicación del polígono Las Velas recurrieron a otro tipo de escrituras, hicieron uso del levantamiento topográfico de la manzana donde se encuentra el Hotel Dann y el levantamiento del hotel mismo, entre otros elementos, para concluir que la piscina está dentro del polígono Las Velas, cuya cabida real es de 286.78m² de acuerdo con las

cotas de la escritura pública No. 3570 del 8 de noviembre de 1999.

A partir de ello, insistió en que existen dos terrenos con características distintas. De un lado, el polígono Las Velas con un área de 243.75m², declarado como bien baldío y, del otro, el lote donde estaba ubicado el establecimiento de comercio Sunset Beach. Sobre el primer lote, con fundamento en el informe pericial rendido por los expertos del I.G.A.C. precisó que su área total es de 286.78m², cuya mayoría comprende la totalidad de la zona de piscina del hotel, mientras que 27.72m² restantes no se encuentran dentro de la construcción del Hotel Dann.

Para ratificar la tesis de que el *ad quem* confundió dos bienes distinguibles entre sí, trajo a colación las declaraciones de Miguel Moreno y Piedad Canchano Polo.

Estos hechos, agregó, fueron demostrados a partir del testimonio de José Tadeo Zakzuk, ignorado por el Tribunal a partir de un argumento que estima falaz. Destacó que el cuerpo colegiado debió *“apelar al conocimiento directo, veraz, creíble y exacto que de manera espontánea vertió para el juicio sobre la ubicación del bien enajenado”*, por resultar de particular trascendencia para el asunto debatido, en lugar de suprimir los apartes que de su declaración estaban vinculados directamente con las inspecciones judiciales excluidas del acervo por ilícitas.

Contrario a lo aducido por el fallador, aclaró que la condición de testigo de acreditación del ciudadano José Tadeo Zakzuk no era óbice para inquirirle sobre otros aspectos no

relacionados con su labor. Esta consideración, para el recurrente, desquicia el esquema procesal donde es imperativa la búsqueda de la verdad, esquilmando el testimonio en lo que favorece a la defensa, en especial cuando el deponente poseía conocimientos que le permitían atender cuestionamientos relacionados con el tema de prueba, como la ubicación del predio.

Añadió que en el afán de validar la acusación y proferir condena, la corporación judicial inventó una teoría jamás explorada o mencionada, cual es que la piscina construida desde los 70s por el hotel, fue ampliada sobre el terreno donde funcionaba Sunset Beach con posterioridad al 2009, cuando Diana Ocampo Duque rindió el concepto, incurriendo con ello en falso juicio de existencia al suponer la prueba de *“la ampliación de piscina”* hacía el terreno de uso público e ignorando el principio de razón suficiente, del que hizo una amplia explicación.

Luego de exponer la diferencia entre el derecho penal de acto y de autor, resaltó que el fallador incurrió en error al decir que LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, gerente del Hotel Dann para la época de los hechos, conocía que el terreno comprado era un predio de uso público aledaño al hotel. Esto, porque no es la identificación que el comprador realice lo que determina el objeto de la compraventa, sino la identificación que se le brinde en la escritura pública respectiva, de manera que ninguna relevancia tiene lo que pudo pensar el acusado, cuando lo acreditado en el plenario es que adquirió el bien que se encuentra dentro del hotel, en la zona de piscina y no donde funcionó el mobiliario de Juan Diego Useche Ortegón, que sí es playa.

Con todo, en virtud del derecho penal de acto, agregó que el juicio de responsabilidad penal debe ser individual, de ahí que las conclusiones a las que arribó el juez sobre este procesado no podían ser transmitidas a su representada, cuando su rol consistió en suscribir una escritura pública como alcaldesa, por imperioso mandato del Acuerdo 030 de 2006.

A continuación, aseveró que en el caso concreto no se acreditó la lesión o puesta efectiva en peligro del bien jurídico con la conducta punible, esto es, la antijuridicidad material, dado que el Tribunal no precisó cuál fue la participación de JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ en la apropiación que supone el delito de peculado, pues el problema jurídico debatido siempre versó sobre la naturaleza del bien enajenado, de manera que no existió como tal apropiación de parte de la servidora pública, en atención a que el comprador debía pagar el valor del predio al Distrito de Cartagena, como lo hizo en un comienzo.

Es más, destacó que iniciados los debates en el Concejo Distrital por la supuesta venta de playa por el polígono Las Velas, se suspendió el negocio jurídico. Sumado a que el objeto de la venta no se ha extraviado, teniendo el Distrito un porcentaje del precio por concepto de anticipo que, en su momento, fue requerido para la firma.

En este punto, cuestionó si una playa puede ser o no objeto de peculado por apropiación, bajo el entendido de ser un bien del Estado, pues aun cuando el artículo 674 del Código Civil los incluye en esa acepción, de cara al nexo funcional, *“los bienes de uso público no son puestos a disposición del funcionario por cuenta*

de su cargo o con ocasión de su función y es por ello que el peculado recae exclusivamente sobre los bienes fiscales”, en tanto que los bienes de uso público son protegidos por otros tipos penales como los referidos a las tierras, desplazamiento forzado o invasión de tierras, estando el peculado adscrito a los bienes muebles.

A manera de conclusión del argumento, dijo apelar a la lógica de los procesos penales para cuestionar si sería justo condenar a más de 12 años de prisión a su apoderada, exfuncionaria pública que ha servido la sociedad, carece de antecedentes y de tachas en su mandato, por una situación que ni siquiera afectó al Distrito de Cartagena, para decir que tal proceder no atendería el criterio de última ratio del derecho penal.

De otra parte, controvirtió la afirmación del Tribunal relativa a que su representada debió desconfiar del valor del avalúo comercial del polígono Las Velas, siendo que tal postura desconocería la tesis de la Fiscalía, pues los bienes que son inajenables carecen de valor, de ahí que tasar su precio “hipotéticamente” como lo hizo el funcionario judicial para establecer la configuración del peculado por apropiación, desconoce el principio de estricta tipicidad. En su lugar, expuso que se imponía privilegiar una interpretación *pro homine* para deducir una mínima cuantía, en lugar de procurar valores que no obedecen a la realidad.

No es cierto, además, que la acusada evadiera el cumplimiento del Acuerdo 030 de 2006 en punto a la licitación,

dado que en la misma disposición se aclara que el poseedor regular de los baldíos goza de preferencia para la adquisición del predio, por ello, la alcaldía contaba con plenas facultades para ofrecerlo al Hotel Dann que ostentaba la posesión desde hacía más de 40 años.

Señaló que no existe prueba en el proceso sobre la ilegalidad del castigo del 75% en el precio del lote -justificada parcialmente en la imposibilidad de edificar sobre él y en su localización frente a la playa-, ni que demerite las conclusiones de la experticia rendida por RAFAEL CEBALLOS CALVO, avalada por otros dos peritos de la lonja, Otto Sierra y Luz María Rincón, por lo cual se encuentra revestida por la presunción de legalidad y buena fe. Aunque el Tribunal mencionó la Resolución No. 762 de 1998 para aseverar que esta refería un conjunto de procedimientos matemáticos para justificar la devaluación, en realidad, la disposición en cita contiene *“sistemas para estimar la depreciación de edificaciones y maquinarias por el paso del tiempo”*, no aplicables al avalúo de predios como el que fue objeto de negociación.

Añadió que tampoco era exigible la licitación, pues según el parágrafo 3° del artículo 5° del Acuerdo 030 de 2006 los poseedores por más de cinco años tendrán la primera opción de compra, aunado a que la cuantía estimada por el avalúo no superó los 300 s.m.l.m.v. como lo exige la norma para surtir dicho proceso de selección.

En punto a la tipicidad subjetiva, destacó que el Tribunal citó equivocadamente apartes de la sentencia SP16915-2017,

radicado 48.321, pues reiteró la postura de su homólogo de Bogotá pese a que no fue avalada por la Corte. En su lugar, el recurrente remarcó acápites de esta decisión en los que se privilegió el principio de confianza cuando opera la delegación de funciones, para controvertir en el caso concreto que el Tribunal haya afirmado que JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ debía verificar la actividad de sus subalternos antes de suscribir el contrato de compraventa.

En ese orden, el juicio de responsabilidad para su apoderada está cimentado en afirmaciones caprichosas, alejadas de sustento probatorio que acrediten, sin lugar a dudas, la existencia de la conducta punible, máxime cuando los antecedentes de la negociación denotan que no hubo ninguna alerta sobre posibles irregularidades en los actos ejecutados por la secretaría de hacienda y aquella estaba siendo revisada y aprobada por un grupo de expertos, técnicos y juristas a partir de la ley, el marco jurídico, la jurisprudencia y los acuerdos del concejo distrital.

Con todo, acotó que si en gracia a discusión la venta del polígono Las Velas hubiese sido ilícita, no puede desconocerse que las funciones y responsabilidades del alcalde son de extrema complejidad, tal como lo declaró Erika Martínez, jefe la oficina jurídica de la alcaldía quien explicó que la procesada culminaba labores a la 1:00 a.m., con jornadas de día, noche y madrugada, teniendo la alcaldesa mayor exigencia por su cargo.

Hizo un llamado a la reflexión resaltando que, si existen contradicciones entre la DIMAR, el IGAC y el Incoder sobre la

naturaleza del polígono Las Velas, menos aún puede exigirse a JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ advertir las vicisitudes del asunto en 2009 para predicar que obró dolosamente, como lo sostuvo el Tribunal.

En ese orden de ideas, concluyó que no existe tipicidad objetiva ni subjetiva en el proceder de su representada, motivo por el cual solicita se revoque en su integridad la sentencia cuestionada.

5.2. Del apoderado de VIVIAN ELJAIK JUAN.

De antemano solicita se revoque la sentencia condenatoria emitida contra su representada, en atención a que los hechos jurídicamente relevantes fijados por la Fiscalía no corresponden a la realidad de lo ocurrido en relación con la venta del predio conocido como el polígono Hotel Las Velas, ubicado en Cartagena e identificado con matrícula inmobiliaria 060-1782007, dado que en juicio se logró acreditar que este bien es baldío, es decir, que no se trata de una playa o, por lo menos, que ese fue el entendimiento de la procesada para el momento de la negociación, de manera que obró conforme al principio de confianza legítima, sumado a que el precio de venta correspondió al señalado para la época.

Sustenta su pretensión revocatoria, igualmente, en que no se logró demostrar que la acusada conocía que el predio vendido era una playa.

Tras reseñar los hechos que el Tribunal consideró relevantes para el estudio del caso, afirmó que el fallador realizó su propia interpretación tanto de la imputación como de la acusación, en punto a una hipótesis alternativa propuesta por la Fiscalía, comprometiendo su imparcialidad al eliminar uno de los hechos jurídicamente relevantes y construir una teoría del caso.

Al respecto, aclaró que de la acusación surgían dos supuestos, de un lado, que el objeto de la compraventa era un bien de uso público inalienable, pero del otro, que la venta del predio devino en contradicción de la Ley 9 de 1989 y el Acuerdo No. 030 de 2006 que reglamentaba el procedimiento de enajenación de los baldíos que el distrito adquirió con ocasión del artículo 123 de la Ley 388 de 1997. Supuestos que, para el recurrente, son excluyentes *“pues si se ajustaba la venta aún (sic) determinado procedimiento, el licitatorio, era porque el predio se podía vender lo que pugna cierta y abiertamente, con la tesis de que no se podía disponer del bien por ser una playa, esto es, un bien de uso público”*.

No obstante, continuó el recurrente, el *ad quem* consideró que una sola era la hipótesis enrostrada a los procesados. Según el fallador consistía en que la entonces alcaldesa distrital, JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ, vendió al Hotel Dann, representado por LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, 243.75m² de playa marítima, declarados ilegalmente como baldíos en escritura pública No. 3570 del 8 de noviembre de 1999. En esa negociación, VIVIAN ELJAIEK JUAN suscribió un acuerdo de pago con el empresario en octubre de 2008 estimando el precio del bien en \$207.187.500, de acuerdo con los cálculos de DARIO

GIOVANNI TORREGROZA LARA, con base en el avalúo comercial del ingeniero RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO.

Esta mutación fáctica, para el recurrente, comprometió la imparcialidad del Tribunal, en una oportunidad procesal en la que no contaba ya con posibilidad de ejercer el derecho de contradicción. Sumado a que desconoció que los hechos jurídicos cercenados fueron empleados por la Fiscalía para estructurar los elementos del tipo objetivo del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, al citar expresamente el contenido de los artículos 5, 7 y 9 del Acuerdo 030 de 2006, el artículo 33 y siguientes de la Ley 9 de 1989, 63 de la Constitución Política y 1502 del Código Civil.

Acotó que aun cuando en la providencia cuestionada se dijo que el procedimiento adelantado para la venta del baldío era un criterio para acreditar circunstancias como la intensidad del dolo de los procesados o su acentuada intención de no sujetarse a lo establecido para tales negocios, sin ser parte de los hechos jurídicamente relevantes, *“es absolutamente contrario a la lógica del sistema adversarial”* el pretender ignorar la objetiva tergiversación y manipulación de los hechos por parte de la Fiscalía.

En ese orden, destacó que las mencionadas normas no fueron citadas al azar o para acreditar con ellas el dolo, sino que hicieron parte de los hechos jurídicamente relevantes desde la imputación, estando referidas a la configuración de los delitos acusados por parte de las dos únicas servidoras públicas vinculadas, una de ellas, VIVIAN ELJAIEK JUAN como secretaria

de hacienda del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, de ahí que, en su sentir, el Tribunal realizó una clase de control material posterior a la acusación para reacomodarla en términos fácticos que le permitieran condenar a su defendida.

Con todo, para evitar ser sorprendido en juicio, dijo haber aportado documentos relacionados con el Acuerdo 030 de 2006 para acreditar que éste no era aplicable al caso concreto, esto es, que se opuso de la tesis alternativa.

En ese sentido, estimó que el ente acusador no logró demostrar en juicio que el bien enajenado era un baldío y que su venta estaba prohibida. En realidad, acreditó que esta estaba sujeta a un proceso licitatorio, de acuerdo con lo regulado en el acuerdo en cita, expedido con ocasión del desarrollo y ejecución del programa de baldíos que el distrito había iniciado en los 90s, es decir, mucho antes que VIVIAN ELJAIEK JUAN fuera designada como secretaria de hacienda, situación que refuerza que estos supuestos sí integraron los hechos jurídicos relevantes de la acusación.

A su juicio, ni siquiera la tesis alternativa de la Fiscalía fue demostrada, porque el predio en cuestión sí hacía parte del programa de baldíos desde 1999 y, por ello, siendo secretaria de hacienda del distrito entre el 2 de enero de 2008 y 21 de mayo de 2009, en relación con la compraventa, se sujetó a lo previsto en ese programa dispuesto mediante acuerdo distrital y aprobado mucho antes de que ella ingresara a la alcaldía, lo que descarta la configuración de los delitos enrostrados.

Consideró que en este indebido proceder, la Fiscalía desconoció sus deberes funcionales, auspiciado por la supuesta víctima y el Ministerio Público, al tergiversar los hechos para desplazar los que sustentaban el tipo objetivo al subjetivo, en atención a que, para el Tribunal, bien pueden ser útiles los supuestos fácticos alternativos para acreditar el dolo en los acusados.

Pese a sus denuncias, acotó que persistiendo dudas razonables sobre la responsabilidad de VIVIAN ELJAI EK JUAN, es necesario privilegiar la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, sobre una eventual nulidad.

A continuación, afirmó que la conducta enrostrada a su defendida es completamente atípica. Abordó los razonamientos expuestos por el Tribunal sobre el avalúo comercial realizado por el coprocesado RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO, incorporado por el investigador del C.T.I. José Tadeo Zakzuk Martínez, para concluir que son argumentos sofisticados.

En ese sentido, señaló que aun cuando es cierto que el avalúo emplea en varias oportunidades la palabra “lote”, el fallador dejó por fuera otras acepciones que se confieren a la expresión en el mismo documento como “*lote en donde está construido el Hotel las Velas*”, para destacar que no solo se refirió a un área de terreno sin construcción, también a áreas construidas. Acudió a otros significados, distintos a los referidos por el *ad quem* para concluir que “*la palabra lote, en sentido jurídico, hace referencia a la superficie del terreno pero incluye las construcciones que existen en el mismo*”, labor argumentativa que

estimó relevante, dado que la definición resultó trascendente para condenar a su defendida.

Resaltó que, en todo caso, el Tribunal debió interpretar el contenido de la palabra “lote”, a partir del artículo 7° del Acuerdo 030 de 2006, que reguló la venta de los baldíos en Cartagena, en el marco del avalúo del que fue tomado el vocablo. Este proceder le habría permitido concluir, en palabras del censor, que el lote de terreno descrito en la escritura pública 3570 de 1999 no es el mismo al cual se refirió la víctima, la Fiscalía y el Ministerio Público. Punto que fue aclarado por el investigador del C.T.I., arquitecto José Tadeo Zakzuk Martínez.

Sobre este testigo, recordó que en la sentencia cuestionada fue destacado su papel de testigo de acreditación para descartar sus apreciaciones sobre la ubicación del polígono Las Velas por tener un vínculo evidente con las inspecciones realizadas en el 2009 y 2011 que habían sido excluidas por ilícitas. Luego, refirió acápite de la audiencia preparatoria del 16 de septiembre de 2013 referidas a la solicitud de ese testimonio, así como de las sesiones de juicio oral del 15 de agosto, 10 y 11 de septiembre de 2018 en las que fue practicada la prueba, especialmente en cuanto al conainterrogatorio de los abogados defensores, para destacar que las afirmaciones del testigo no eran impertinentes o ilegales, dado que fue investigador en el caso.

Aclaró que las manifestaciones desechadas por el Tribunal tuvieron lugar en el marco del conainterrogatorio con ocasión de las preguntas que la Fiscalía realizó en el interrogatorio directo, por ello, estimó como un exabrupto jurídico la exclusión

de sus respuestas referidas a la ubicación del polígono Las Velas como una parte del predio que ocupaba el Hotel Dann y no la víctima, Juan Diego Useche. Esto, habría permitido al fallador destacar la credibilidad de ese testimonio sobre el rendido por Diana María Ocampo Duque, dado que el investigador, a diferencia de esta testigo, sí estuvo en el predio.

A partir de ello, afirmó que *“parte del Polígono Las Velas ya era ocupado (sic) el Hotel Dann, que se (sic) polígono hace parte de suelos consolidados por intervenciones antrópicas, que por ello adquirieron la condición de baldío (...)”*, siendo su precio el valor promedio que se acreditó con varios documentos pertenecientes al programa de baldíos que, insiste, ya existía desde antes del arribo de la encartada a la entidad, actos administrativos que no habían sido declarados nulos y están amparados por la presunción de legalidad.

Indicó que para el momento de la compra del bien, la sociedad promotora inmobiliaria Dann Medellín S.A. ya tenía la posesión desde hacía 5 años del lote de terreno que conforma el polígono Hotel Las Velas, como se deduce de la declaración de Augusto Enrique Afanador Soto, testigo de la Fiscalía y la prueba documental aportada por el defensor de LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, por ello la venta debía realizarse de manera directa, no por licitación.

A propósito de lo expuesto, destacó que la posesión de la franja de terreno, así como su ubicación, están soportadas en la declaración de Augusto Enrique Afanador Soto, primer propietario del inmueble donde actualmente se encuentra el

Hotel Dann, quien ha dicho que el lindero occidental se extendía más allá de la piscina hasta una cerca de madera identificada en los planos del dictamen del I.G.A.C. Igualmente, en la declaración de la doctora Piedad Canchano Polo, abogada de Promotora Inmobiliaria Dann Medellín S.A., quien conoce la ubicación del baldío al haber participado en la negociación del polígono Las Velas.

Refirió el informe pericial del 29 de mayo de 1989 puesto de presente al testigo Augusto Enrique Afanador Soto, suscrito por el Coronel Ernesto Carreño Castro de la DIMAR –que dice, fue ocultado a la defensa- para concluir los quioscos estaban ubicados entre el bordillo de piedra y la cerca de madera que delimitaba la construcción del Hotel Las Velas. Estando primero el hotel, luego la piscina, el bordillo de piedra, los quioscos y la cerca de madera a 28 y 33 metros sobre la línea de la más alta marea. Por tanto, el área siguiente al bordillo fue la declarada como playa.

A manera de síntesis, indicó que este testimonio permitía entender que el área playa correspondía a un lote ubicado hacia el fondo del apartahotel Las Velas, con una cabida superficial de 895,48 m² con sus respectivos linderos, zona que tiene el carácter de uso público y forma parte del espacio público, por definición del artículo 31 de la Ley 9 de 1989.

Añadió que, según el testigo, en Resolución 2149 del 15 de diciembre de 1992, la orden de restitución correspondió al área de la Nación con una cabida superficial de 895,48m² de playa, no obstante, dijo, el área real de uso público que debió restituir fue de 740m², contrastando aquella resolución con los

considerandos de la Resolución 802 del 13 de junio de 1991 proferida por la DIMAR, que aclara un informe pericial sobre el área, con fundamento en la cual se expidió la certificación del 18 de noviembre de 1983.

De los planos elaborados por los peritos del I.G.A.C. y el informe pericial del 29 de mayo de 1989, planos 5 y 6 que ubican los predios de acuerdo a las escrituras públicas 1775 del 30 de septiembre de 1980, 3570 del 8 de noviembre de 1999 y 408 del 23 de febrero de 2009, dijo, son claros en indicar que el polígono Las Velas corresponde a una zona o lote de terreno que siempre estuvo en posesión del hotel, no hizo parte de la zona de playa restituida, pues se encuentra en los extremos de los predios colindantes, va desde la playa hacia el interior del predio del hotel e, insiste, corresponde al área de la piscina, siendo por ello un baldío que se identificó y recuperó en el programa de baldíos.

Anotó que estos planos fueron confeccionados por los peritos del I.G.A.C. para soportar su base de opinión pericial, siendo por ello, documentos públicos que deben ser apreciados, dado que no han sido alterados en su forma y contenido, empleando para ello instrumentos de altísima precisión a diferencia de los peritos de la DIMAR, para establecer la ubicación del predio. De ahí que, para alguien como VIVIAN ELJAIEK JUAN resultaba creíble que se trataba de un baldío y no de la playa.

Destacó que los Acuerdos distritales 030 de 2006 y 033 de 2007 que regularon el programa de baldíos, no fueron objetados constitucional o legalmente ni se produjo la suspensión

provisional o anulación, de manera que gozan de la presunción de legalidad, lo que permite que la acusada se ampare en el principio jurídico de la confianza legítima, como base de la seguridad jurídica. Suponer que es responsable sin tener en cuenta estos aspectos, es tanto como endilgarle el incumplimiento de sus deberes funcionales con posterioridad al acto.

Agregó que al realizar la venta *“no existía ninguna base fáctica o jurídica razonable que indicara que ese predio era o podía ser una playa”*, ni se aportó prueba alguna sobre ello o de que su representada conoció el estudio técnico que se dice fue elaborado por la DIMAR en el 2008, en el sentido que el polígono era una playa. Por ello, afirmó que VIVIAN ELJAIEK JUAN obró bajo el deber constitucional y legal de cumplir los acuerdos distritales, siendo ese el deber objetivo de cuidado.

Es más, como señaló Erik Guayana Labrador, solo hasta cuando la víctima entregó al capitán Víctor Daniel Hurtado Irurita copia de la escritura de venta 409 de 2009 es que la DIMAR y la Capitanía de Puerto de Cartagena realizaron las averiguaciones del caso, citando únicamente a DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA por ser el encargado del tema del programa de baldíos.

A propósito de lo anterior, según el impugnante, el derecho de petición del 27 de abril de 2009, no actualizaba el conocimiento sobre la comisión de alguna conducta punible, dado que fue radicado hasta el 5 de mayo siguiente, y la venta ya había tenido lugar en febrero de ese año, sumado a que ese

documento no se refirió a ese negocio en específico. Incluso, el oficio radicado en junio de 2009 por el Capitán de Puerto en nada incide frente a su defendida, toda vez que ya no fungía como secretaria de hacienda.

Por ello, concluyó que la procesada no quebrantó ningún deber objetivo de cuidado, pues obró conforme al orden jurídico preexistente, lo que descarta un proceder doloso o culposo, al punto que actuó según el principio de confianza, máxime cuando fue asesorada por DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA y Lucia Navarro Aguirre.

5.3. Del apoderado de LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA.

A manera de reproche preliminar, afirmó que en la acusación se expusieron dos núcleos factuales contradictorios que generaron incertidumbre e imposibilidad de delimitar la defensa. El primero, consistente en que el objeto material de la venta es ilícito pues versó sobre una playa marítima, bien de uso público, ocasionando una ilícita apropiación de esos bienes en favor de particulares. El segundo supuesto se refirió al desconocimiento de los artículos 33 y siguientes de la Ley 9ª de 1989 y los artículos 5, 7 y 9 del Acuerdo 030 de 2006 del Concejo Municipal de Cartagena en la tramitación y enajenación del predio señalado en la escritura pública 408 de 2009, aunado a que el precio pagado fue inferior al debido.

Citó las consideraciones que al respecto expuso el Tribunal para precisar que, en su sentir, le estaba vedado al *ad quem* imponer su particular visión de los hechos, denominación

jurídica o hechos jurídicamente relevantes en una acusación anfibológica, ya que abandonó su papel de tercero imparcial, debiendo descartarlas ante la flagrante violación del derecho de defensa.

A continuación, como primer reproche principal adujo la atipicidad objetiva por inexistencia del objeto material real o del hecho penalmente relevante. Afirmó que el Tribunal desconoció las reglas de apreciación de la prueba, con lo cual aplicó indebidamente de los artículos 6º, 9º, 10º y 397 del C.P., 7º y 381 del C.P.P., 83 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente y 2º, inciso 2º del Decreto 2324 de 1984 que reorganizó la Dirección General Marítima y Portuaria.

Reseñó las consideraciones expuestas por el fallador sobre la ubicación y naturaleza del predio enajenado por el distrito. Luego, hizo alusión a las escrituras públicas 1058 del 6 de abril de 1971 y 1057 del 9 de julio de 1976 mediante las cuales la sociedad comercial Vam Suramericana vendió dos lotes, números dieciocho (18) y diecinueve (19), con una cabida total de 2.184,79 m² a Promociones Caribe Ltda, en el que se construyó un edificio para apartamentos y hotel de 19 plantas, así como los linderos allí reseñados.

Dedujo del plano protocolizado en escritura pública 1775 del 30 de septiembre de 1980, de la Notaría 3ª de Cartagena, que Promociones Caribe Ltda invadió en el primer nivel hasta el enrocado que limita con la zona de sedimentación, ocupando un área adicional al construir el edificio Las Velas.

Agregó que entre el 7 de marzo y 20 de mayo de 1989, el perito naval de oceanografía física, Capitán Ernesto Carreño Castro determinó, mediante acto administrativo, que el terreno ubicado en la parte norte del hotel Las Velas, de aproximadamente 750 m², que va desde el límite de la playa o escollera del mar caribe, y la superficie posterior es *“área bajo jurisdicción de la dirección general marítima y portuaria”*, siendo la distancia desde la pleamar o línea de la más alta marea de hasta 33 metros.

Del documento resaltó, además, que el objetivo era determinar la jurisdicción sobre el terreno donde el hotel tenía construidos unos quioscos para el servicio de los usuarios frente al edificio, que en la inspección se estableció cómo el límite interno de ese terreno estaba demarcado por un bordillo de piedra junto a la piscina del hotel y en el levantamiento topográfico se destacó que la cerca que delimita las construcciones del hotel se encuentra a 28 y 33 metros sobre la línea de la más alta marea. A partir de ello concluyó que *“la paredilla, fija el límite natural y jurídico de la jurisdicción DIMAR y adicionalmente, separa la construcción del antiguo hotel Las Velas (hoy Hotel DANN) de la playa ocupada por JUAN DIEGO USECHE”*.

Agregó que DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA, tras la promulgación de la Ley 388 de 1997, ubicó los terrenos con categoría de baldíos urbanos en el distrito de Cartagena, con personal experto a su cargo y documentos públicos, de cuya declaración resaltó cómo el territorio del distrito es el resultado de procesos de acrecimiento sobre los cuerpos de agua, es decir, áreas que en algún momento fueron playas o terrenos de baja

mar, de manera que para enero de 1999 había identificado 132 de estos predios, con cabida aproximada de 3'500.000 m².

En ese mismo año, el alcalde Vizcaino Zagarra los declaró como de dominio y posesión del distrito, con la respectiva inscripción de las escrituras en la oficina de instrumentos públicos, entre esos predios, se encuentra el polígono Hotel Las Velas, con una cabida de 243,75 m² y colindando por el frente u occidente con playa Mar Caribe, en medio con una extensión de 34.30 metros y por el fondo u oriente con el lote donde está construido el Hotel Las Velas en una distancia de 35,80 metros.

Añadió que según las escrituras públicas 4154 y 4155 de noviembre de 2004 de la Notaría 30 de Bogotá, Augusto Enrique Afanador Soto, representante de la sociedad Inversiones A.R. y Compañía Ltda, transfirió la propiedad de un inmueble identificado con la nomenclatura urbana No. 1-60 de la calle Las Velas a la sociedad Promotora Inmobiliaria Dann Medellín. La venta, aclaró, se realizó como cuerpo cierto, es decir, con independencia de la determinación exacta del área, dice como una modalidad *“utilizada en la venta de bienes raíces, que resulta útil cuando la extensión real del bien no necesariamente coincide con la consignada en los documentos”*.

Luego de referir otros supuestos, precisó que entre la sociedad promotora inmobiliaria Dann Medellín S.A y Juan Diego Useche Ortegón existieron relaciones comerciales, dado que este último ocupó la zona adyacente a la construcción del hotel con un mobiliario que llamó Sunset Beach. Aclaró que ese fragmento de tierra corresponde al lugar donde estaban situados los

quioscos en 1989, que difiere del señalado en la escritura pública 3570 del 8 de noviembre de 1999.

De otra parte, afirmó que la Dirección General Marítima – DIMAR- en oficio del 27 de noviembre de 2008 designó como peritos al oceanógrafo físico Jaime Arturo Barbosa e hidrógrafo Carlos Gutiérrez Castro quienes, quienes el 17 y 21 de diciembre de 2008 se desplazaron a la zona de análisis para realizar un levantamiento topográfico, del cual rindieron un informe pericial de determinación de jurisdicción, pero sobre un área de playa marítima ubicada frente al Hotel Dann. Al respecto, aseveró que los expertos no examinaron ni conceptuaron sobre el predio descrito en las escrituras públicas 3570 de 1999 y 408 de 2009.

A propósito de ello, añadió que la DIMAR fijó su jurisdicción en la paredilla que separa la playa marítima de la tierra firme o consolidada. Explicó que la distancia entre la paredilla de la construcción del Hotel Dann y la línea más alta de marea es de 51 metros, siendo este terreno el que ocupó Juan Diego Useche con su establecimiento Sunset Beach.

Del informe pericial elaborado por los ingenieros Jorge Alberto Leal Santos y Henry Quiroga Vaca, funcionarios del I.G.A.C. el 13 de octubre de 2016, destacó que las playas marítimas, como bienes de uso público, no tienen folio de matrícula inmobiliaria, en tanto que el terreno señalado en la escritura pública 3570 del 8 de noviembre de 1999 sí tiene registro en la base de datos de esa entidad como inmueble susceptible de enajenación, así como en el Mapa Interactivo

Digital de Asuntos de Suelo (MIDAS) donde figura como terreno de renovación urbana, suelo urbano, con uso mixto.

Destacó que, además, según los expertos, el plano anexo a la escritura pública 3570 del 8 de noviembre de 1999 no cumple con las especificaciones técnicas del I.G.A.C., en particular, porque la cabida o área del polígono Las Velas de 243,75m² no corresponde con la arrojada en el levantamiento topográfico que arroja 286,78m².

Por ello, la construcción del Hotel Las Velas (hoy Hotel Dann) autorizada en junio de 1981 era de 2.181,79m², sin embargo, ésta se desarrolló en 2.418,44 m², cerrando la misma con una paredilla, de manera que superó lo autorizado y se extendió al terreno descrito en la escritura pública 3570 de 1999 en 236,65 m², es decir que la construcción ocupó el 82,519% del terreno descrito en ese instrumento público, mientras que Sunset Beach ocupó el 9,45%, esto es, 27,12 m² del polígono Las Velas.

Cuestionó el cálculo que el Tribunal realizó del área del polígono Las Velas y luego de explicar varias fórmulas para calcularlo, concluyó que el plano anexo a la escritura pública 3570 de 1999 no es apto para realizar el estudio, dado que presenta cinco cotas, de las cuales tres coinciden con lo señalado en el documento, pero dos presentan una situación tergiversada, sumado a que el Teorema de Pitágoras empleado por el fallador no aplicaba para el caso porque se trató de un triángulo con ángulos diferentes.

Atinente a la valoración que el *ad quem* realizó del testimonio de José Tadeo Zakzuk dijo que omitió por completo el contenido integral de la diligencia y desconoció el artículo 391 del C.P.P. Acotó que el deponente en curso del contrainterrogatorio realizado el 11 de septiembre de 2018, de manera voluntaria, reconoció que el terreno ocupado por Juan Diego Useche y el relacionado en la escritura pública 3570 de 1999 son completamente diferentes.

A su juicio, el conocimiento del testigo sobre la ubicación del baldío no se originó en la información que fue excluida en la audiencia preparatoria, sino *“en su condición de investigador líder o gerente, con ocasión al interrogatorio cruzado (cross-examination) y como manifestación del deber de lealtad y buena fe (...)”*, siendo armónico con el contenido de la reunión entre DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA, Lucía Navarro Aguirre y Piedad Canchano Polo en la que se precisó que el predio descrito en la escritura pública 3570 de 1999 está ubicado en la parte final de la piscina del hotel mientras que un 10% estaba en una parte sin construir.

En punto a la declaración de la profesional Diana María Ocampo, consideró que sus conclusiones con respecto a la ubicación del predio no pueden acogerse, luego de cuestionar las fuentes de su concepto y constatar que riñe con la información suministrada por los demás medios de conocimiento sintetizados en precedencia.

Sobre los capitanes de la DIMAR, Erik Bermmy Guayana Labrador y Víctor Daniel Hurtado Irurita, afirmó que nunca conocieron la ubicación del predio en comento y siempre lo

confundieron con la zona ocupada por Juan Diego Useche Ortégón, denominada por ellos como el “polígono de Sunset”, en especial porque sus conocimientos surgieron con posterioridad a la celebración del negocio jurídico en febrero de 2009 y no es producto de la observación directa del bien.

Tuvo por inadecuada la apreciación que el Tribunal realizó de la pericia suscrita por RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO y su equipo de trabajo, en primer lugar, porque la Fiscalía presentó el documento sin el plano del área del primer piso donde se aprecia la construcción del antiguo Hotel Las Velas, así como parte de la edificación en el lote descrito en la escritura pública 3570 de 1999. También se apartó de la consideración relativa a que el avalúo debió realizarse por alguien inscrito en la Lonja, dado que omitió valorar la certificación de Otto Alfonso Sierra, en virtud de la cual podía respaldar y firmar avalúos comerciales en general.

Además, el funcionario judicial soslayó que el avalúo cumplía con las disposiciones del acuerdo distrital sobre la materia, así como el artículo 84 de la Constitución Política según el cual, las autoridades no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para el ejercicio de un derecho o actividad reglamentada de manera general, al paso que estableció una especie de tarifa legal.

En punto del supuesto castigo al precio del predio, acotó que este “*sí contaba con graves afectaciones que inciden en su valor*”, pues desde la arista urbanística el lote es inútil, sumado a que está ubicado en la parte posterior de un hotel que requiere

vista y salida al mar, por ello *“la única utilidad de este predio es de servir de anexidad al predio principal”*, lo que, además, incide en que de requerirse una licitación pública para su venta, como lo destacó el Tribunal, se desnaturalizaría este instituto por la ausencia absoluta de pluralidad de oferentes, *“la única persona que le podría interesar su compra, sería aquella que lo pudiera anexar a su propiedad”*.

Recordó que Juan Diego Useche Ortegón invadió el 9,45% del polígono Las Velas, en tanto que el Hotel Dann hizo lo mismo en 82,519%, para destacar la licitud del requerimiento que LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA hiciera al vendedor de retirar a aquel, como tercero, del porcentaje que estaba ocupando, en especial cuando en esa zona *“se cometieron conductas incómodas para los huéspedes del hotel”*, como exhibicionismo, consumo de sustancias sicotrópicas y hurto por medios informáticos, que ocasionó molestia en el exgerente del hotel, la no renovación del permiso de ocupación temporal y petición de restitución *“de la playa que él ocupaba”*.

Luego de recapitular varios argumentos expuestos en precedencia, agregó que el alcalde de Cartagena para 1999 no declaró un bien de uso público como baldío de forma ilegal, mediante escritura pública 3570 del 8 de noviembre de 1999, de hecho, este predio pertenecía al distrito y era enajenable, sumado a que en todo caso la declaración de baldíos urbanos se encuentra en la ley.

De otra parte, aseguró que era imposible la comisión del delito por ausencia del objeto material. Señaló que los servidores

públicos y contratistas que participaron en la etapa previa y celebración del negocio jurídico que dio lugar a la escritura pública 408 de 2009 no tenían la potestad de transferir la propiedad del bien, si en gracia a discusión se considerara como de uso público, que sería, en todo caso, ineficaz por la naturaleza del predio.

En consecuencia, tuvo por imposible que LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, en su condición de representante legal de la sociedad Promotora Inmobiliaria Dann Cartagena S.A.S., interviniera en el punible de peculado por apropiación, si la pretensión de los funcionarios de la alcaldía de Cartagena era vender una playa.

A partir de lo expuesto solicitó, de manera principal, revocar la condena por el delito de peculado por apropiación, emitir decisión absolutoria y ordenar el reintegro de los \$51.796.875 actualizados.

A continuación, señaló que de ser hipotéticamente cierta la existencia del ilícito, como lo consideró el Tribunal, el fallador desconoció las reglas de apreciación de la prueba al definir el importe o cuantía de lo apropiado.

Refirió varios apartes de la acusación para señalar que aun cuando la Fiscalía imputó y acusó con fundamento en el inciso segundo del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, tras considerar que lo apropiado superó los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, no es claro cómo pudo fijar el valor si se trataba de un bien de uso público, de manera que, por su

naturaleza, “*no tendría valor monetario*” al estar por fuera del mercado. Cuestionó que el *ad quem* hubiese tasado hipotéticamente el monto, dado que dicho proceder desconoce el estándar de conocimiento exigido para condenar pues, en su sentir, el valor del predio puede ser infinito o nada.

De ello, deprecó modificar la decisión del Tribunal, para emitir fallo de reemplazo declarando la prescripción de la acción penal del delito de peculado del artículo 397 del C.P.

Como cuarto reproche, adujo que el cuerpo colegiado descartó la existencia del error de tipo por indebida apreciación de la prueba. Argumento que, aclaró, solo tendría cabida si se tiene por demostrada la materialidad del peculado, luego, es postulado de manera subsidiaria.

Señaló que su representado no conocía la naturaleza del inmueble ofertado por la alcaldía mayor de Cartagena, ni de la ilicitud de su conducta al paso que tampoco quería su realización.

Reiteró las consideraciones expuestas por el fallador al respecto, así como varios elementos de convicción y supuestos ya sintetizados para concluir que su representado incurrió en error de tipo por confianza legítima. En primer lugar, porque el Acuerdo 030 de 2006 por medio del cual se autorizó a la alcaldía la disposición de los bienes baldíos que habían sido identificados por DARIO TORREGROZA LARA conserva validez, así como el “Programa de baldíos” realizado por éste y el Acuerdo 033 de

2007 que modificó el Plan de Ordenamiento Territorial de Cartagena conservan plena vigencia.

En segundo lugar, por el origen de la oferta, en atención a que mediante oficio SHD 466 del 14 de julio de 2008, la secretaria de hacienda de la época VIVIAN ELJAIEK JUAN, por delegación de la alcaldesa de Cartagena JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ, con apoyo de los contratistas DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA y Lucía Navarro Aguirre le ofrecieron en venta directa el “Polígono Las Velas”, es decir, que la propuesta provino de una entidad pública.

Ante esa situación, destacó que su prohijado contestó en el sentido de desconocer el tema que le proponían y obró con la debida diligencia al solicitar a su asesora Piedad Canchano Polo contratar un profesional para realizar el avalúo solicitado por el distrito, este es, RAFAEL CEBALLOS CALVO.

Destacó, a propósito de lo señalado, que VIVIAN ELJAIEK JUAN aceptó su propuesta, sin informar discrepancia alguna sobre la forma de pago. De ahí que entre el 9 y 20 de febrero de 2009, el contratista DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA por delegación de aquella, elaboró y tramitó lo relacionado con la venta del predio “Polígono Las Velas”, al punto que esta fue inscrita en la Oficina de Instrumentos Públicos el 26 de febrero siguiente, ratificándose la propiedad del inmueble en el distrito de Cartagena por parte de la alcaldesa JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ, hechos de los que también derivó su confianza legítima en la licitud del negocio.

A partir de lo expuesto, concluyó que LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA “*conjeturó estar obrando ajustado derecho, respetando en todo momento el ordenamiento jurídico y sin la intención de transgredir las normas penales*”, en particular, porque el derecho de dominio que la entidad pública le estaba ofreciendo tenía en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, al punto que cualquier persona prudente o diligente en su lugar no habría advertido irregularidad subyacente, configurándose en su favor un error de tipo invencible respecto del delito de peculado por apropiación.

En ese sentido, solicita la revocatoria de la condena y la decisión absolutoria, tras corregir, en su sentir, el error del Tribunal que configuró el dolo con fundamento en la experiencia del acusado como gerente hotelero, dado que, para el recurrente, su profesión no lo dotaba de conocimientos en materias como planos, cartografía, playas, bajamar, baldíos, bienes de la unión, entre otros.

De otra parte, alegó la nulidad por violación del derecho a la defensa y contradicción “*vertiente «garantía de evaluación y valoración de las pruebas incorporadas al procedimiento»*”, toda vez que luego de apelado el fallo absolutorio de primera instancia el expediente digital fue remitido de manera incompleta al Tribunal.

Al respecto, explicó que la magistrada ponente registró proyecto de sentencia el 26 de marzo de 2021. Interpuesto recurso de impugnación especial, al momento de sustentar la alzada encontró que el expediente fue remitido por la primera instancia de manera incompleta al *ad quem*. Tras informar de lo

sucedido a las autoridades respectivas, el 11 de mayo siguiente promovió incidente de reconstrucción parcial del expediente ante el Tribunal. En el trámite, este ordenó al juzgado de primer nivel remitir las piezas faltantes del expediente.

En esa línea, consideró que el fallador jamás solicitó el expediente físico para adoptar la decisión, indicando lo anterior que la decisión fue adoptada sin revisar la totalidad del expediente, es decir, sin valorar varias pruebas, pues de haber contado con el trámite completo, lo obvio, para él, era despachar negativamente la petición de reconstrucción.

Acotó que la ausencia de valoración sobre los elementos de convicción no remitidos para dirimir la apelación *“conllevó inexorablemente a concluir -equivocadamente- que el predio ocupado por USECHE ORTEGÓN y aquel descrito en la Escritura núm. 3570 de 1999 identificado con el FMI 060-178207 son el mismo.”*

De la expuesta irregularidad, adujo es atribuible únicamente al personal de la Rama Judicial por no remitir la totalidad del expediente, no existiendo, según el censor, remedio distinto a declarar la nulidad de la decisión adoptada el 9 de abril de 2021 por el Tribunal Superior de Cartagena, que condenó por primera vez a su representado.

Como supuesto adicional para procurar la invalidación de la decisión, acusó al fallo cuestionado de no haber analizado varias de las postulaciones expuestas en las alegaciones de conclusión. Entre ellas, *“la relación o deber se (sic) sujeción especial”* requerida para la administración, tenencia o custodia

de los bienes a cargo de los servidores públicos que participaron en los hechos, ni como éstos perdieron esos bienes.

Tampoco estudió el Tribunal sus argumentos sobre el contenido del artículo 83 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente y de artículo 2º, inciso 2º, del Decreto 2324 de 1984 que consideró de particular importancia, por reposar allí el concepto de “playa marítima”. En su sentir, estableció “como cierto” que el predio objeto de controversia se encuentra a 51 metros desde el punto más alto de la marea (pleamar), es decir, por fuera del rango señalado en las denotadas normas para ser considerado playa o bajo la jurisdicción de la DIMAR.

Como tercer aspecto no sustentado por el *ad quem* refirió el principio de confianza legítima en favor de su representado interviniente como insumo del error de tipo. Como cuarto, la sustitución de la pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario por la de prisión domiciliaria, con fundamento en los artículos 314, inciso 2º y 461 del C.P.P., en consideración a las normas vigentes para el 2009, en atención a los 65 años del procesado y su diagnóstico de enfermedad grave incompatible con la vida en reclusión.

Por último, destacó que no existe motivación, en concreto, para “*el desmedido incremento de pena al ciudadano RESTREPO PINEDA*”, puesto que, aun cuando la pena prevista para el interviniente en el delito de peculado tiene un mínimo de 72 meses, la sanción final ascendió a 100 meses de prisión y en la sustentación se reprochó la infracción al bien jurídico de la

administración pública, pese a que esa cuestión está inmersa en el tipo penal y en todo caso, él no vendió, sino que compró.

En ese orden, destaca que tampoco se aplicó o motivó lo señalado en el inciso final del artículo 401 del C.P., en punto a la disminución de la pena por reintegro, siendo que el procesado restituyó el 25% del valor de la cuantía imputada, es decir, de los \$51.796.875

Por la ausencia de motivación denunciada, insistió en la invalidación de lo actuado, pretensión que postuló de manera subsidiaria.

5.4. Del apoderado de RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO.

De entrada, el defensor aseveró que no se demostró la responsabilidad de su defendido en el delito de peculado por apropiación, al haber emitido y defendido un avalúo comercial privado, no vinculante ni controvertido en juicio oral.

Señaló que, con ocasión del proceso de venta de la franja de terreno de propiedad del distrito de Cartagena, denominado Polígono Las Velas, en estricta aplicación del Acuerdo 030 de 2006, entre las diversas alternativas para fijar el precio del predio se optó por realizar un avalúo comercial por miembros de la Lonja de propiedad raíz, escogiendo para ello al ingeniero RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO, en compañía de Otto Alfonso Sierra Reyes y Luz Marina Rincón.

A partir de ello, aseguró que el concepto profesional del encartado plasmado en el avalúo no consistía en establecer la naturaleza del lote de terreno, si era baldío, de uso público o privado. Aunado a ello, acotó que si en verdad se hubiese tratado de un bien de uso público, no tendría sentido que estuviese registrado en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, dado que el artículo 57 de la Ley 1579 de 2012 no permite crear folios de matrícula inmobiliaria para predios de esa calidad.

Añadió que el acusado realizó el avalúo comercial de un lote de terreno registrado y protocolizado 10 años atrás, sin ningún trámite de nulidad pendiente, de manera que presumió la buena fe sobre la naturaleza del predio declarada por el alcalde de la época mediante documento público. Sumado a ello, resaltó que la Fiscalía aportó como prueba la remisión del avalúo al Hotel Dann Cartagena y no a un ente público, por lo que, no estaba obligado a su acatamiento.

Dijo que en oficio CJ ORIP No. 0602011EE05769 del 30 de septiembre de 2011, la registradora principal de la Oficina de Instrumentos Públicos de Cartagena de Indias de aquel momento certificó que revisada la tradición del predio identificado con la matrícula inmobiliaria No. 060-178207 polígono Hotel Las Velas, este inicia su tradición con la declaración de terreno baldío, según el artículo 123 de la Ley 137 de 1959, mediante escritura pública No. 3570 del 8 de noviembre de 1999, anotaciones que para 2009 estaban vigentes.

Agregó que el avalúo fue realizado por tres profesionales, los ingenieros RAFAEL CEBALLOS CALVO, Luz Marina Rincón y

Otto Alfonso Sierra Reyes, el primero encargado de realizar labores de campo y los demás mediante revisión o aval. Aclaró que el último está inscrito en el Registro Nacional de Avaluadores y pertenece a la Corporación Colombiana de Lonjas y Registro, Corpolonjas de Colombia, de manera que se cumplió con lo establecido en el Decreto 1420 de 1998, en punto a que los avalúos deben ser realizados por personas registradas en una lonja de propiedad raíz.

Sobre ello, acotó que la condena proferida contra su representado estuvo sustentada en que el precio dado no corresponde a la realidad, sin embargo, no se aportó al plenario otro avalúo comercial, realizado por un miembro de la Lonja de Propiedad Raíz o por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, DIMAR o C.T.I. para desvirtuar las conclusiones con respecto al supuesto castigo en el valor del bien, es decir, que la Fiscalía no demostró que existiera irregularidad alguna en el avalúo ni descartó que el precio disminuido en 75% obedeciera a un actuar coludido de los implicados para favorecer a terceros ni descartó que el precio estaba encaminado a beneficiar a los ocupadores de más de 40 años.

Afirmó que ni José Tadeo Zakzuk Martínez, investigador del C.T.I., arquitecto de profesión ni Carolina del Carmen Padilla Sáenz, funcionaria del Instituto Geográfico Agustín Codazzi - Seccional Cartagena-, adujeron que el procesado hubiera incurrido en error, aunado a que las guías de esta institución no son obligatorias y en ningún momento estos testigos realizaron inspección ocular ni conocieron la ubicación del lote vendido o el

contenido del Acuerdo 030 de 2006, como para demeritar las conclusiones del encartado.

Contrario ello, señaló que el valor cancelado por el Hotel Dann al distrito de Cartagena de \$207.187.500 fue superior a los demás avalúos de baldíos ubicados en la misma localidad, incluso, agregó que el precio estimado por CEBALLOS CALVO superó el 15,57% de la previsión fiscal inicial para el baldío. Aunado a ello, resaltó que el testigo experto del I.G.A.C., Henry Quiroga Vaca, dijo que aun cuando no realizó avalúo catastral del predio, el vigente para 2016, esto es, 8 años después del realizado por el procesado, era de \$369.029.000

Respecto de la crítica formulada por el Tribunal consistente en que el avalúo no advirtió que la piscina del edificio Las Velas siempre estuvo sobre el polígono, explicó que el funcionario judicial no tuvo en cuenta el documento EXT-AC-08-0A, 024452, coincidente con las escrituras públicas 4154 y 4155 de noviembre de 2004, según el cual Afanador Soto, representante legal de la sociedad Inversiones A.R. y compañía Ltda., transfirió la propiedad de los inmuebles distinguidos con la nomenclatura No. 1-60 de la calle Las Velas como cuerpo cierto, es decir *“el objeto de la venta se delimitó con la descripción existente en la Escritura Pública, independientemente del área exacta que tenga el inmueble”*.

En ese orden precisó que no existía obligación alguna de detallar si en el predio existía una edificación, toda vez que el objetivo de la experticia no era determinar si el lote era un área sin construcción. Es más, indicó que el dictamen no podía dar

cuenta de la edificación encima del baldío porque lo ofrecido en venta se contraía al terreno propiedad del distrito, luego, como la construcción que se encuentra sobre éste fue realizada por el Hotel Dann, no se podía cargar a su precio.

Con respecto al valor dictaminado, acotó que la posición del Tribunal contradice la del ente investigador, pues si el bien objeto de venta es de uso público, ello significa que es invaluable, luego, no habría lugar a cuestionar su valor. Por ello, el argumento del fallador violó el principio de tipicidad estricta *“al pretender tasar un precio «hipotéticamente» para estipular entonces una «hipotética» afectación a la administración pública.”*, en lugar de haber interpretado la situación en favor de su defendido, siendo que en su avalúo acogió conclusiones de las que se presume la buena fe, máxime cuando no fueron controvertidas en juicio.

Agregó que aun cuando el *ad quem* afirmó que el dictamen se realizó por capricho y sin cumplir con los procedimientos matemáticos respectivos, no tuvo en cuenta los conceptos que trae la Resolución 762 de 1998, citada por el mismo fallador, toda vez que esta disposición no incorpora fórmulas matemáticas para justificar las devaluaciones, sino sistemas para estimar la depreciación de edificaciones y maquinarias por el paso del tiempo, temas que no aplican para el avalúo de lotes.

Añadió que el avalúo fue realizado a partir de anexos como el levantamiento topográfico, el plano del área del primer piso del edificio las velas, carta catastral, plano protocolizado de la alcaldía y certificado de libertad y tradición, documentos que son legítimos, toda vez que no fueron tachados en ninguna ocasión.

Esto, además, ratifica que el procesado desconocía que el bien era de uso público, dado que tuvo en consideración de los documentos en comento que el predio fue registrado 9 años atrás como bien baldío, de manera que la negociación estuvo demarcada por la legalidad, no existiendo motivo alguno para creer que había temas oscuros o criminales, en particular no teniendo antecedentes penales y siendo un ingeniero prestante.

Con respecto a la ubicación y naturaleza del predio aseveró que en la decisión cuestionada se confunden dos predios, el objeto de compraventa en la escritura pública 408 del 23 de febrero de 2009 y el que poseía la sociedad Sunset Beach, de propiedad de Juan Diego Useche Ortegón. Este, según el recurrente, ocupó un área de 750m², medida que coincide con la analizada por los peritos de la DIMAR en 2008, por consiguiente, aseguró que la discusión nunca versó en si Sunset Beach ocupó el predio denominado polígono Las Velas.

Sobre el particular, acotó que el ente acusador ubicó el predio objeto de controversia en diferentes lugares. En un comienzo, donde funcionaba el establecimiento Sunset Beach, luego entre éste y las instalaciones del hotel y, por último, en parte del terreno consolidado donde está construida la piscina, al punto de haber solicitado su demolición para restituir el terreno ilegalmente vendido ante un juez. A pesar de ello, el Tribunal concluyó que el bien se encuentra donde solía funcionar Sunset Beach.

Cuestionó que el *ad quem* desechara, sin ningún elemento de juicio, las declaraciones rendidas por los ingenieros Jorge

Alberto Leal Santos y Henry Quiroga Vaca adscritos al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, quienes señalaron que el Hotel Dann Cartagena se construyó en 1970 y desde entonces ha ocupado el 90% del polígono, ubicado sobre el enrocado de la escollera, información corroborada en la base de opinión pericial radicado IGAC 130016001128200909606 del 13 de octubre de 2016 realizada por ellos.

Asimismo, destacó que estos testigos concluyeron que el terreno analizado por los expertos de la DIMAR no coincide con el vendido en la escritura pública 408 de 2009 -folio de matrícula 060-178207-, dado que este posee una cabida de 286,78m², mientras que el analizado por aquellos es de 583,64m² de playa no delimitada. Añadió que en el informe pericial se dijo que esa última zona no correspondía estrictamente con los títulos justificativos de propiedad, información que encuentra respaldo en el oficio No. 15200805545 MD-Dimar-CP05 Litorales-510 del 27 de noviembre de 2008 en donde se declara que los expertos no analizaron el predio polígono Las Velas.

En ese orden añadió que, de acuerdo a las versiones de Jorge Alberto Leal Santos, Henry Quiroga Vaca y Augusto Enrique Afanador Soto en contraposición con lo afirmado por Diana María Ocampo Duque, los peritos de la DIMAR y Juan Diego Useche Ortegón, el lote de terreno polígono Las Velas está ubicado sobre un enrocado, obra de hombres, aunado a que no existe en el plenario medio de conocimiento que permita afirmar más allá de toda duda que sea un bien de uso público, lo que se rebate con el hecho de que estaba registrado en la Oficina de

Registro de Instrumentos Públicos, dado que el artículo 57 de la Ley 1579 de 2012 no permite inscribir predios de esa calidad.

Agregó que para el 2009, las anotaciones en el folio de matrícula inmobiliaria No. 060-178207 se encontraban vigentes, de manera que al estar el lote registrado como de propiedad del distrito, era susceptible de enajenación, creyéndolo así el procesado de buena fe, en su calidad de perito evaluador, y que por ello podía ser objeto de evaluación para fijación de precio, según los artículos 33 y siguientes de la Ley 9 de 1989, así como el 5° y 9° del Acuerdo No. 030 de 2006.

Atinente a la comisión del delito de peculado por apropiación, afirmó que era necesario el acontecer del tipo penal de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales como medio para obtener la defraudación y el aprovechamiento ilegal de los bienes del distrito de Cartagena. Con todo, indicó que en la sentencia cuestionada no se hizo referencia sobre cuáles fueron los fundamentos fácticos que materializaron la complicidad de RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO en la conducta de peculado, esto es, si al realizar el dictamen prestó alguna colaboración para cometer el delito, siendo que aquel era privado, avalado y respaldado por peritos de la Lonja.

De otra parte, estimó que el Tribunal ninguna acotación hizo en punto al tipo subjetivo requerido para condenar, se abstuvo de aducir cuáles fueron los móviles de CEBALLOS CALVO para obrar en complicidad, es más, afirmó que no existe prueba que conduzca acreditar el dolo en la conducta. Añadió

que en este proceso no existió duda, por el contrario, se logró demostrar que el dictamen fue suscrito de buena fe por su defendido y dos peritos adscritos a la Lonja.

Por lo tanto, solicitó revocar la decisión impugnada para, en su lugar, absolver a RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO por la no demostración de los hechos imputados y su responsabilidad.

5.5. De DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA.

Afirmó que el Tribunal sustentó su condena en una simple disparidad de criterios respecto de la planeación, incorporación y ejecución del programa de baldíos en el distrito de Cartagena. Esto, dado que su tesis como contratista ha sido que los terrenos consolidados, que nacen con posterioridad a los procesos de secamiento de cuerpos de agua que le pertenecen al Estado, deben y tienen un tratamiento jurídico especial originado en la ley, que permite su desafectación como bien público y la realización de actos dispositivos sobre ellos.

Por el contrario, el *ad quem*, sin asidero probatorio consideró el polígono Las Velas como bien de uso público, tipo playa, no susceptible de ser enajenado, de manera que la venta convenida en favor del Hotel Dann, mediante escritura pública 408 de 2009, siendo ilícita causó perjuicio al distrito de Cartagena, por no cumplir con los requisitos establecidos en el Acuerdo 030 de 2006 expedido por el Concejo Distrital de Cartagena, pese a que no se demostró que, en realidad, el polígono en mención fuese un bien de uso público.

Agregó que siempre ha sostenido que el polígono Las Velas está ubicado al interior de las instalaciones del edificio Las Velas, hoy Hotel Dann, motivo por el cual se le otorgó ese nombre. Dijo que en sus estudios como contratista, junto con un equipo interdisciplinario, pudo constatar que la edificación Las Velas, que data de 1980, con posterioridad al proceso de urbanización de lo que es hoy el Barrio El Laguito, se encontraba en un área superior a lo que amparaba su título y modo de adquisición, siendo esa área sobrante ocupada de forma irregular lo que se conoce como el polígono Las Velas, sobre el cual versó la declaratoria de baldío realizada en escritura pública 3570 de 1999.

Por ello, en el 2008, procedió a ofrecer en venta directa al Hotel Dann el polígono, dado que se encontraba en ocupación de ellos desde el momento mismo de la construcción, autorizándose que tuvieran la primera opción de compra sobre el predio. En el 2009, se materializó la venta en escritura pública 408 de 2009, suscrita entre JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ y LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA.

Tanto la DIMAR, luego del acto dispositivo, como el denunciante Juan Diego Useche Ortegón afirmaron que el polígono Las Velas se encontraba ubicado en la playa, pese a que el informe realizado por aquellos nunca tuvo como objetivo identificar la real ubicación del predio, sino establecer si el espacio utilizado por el establecimiento comercial Sunset Beach era parte de su jurisdicción. Con todo, aseguró que en el proceso a partir de los elementos recolectados por el propio ente acusador, se pudo constatar que el bien está ubicado al interior

del Hotel Dann, antiguo edificio Las Velas, en una porción del área de piscina y del salón de reuniones.

En consecuencia, afirmó que en el juicio no se logró demostrar que obró de mala fe en el trabajo realizado con motivos nobles, ni siquiera que su tesis fue equivocada o que actuó con dolo.

Luego de referir el contenido de varias pruebas y hechos históricos, señaló que en la metodología adoptada en el programa de baldíos así como de la evolución jurídica de estos se precisó que el edificio Las Velas se construyó a partir del englobe de los lotes 18 y 19 de la urbanización El Laguito, con un área total de 2.181,79m²

Añadió que en el trabajo de campo realizado en su condición de contratista del distrito para la identificación de predios baldíos se determinó que el edificio Las Velas en el año 1999 en verdad ocupaba un área construida de 2.495,86m², queriendo decir con ello que el área ocupada por el edificio Las Velas no coincidía con el área comprada. El área adicional de ocupación y construcción se determinó como polígono Las Velas de 243,75 m² y se precisó su identificación mediante la escritura pública 3570 de 1999, resaltando que para ese año, origen de la escritura de declaratoria de baldío, no existía como ocupante el Hotel Dann aunque sí el edificio Las Velas.

En ese sentido, destacó que el área de ocupación adicional que ejercía el edificio Las Velas en 1999 es lo que finalmente se identificó como carente de otro dueño, es decir, como baldío. Esta

área adicional contaba con un ancho entre 5.5. y 11 metros lineales y largo de 35 metros lineales, se encontraba entre los linderos iniciales de los lotes 18 y 19 y el área inmediata siguiente y parte de la escollera, siendo su lindero final la línea de enrocado que separaba, en 1996, la parte estabilizada y consolidada de la península del mar.

Como las playas, agregó, son el resultado de la construcción de espolones con anterioridad a 1996 *“mal podía extenderse la ocupación física del Edificio Las Velas al área de mar y posteriormente área de playa, lo que refuerza la teoría que desde su construcción se encontraba en posesión del Polígono Las Velas”*.

A partir de ello, adujo que la gran conclusión a la que se llegó en 1999 fue que los constructores del edificio Las Velas compraron 2.181,79m², pero resultaron ocupando físicamente 2.495,85m² los cuales van hasta el límite de la consolidación de la península, esto es, hasta la escollera o enrocado. De esto, dijo, se entiende con claridad que el área adicional de ocupación física tomada por el edificio Las Velas es la que fue objeto de declaratoria de propiedad por el distrito de Cartagena en 1999, año en el que no existía ni el Hotel Dann ni el establecimiento Sunset Beach, con explotación comercial en el frente de playa.

Como para 1999 no existía ocupante alguno en el frente de playa, concluyó que *“mal podía establecerse que el Hotel Las Velas era el ocupante de un polígono con las características de frente de playa”*.

Cuestionó que el Tribunal haya realizado su propio plano del predio y del área en conflicto, en orden a realizar la valoración probatoria y emitir la decisión final, dado que en el proceso se incorporó el informe técnico de la Subdirección de Geografía y Cartografía -GIT, Control Terrestre y Clasificación de Campo y la Subdirección de Catastro GIT, Evaluación Seguimiento y Control del Instituto Geográfico Agustín Codazzi- IGAC, elaborado en el 2016 por expertos técnicos.

Con ello, estimó que el *ad quem* vulneró el derecho de conocer y controvertir la prueba, dado que solo hasta que fue proferida la sentencia de segunda instancia tuvo conocimiento del “*dibujo ilustrativo*” que realizó el fallador sin la debida pericia y conocimiento para ello, resultando desafiante de las conclusiones a las que arribaron los peritos expertos en la materia y que, por demás, corroboran la tesis de la defensa. Aunado a ello, optó por dar plena credibilidad a la testigo Diana María Ocampo Duque, pese a que cimentó su opinión en los geovisores del I.G.A.C. y del sistema de información Google Earth.

Así, agregó que las mediciones y cálculos del funcionario judicial desconocen documentos ciertos y concretos como el plano definitivo de la Urbanización El Laguito, en que se identifican los lotes 18 y 19 que dieron origen al edificio Las Velas, las escrituras públicas de estos y el informe técnico del I.G.A.C., lo que pone en evidencia un falso juicio de existencia, dado que el fallador supuso una prueba inexistente al paso que omitió la profusa evidencia científica sobre la ubicación real del baldío.

Respecto de las consideraciones expuestas en el fallo apelado sobre la existencia de la piscina y el lote declarado como baldío en 1999 señaló que no se corresponde con la realidad demostrada en juicio. En primer lugar, que la escritura pública 3570 de 1999 refiere la identificación de un área de terreno sobre el cual se hace una manifestación, un acto declarativo, de manera que no existía la necesidad de especificar si existían mejoras sobre el mismo.

Desmintió el aserto relativo a que la piscina existió desde 1970, en atención a que el mismo Tribunal mencionó la escritura de hipoteca de 1971 para la construcción del edificio “*por lo que mal podía estar construida la piscina antes del edificio mismo*”. A partir de la escritura pública 1775 del 30 de septiembre de 1998, que constituye la propiedad horizontal del edificio Las Velas, concluyó que la piscina fue construida en 1980.

Tras explicar cómo surgen las áreas de terreno a causa de fenómenos naturales o antrópicos por secamientos de cuerpos de agua, aclaró que su tesis consiste en que el territorio nuevo, que surge de las formas de desecamientos le pertenece a la Nación y ningún particular puede alegar propiedad por accesión, prescripción u otra forma de modo de adquirir. En punto a la península de El Laguito, ha sostenido que en un momento dado el Estado dispuso de un área de su terreno que incluía una flecha de litoral que surgió con posterioridad al cierre de la entrada a la bahía de Bocagrande, que data de 1776, mediante el reconocimiento de la propiedad privada sobre la flecha y autorización de su estabilización con rellenos, terraplenados y

muro de estabilización o escollera, dando lugar al barrio El Laguito.

Con ello destacó que se trata de un terreno nuevo, no existente antes de su origen natural, esto es, de 1776, ni consolidado como urbanización (1996). Luego del enrocado no existía frente de playa. Los predios reconocidos y amparados con justo título de dominio en que se parceló la península para dar origen al nuevo barrio, agregó, corresponden al loteo efectuado por el urbanizador. Acotó que años después los constructores del edificio Las Velas compraron los lotes que, englobados, corresponden a dicho edificio, el cual fue terminado en la década de 1980, de manera que los únicos lotes amparados con título y modo de adquirir son los que corresponden al proceso urbanizador.

De otra parte, afirmó que el Tribunal incurrió en un error de apreciación y valoración al confundir las áreas de territorio físico con las áreas que corresponden a lotes con reconocimiento jurídico. Para 1966, los lotes jurídicamente existentes son los que corresponden a la parcelación urbanística, es decir, que no existían jurídicamente los polígonos Las Velas, Las Brisas ni El Laguito.

Por ello, aclaró que para 1999 se encontró que esa área concreta de la urbanización, las construcciones existentes excedían las áreas amparadas por título y modo, que corresponden al lote de la urbanización realizada en 1966 *“y que habían extendido su área física, no su área jurídica, y de esta forma, se encontraban en ocupación y en apropiación de hecho, de*

la franja de terreno que existía entre el límite de sus lotes y la escollera.”

Agregó que tras identificar esas áreas de ocupación se determinó que carecían de dueño y por tanto debían ser reputadas como áreas de propiedad de la Nación, asignándoseles el nombre del ocupante, de ahí la denominación Polígono Las Velas, por edificio Las Velas. A partir del acto declaratorio de dominio realizado por el Estado surgen como lotes o predios, de manera que son jurídicamente nuevos. Queriendo destacar con esto que las áreas físicas del territorio no surgieron después sino durante el proceso de estabilización, aunado a que no podían estar en el mar, dado que para 1966 no existían playas en el sector.

Contrario a lo aseverado por el fallador, aclaró que el área de la piscina y el polígono no estaban dentro de la propiedad escriturada al edificio Las Velas, es decir, que sobre el área ocupada el Hotel Dann no tenía declaratoria de propiedad, aunque la ubicación física se correspondía con la construcción de la edificación, motivo por el que se ofreció al hotel la primera opción de compra dada su calidad de ocupante, para encuadrar en la hipótesis normativa del Acuerdo 030 de 2006.

Reprochó que el Tribunal haya creído la declaración de Diana María Ocampo Duque, según la cual, el objeto vendido es una playa, dado que limitó su consulta a la escritura declarativa, el geovisor del IGAC y la herramienta Google Earth. Ante esto opuso que la escritura pública 3570 de 1999 contiene un acto declarativo de dominio, con la delimitación física del predio objeto

de la declaración cuyo título y modo emana del artículo 123 de la Ley 388 de 1997, acto que goza de presunción de legalidad.

En ese sentido, precisó que la declaratoria de baldío no fue caprichosa o sin fundamento, por el contrario, resultó de un soportado y minucioso análisis de la conformación y configuración del territorio en donde se encuentra el bien objeto de declaración, así como un análisis jurídico. Por ende, en su sentir, el fallador sobreestimó la versión de la testigo, sin advertir que ella desconoce los linderos de la escritura pública 3570 de 1999, al señalar que el predio corresponde a un frente de playa, pues de ser así, su fondo no podría ser el lote donde se construyó el edificio Las Velas, máxime cuando la conglobación de los lotes 18 y 19 de la urbanización no llegan hasta la playa.

Por ello, cuestiona que para el Tribunal tenga mayor valor probatorio la declaración de la testigo, sustentada en fuentes de consulta como el geovisor IGAC y Google Earth, pero no así el informe técnico elaborado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, siendo esta la autoridad administrativa del Estado en la materia.

Recordó las alegaciones de conclusión de la defensa en punto a los problemas de buscadores como Google Earth, entre otros, que cualquier usuario puede modificar los lugares que aparecen en la aplicación, no es confiable en cuanto a la actualización y con mayor razón para el 2009 cuando fue empleado por la testigo Ocampo Duque, sumado a que las elevaciones son muy simplificadas, lo que no sucede con un levantamiento con más puntos de control altitudinal, de lo que

da cuenta las condiciones del servicio al señalar que las condiciones reales pueden ser diferentes a las indicadas en los resultados y al contenido del mapa.

Reprochó la valoración probatoria que el Tribunal realizó de las pruebas a partir de las cuales concluyó que el predio ocupado por Juan Diego Useche Ortégón, propietario del establecimiento de comercio Sunset Beach corresponde al polígono Las Velas, dado que no diferenció la ubicación real de las áreas en conflicto, pues aun cuando el informe de jurisdicción de la DIMAR señala que este ocupaba un frente de playa, no corresponde al polígono, conclusión a la que arribó al destacar que el objeto del estudio consistió en establecer si el predio ocupado por el establecimiento era playa y no en precisar la locación del predio vendido por el distrito.

Refirió acápites de la declaración de Juan Diego Useche Ortégón relativos a la relación comercial que el Hotel Dann sostuvo con Juan Carlos Rodríguez para el 2004 con respecto al establecimiento llamado Kori Beach, para destacar que el denunciante adquirió el derecho para trabajar con el hotel, de manera que para cuando se declaró el predio como baldío no existía víctima alguna que pudiera verse afectada, toda vez que Sunset Beach fue creada en el 2007.

Añadió que de la venta se valió el hotel para requerir la restitución de las áreas ocupadas por Sunset Beach, lo que dio origen a confusiones sobre el mismo, asunto que fue desatado finalmente con la expedición de la resolución mediante la cual se dispuso la restitución de la zona de playa al distrito, quedando

aclarada, según él, la diferencia de ubicación y naturaleza jurídica entre el polígono Las Velas y el área ocupada por el establecimiento de comercio.

Añadió que la Fiscalía no logró probar que el área ocupada por Sunset Beach, inicialmente de 750 m² y luego de 583.81 m², se ubica en el polígono Las Velas. Estimó que el *ad quem* incurrió en un grave error al pretender reducir el polígono a la piscina del hotel, siendo que él jamás aseveró ello, *“lo cierto y probado es que el Polígono Las Velas ocupa una parte de la zona de piscina, pero también incluye otras áreas construidas por el Hotel, como lo es la parte de su salón de reuniones”*.

De otra parte, reprocha al Tribunal haber concluido que de acuerdo con la escritura pública 5000 del 18 de diciembre de 1970, el límite posterior de los lotes 18 y 19 era playa o escollera del Mar Caribe y a los lados los lotes 17 y 20 de la urbanización, de manera que el polígono Las Velas, según la escritura pública 3570 de 1999 colinda con terrenos nuevos, como los polígonos El Laguito y Las Brisas.

Para ello, explicó que el barrio El Laguito surgió a partir de la estabilización de una flecha de litoral que se dio, a su vez, como consecuencia del cierre de la boca grande de acceso a la bahía de Cartagena, mediante la escollera submarina que se terminó de construir en 1776. Esa flecha, acotó, fue vendida a un particular como parte del territorio que hoy se conoce como Bocagrande, con una cadena traslaticia del dominio desde 1868.

Con posterioridad, mediante Resolución 103 del 23 de agosto de 1960 expedida por la Autoridad Marítima, la Sociedad Inversiones El Laguito Ltda., como propietaria del área, procedió a estabilizar la flecha de litoral y transformarla en península con rellenos hidráulicos efectuados por la compañía holandesa Contratistas Van Suramericana Ltda., dándole la conformación que muestra el plano de 1966 de la urbanización, aprobado por Resolución No. 8 del 7 de octubre de 1966 por la Junta de Planificación Municipal de Cartagena, protocolizado mediante escritura 2089 del 31 de diciembre de 1966.

Explicó que la península, desde 1966 a la fecha, ha sido objeto de tres intervenciones antrópicas que han alterado su configuración. Respecto del polígono Las Velas, aclaró que corresponde a un área existente desde la consolidación de la península (1966), como área nueva del territorio producto de rellenos y estabilización con una escollera. Preciso, además, que en el frente costero que da al Mar Caribe y a partir del surgimiento de las playas resultado de la construcción de los espolones, quienes habían adquirido lotes de la urbanización en este sector, decidieron extender sus áreas de ocupación hasta el límite mismo de la escollera, lo que también realizó el entonces edificio Las Velas, hoy Hotel Dann.

En ese orden *“el Polígono las Velas corresponde, entonces, al área de acreción sedimentaria consolidada por el sistema de rellenos y presencia de enrocado que surgió en el año 1966 a partir de la terminación y entrega de la urbanización que se denominó El Laguito, al igual que los lotes que el urbanizador organizó y que fueron objeto de un plano definitivo”* aprobado en ese año. Entre

esos lotes se encontraban el 18 y 19, cuyo límite de fondo para ese momento era la escollera, dado que para esa época no existían playas en el sector.

Agregó que para 1999 se logró establecer que el edificio Las Velas ocupaba un área superior a la determinada en los planos de urbanización. Aunque en ese momento no se determinó en qué fecha se produjo el crecimiento del predio, la escritura pública 1775 de 1980 mediante la cual se constituyó la propiedad horizontal del edificio, donde se identifica la existencia de la piscina y el salón de reuniones, permite concluir que la ocupación irregular del polígono Las Velas tuvo lugar desde el momento mismo de su construcción.

Precisó que el trabajo realizado en 1999 culminó con el acto declarativo el cual tenía por objeto medir y alinderar el área adicional detectada y ocupada por el edificio Las Velas, no así las mejoras que existían como la piscina. En consecuencia, es posible hablar del polígono como predio nuevo, solo a partir del acto que lo declaró en 1999, año del cual data el folio de matrícula inmobiliaria.

Por lo expuesto, insistió en que el Tribunal erró al confundir la existencia física del territorio con la jurídica. Además, resaltó que no existe contradicción alguna en la alineación del polígono Las Velas realizada en 1999, pues se determinó que era aledaña a los lotes 18 y 19 (fondo) y a las construcciones y ocupaciones correspondientes a los edificios Las Brisas y El Laguito.

Estimó, en ese sentido, que el *ad quem* se equivocó en la apreciación de los informes rendidos por Lucía Navarro Aguirre, pues las recomendaciones sobre reservas ambientales que allí se realizan están referidas a los actos declarativos en trámite, luego, no son aplicables de manera retroactiva para cuestionar los actos declarativos de años anteriores, como es el caso del polígono Las Velas.

Consideró que el Tribunal creó una tesis no debatida en juicio, cual es que la antigua piscina del Hotel Dann, construida en los 70s, fue ampliada con posterioridad al 2009, cuando la perito Diana Ocampo Duque realizó la consulta correspondiente y de ello dan cuenta los 27,12m² de sedimento arenoso que fueron descubiertos, de ahí la falta de coincidencia entre el concepto de esta testigo y los peritos del IGAC, Leal Santos y Quiroga Vaca, motivo por el cual concluyó que el objeto de la venta fue una playa.

En ese sentido concluyó que el funcionario judicial realizó suposiciones sobre lo que es el polígono Las Velas con el único fin de poderlo ubicar, sin soporte técnico que lo acredite, como un predio de playa ubicado con posterioridad al Hotel Dann, al punto de asemejar un inmueble válidamente declarado baldío con otro de uso público playa, únicamente debido a su cercanía, pese a que son dos predios completamente distintos.

De cara a las conclusiones a las que arribó el *ad quem* sobre su situación en concreto, expuso que siendo contratista identificó el área de acreción sedimentaria sobre mar mediante rellenos que efectuó la Compañía Hotelera Cartagena de Indias en la misma península de El Laguito y sobre los cuales se construyó el Hotel

Hilton. Por ello, actuó en representación del distrito en la acción popular que conoció el Consejo de Estado, donde sostuvo la tesis de que no puede existir propiedad privada sobre las áreas de acreción, sean naturales o antrópicas, sobre cuerpos de agua, dado que la existencia de estas áreas genera problemas de ordenamiento territorial.

Acotó que existiendo dos alternativas frente a la ocupación de bienes de dominio público de un lado, la restitución a su condición natural o, del otro, aceptar la desafectación del dominio público, que sucede cuando el ocupante paga al Estado el valor del área afectada o la permita con otra, tal como sucedió en el caso de los rellenos del Hotel Hilton, analizado por el Consejo de Estado a partir de la figura de la compensación, la segunda opción fue la que tuvo lugar en el caso concreto.

Al respecto explicó que se desafectó el dominio público mediante la declaración de baldío en 1999, con fundamento en la Ley 137 de 1959 y el artículo 123 de la Ley 388 de 1997, así como el Acuerdo 030 de 2006 expedido por el Concejo Distrital, entidad diferente a la Alcaldía Mayor de Cartagena, sustento legal a partir del cual se ofreció en venta el predio al Hotel Dann, que finalmente se concretaría con la suscripción de la escritura pública 408 de 2008.

Aseveró que en manera alguna obró con dolo o capricho en la creación de las bases del programa de baldíos al plantear una tesis jurídica basada en estudios históricos, técnicos y jurídicos con respecto, entre otros, al polígono Las Velas, por el contrario, es el resultado de un estudio realizado con un equipo interdisciplinario a partir de argumentos que, incluso, fueron

acogidos por el Consejo de Estado en sentencia del 26 de noviembre de 2008.

A propósito del detrimento patrimonial que el Tribunal dijo se había causado, anotó que el Hotel Dann pagó parte del precio del predio, no obstante, la venta fue suspendida a causa de la publicidad negativa, al paso que se suspendió todo un programa que pretendía obtener ingresos para el distrito destinados a inversión social y a dar forma al ordenamiento territorial de Cartagena.

En consecuencia, solicitó se revoque el fallo impugnado y, en su reemplazo, se confirme la absolución del juzgado de conocimiento.

5.6. Del representante judicial de DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA.

Tras realizar un recuento de los antecedentes procesales, así como de la decisión recurrida, abordó el análisis del delito de peculado por apropiación por el cual fue condenado su representado para cuestionar que se le haya sancionado con fundamento en el inciso 2° del artículo 397 del C.P., dado que la cuantía considerada por el fallador se sustentó en la absurda idea de que el predio objeto de venta valía \$679.453.125, a partir del valor del metro cuadrado señalado inicialmente en el avalúo realizado por RAFAEL CEBALLO CALVO, multiplicado por la extensión del predio, 243.75m², menos los \$51.796.875 pagado por el Hotel Dann.

En realidad, según el recurrente, en cuanto a su defendido sólo debía tenerse en consideración el precio pagado por el hotel, sumado a la eventual demostración de que hubiese tomado para sí alguna parte de esa suma, supuesto que no se acreditó, en razón a que el inmueble permanece con sus linderos y fue vendido como cosa cierta, dado que es un baldío. Aunado a que, aun cuando se convino como precio de compra \$207.000.000, el peculado se concreta en el dinero que efectivamente fue entregado. Por tanto, consideró que si el Tribunal aludió a la suma de \$679.453.125, lo hizo en orden a sustentar que el delito no había prescrito.

Incluso, resaltó que en diligencia de formulación de imputación la Fiscalía afirmó que el precio cancelado por la franja de playa fue de \$750.000.000 y no de \$207.000.000, postulado que ratificó en la audiencia de formulación de acusación. Con lo anterior, resaltó que no se ha tenido conocimiento, desde un comienzo, ni se logró demostrar cual fue el monto exacto apropiado por los procesados con la venta de la supuesta playa.

Por consiguiente, como el bien no tiene precio, el valor no es superior a los 50 s.m.l.m.v. y, en todo caso, persiste la duda sobre la aplicación de la agravante, el delito de peculado por apropiación estaría prescrito, a partir del inciso primero del artículo 397 de la Ley 599 de 2000.

Con respecto a la valoración probatoria realizada en el fallo impugnado sobre el investigador José Tadeo Zakzuk Martínez, estimó que ningún sentido tuvo la exclusión de su testimonio, siendo que las pruebas declaradas ilícitas ni siquiera fueron

mencionadas en la etapa de juicio, siendo la percepción del testigo más amplia pudo dar cuenta de si el terreno inspeccionado correspondía al polígono Las Velas.

Atinente al plano ilustrativo incluido en la sentencia condenatoria, reprocha que el Tribunal haya dibujado un plano propio, con determinación de linderos y áreas, cuando a instancias de la propia Fiscalía se practicó una experticia técnica y científica por parte del Instituto Geográfico Agustín Codazzi - IGAC, elaborado por expertos técnicos. Según este, el polígono en cuestión corresponde a un área construida, ocupada por parte de la piscina del hotel y el salón de reuniones, cuyo lindero de fondo corresponde a la paredilla que coincide con el enrocado o escollera. Al confrontar este plano con el elaborado por los peritos de la DIMAR se tiene que el predio corresponde a un área fuera de su jurisdicción.

De otra parte, sobre el objeto del acto declarativo de bien baldío, recordó que el *ad quem* destacó que en la escritura pública 3570 de 1999 no se consignó que sobre el predio estuviese ubicado el Hotel Las Velas ni la piscina, con lo cual desconoció que en el documento se habló de áreas de terreno, mas no de mejoras, por ello lo relevante para el caso es la determinación en los planos de urbanización y las escrituras de venta debidamente registradas. Por tanto, aclaró que al decir que el polígono Las Velas colinda en el fondo con el lote en donde está construido el hotel, hace referencia es al terreno, no a sus mejoras.

Es así que la categórica afirmación del fallador relativa a que la piscina estaba incluida desde 1971 en la construcción carece de sustento probatorio, toda vez que según la escritura pública 1065 de ese año, el Banco Central Hipotecario otorgó un crédito para terminar la construcción del edificio Las Velas, siendo claro que para 1971 no existía. Desmintió, igualmente, que su defendido haya afirmado que los lotes vecinos al predio polígono Las Velas surgieron después por la construcción de la escollera, dado que su tesis, así como lo acreditado, es que en el plano definitivo de la urbanización El Laguito no aparecen ninguno de estos lotes por no existir jurídicamente.

Atinente al avalúo comercial, señaló que al decirse que el predio objeto de venta colinda por el fondo con el lote donde está construido el Hotel Las Velas, es preciso entender que se refiere a lo amparado con título y modo de adquirir, es decir, al área ocupada hasta la escollera o enrocado que no está amparada en la compra del lote inicial, sobre la cual versa el avalúo.

Aclaró que dicho lote no puede ser considerado como independiente de acuerdo al P.O.T. y las normas urbanísticas vigentes en la ciudad, dado que carece de servicios públicos y su utilidad, urbanísticamente hablando, es poca, siendo de beneficio únicamente como prolongación del lote preexistente que sí está amparado en título y modo de adquisición.

Respecto de las apreciaciones del *ad quem* sobre la naturaleza jurídica del bien vendido, reprocha que le haya brindado credibilidad a la testigo Diana Ocampo Duque, pese a que no tuvo una percepción directa del predio, obtuvo

conocimiento del mismo a partir de la búsqueda en el geovisor del I.G.A.C. y Google Earth y sus declaraciones son opuestas al informe técnico de la Subdirección de Geografía y Cartografía - GIT, Control Terrestre y Clasificación de Campo y de la Subdirección de Catastro del IGAC.

Estimó que el funcionario judicial confundió el trámite de restitución de bien de uso público, área de playa en la que fue reconvenido Juan Diego Useche Ortegón por la autoridad estatal competente, con la naturaleza del predio vendido, dado que entre uno y otro no existe coincidencia, *“el predio ocupado por el mobiliario de Sunset Beach (área de playa) no corresponde al área de piscina”*, aunado a ello el Tribunal redujo el polígono Las Velas a la piscina, cuando solo toca un pedazo no considerable de ella, encontrándose, también, en otras áreas como el salón de reuniones del hotel.

En ese sentido, no se puede dar credibilidad a la afirmación del denunciante consistente en que el área ocupada por su establecimiento de comercio, de 583.81 m² de playa, corresponde al polígono Las Velas, dado que no coinciden ni las áreas, ni los linderos. De ahí que no exista contradicción entre el informe técnico del I.G.A.C., sustentado por los peritos Henry Quiroga y Jorge Alberto Leal Santos con el informe de jurisdicción de DIMAR, suscrito por los peritos técnicos Jaime Arturo Barbosa y Carlos Gutiérrez Castro, toda vez que se refieren a áreas diferentes.

Sobre la dicotomía expuesta por el Tribunal relativa a si el bien vendido por el distrito de Cartagena es playa, bien de uso

público, o es bien fiscal, acotó que el fallador desconoce las leyes elementales de la lógica, dado que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, luego, existe una contradicción en que se haya condenado por el delito de peculado por apropiación, dado que *“el bien de uso público simplemente no puede tener valor especificado en dinero porque simplemente deja de ser un bien público y entraría en otras categorías que la legislación tiene al respecto”*.

El ilógico manejo del *ad quem* deriva de su afán en querer demostrar que el bien era público, para atribuirle un precio que no se puede establecer. A partir de esto, lo apropiado sería el pago entregado a la secretaría de hacienda, en lo que no participó su representado, siendo asesor del distrito en lo concerniente al tema de baldíos. Añadió que el tratamiento de baldíos era política de la Nación implementada en los distritos, a quienes se adjudicó dichos bienes, de ahí que se hubiera expedido la escritura pública 3570 de 1999 con su respectivo registro.

En consecuencia, se pregunta cómo es posible que la Fiscalía y el Tribunal concluyan que el bien es una playa, de uso público, cuando el registro de ese año conservaba vigencia para 2009, sin respaldar su afirmación con la declaratoria de ilegalidad del acto administrativo en comento. Asimismo, acotó que aun cuando el avalúo habla de un lote, a partir de lo descrito en la escritura pública 3570 de 1999, ello excluye, en realidad que hubiese versado sobre una playa, dado que no puede existir división de terrenos en playas, por no ser terrenos en términos urbanísticos.

Con respecto al conocimiento de su defendido sobre la venta de un supuesto bien de uso público, destacó que este obró con precaución, incluso, estuvo reunido con el Capitán de Puerto Víctor Hurtado Irurita, siendo informado de cuál era el predio que se estaba vendiendo.

Descartó la supuesta concurrencia del dolo, pues ni siquiera fue demostrado que JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ, en su calidad de alcaldesa, hubiese convenido una reunión con todos los procesados.

Reseñó las consideraciones expuestas por el Tribunal en punto a las declaraciones de DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA para concluir que incurrió en graves errores argumentativos e inadecuada apreciación del material probatorio presentado en juicio.

Para sustentar el reparo, reiteró las explicaciones que el acusado hizo en su apelación, reseñadas en el acápite precedente, sobre la conformación de la península El Laguito. Respecto del edificio Las Velas, recordó que fue constituido a partir del englobe de los lotes 18 y 19 de la urbanización, con un área total de 2.252,10 m² y el trabajo realizado incluyendo el de campo determinó que para 1999, el edificio ocupaba un área construida de 2.495,85 m² hasta la escollera o enrocado, de manera que el área ocupada no coincidía con la comprada. *“El área adicional de ocupación y construcción se determinó como POLÍGONO LAS VELAS con área de 243,75 m² y se precisó su identificación mediante la escritura pública 3570 de 1999”,* año

para el cual no existía como ocupante el Hotel Dann, menos Juan Diego Useche como tercero, ni su establecimiento Sunset Beach.

Añadió que la tesis de su representado consiste en que el área ocupada de hecho por el entonces Hotel Las Velas no amparado en título y modo legítimo de propiedad, tiene el carácter de bien baldío, propiedad de la Nación, pero que ésta cedió esos bienes a los municipios y distritos por medio de la ley, *“por lo tanto a partir de la vigencia de la ley de cesión de los baldíos urbanos, estos predios pasaron a ser bienes fiscales.”*

Para 2008, TORREGROZA LARA había presentado nuevos proyectos de escrituras públicas contentivos de actos declarativos de dominio en favor del distrito y para estos nuevos actos surgió la recomendación de la ex asesora Lucía Navarro Aguirre, se formularon consultas al EPA y a Planeación Distrital, referentes a la no condición de áreas de reserva ambiental de los predios a declarar como propiedad del distrito, es decir, que nunca se trataron los predios de años anteriores que ya habían sido declarados y contaban con folio de matrícula inmobiliaria, como el polígono Las Velas.

Frente al testimonio de Juan Diego Useche Ortegón, víctima en el proceso, en punto a su afirmación de que el convenio privado que sostenía con el Hotel Dann culminó porque éste compró la playa al distrito de Cartagena, aclaró que el acuerdo que existía entre ellos radicaba en que el arrendador pudiera recibir insumos de uso de la infraestructura del hotel, no en que hiciera uso de la playa. Además, resaltó que el área de playa que ocupaba Sunset Beach era de 583,81m² de acuerdo con el

informe pericial de jurisdicción de la DIMAR, de manera que no era posible que se hubiese vendido el área de playa utilizada por el establecimiento de comercio.

Acusó a los fiscales que han estado al frente del caso de haber creído la *“estulticia jurídica de la venta de una playa”*, por lo que el último fiscal seccional tuvo que *“buscarse una persona que se presentara como víctima en este asunto, algo de no creer”*, a Juan Diego Useche Ortegón, pues la supuesta venta ilegal del predio polígono Las Velas, de configurar un delito contra la administración pública, en nada lo afectaba, máxime cuando jamás tuvo permiso legal para ocupar ese lote, siendo además, admitido por el Tribunal como víctima, cuando carecía de esa calidad.

Añadió que, incluso, ninguno de los peritos de la Capitanía de Puerto, Víctor Hurtado Irrurita, Erick Guyana Labrador, Juan Francisco Leal y Arturo Barbosa Sánchez, inspeccionó el polígono en comento, sólo constataron que el denunciante se encontraba en la Playa Hollywood para conferirle el permiso, el que, insistió, no obtuvo.

Sobre la apreciación que el Tribunal hizo del testimonio de Henry Quiroga Vaca, destacó que la ubicación del polígono Las Velas no está dado por el concepto de este agrónomo, sino del informe técnico del I.G.A.C., es decir, de un documento proferido por una autoridad estatal especializada, el cual no arroja duda alguna sobre la real ubicación del predio en cuestión. Desmintió que la piscina del hotel chocara con el enrocado o paredilla y que, según la escritura pública 3570 de 1999 y el avalúo realizado por

CEBALLOS CALVO, el polígono siguiera más allá de la piscina del hotel, pues ninguno de estos documentos se ocupó de las mejoras del lugar.

Después de abordar, uno a uno los interrogantes, así como las conclusiones propuestas en la sentencia cuestionada, reiteró las apreciaciones sintetizadas en precedencia y agregó que la existencia de un área de 27,12m², no incorporada en la declaratoria del baldío, establecida con precisión científica en el informe del IGAC, en nada desvirtúa la declaratoria de baldío, pues se encuentra antes del enrocado, a partir del cual surge el área de playa y corresponde a un error técnico de los expertos auxiliares de su representado que midieron el predio en 1999. Esta área, explicó, según el informe en comento es un sedimento arenoso que no fue objeto de ocupación por parte del edificio Las Velas.

Insistió en que el Tribunal erró al concluir que el Polígono Las Velas es un terreno nuevo que surgió con el tiempo a causa de la sedimentación ocasionada como consecuencia de la escollera de Bocagrande, dado que *“el lote en PARTICULAR como parte aislada solo surge a partir de su plena identificación efectuada en el año 1999”*.

Contrario a lo sostenido por el *ad quem*, destacó que el concepto del Consejo de Estado empleado por el fallador para desacreditar la tesis de su representado sostenida desde 1997, en realidad, la avaló, puesto que no es correcto reducir la finalidad del programa de baldíos a un instrumento rentístico, siendo que está destinado al ordenamiento territorial del distrito,

con el fin de reportar beneficios a partir de la generación de recursos con la venta de esos predios.

A partir de lo expuesto y del análisis de las sentencias reseñadas por el funcionario judicial, adujo que el procesado no obró desvalido de soporte alguno, de manera que su tesis no fue el resultado de una torticera, caprichosa o contraevidente lectura de la ley y la jurisprudencia, no actuó con dolo desde 1998 cuando inició con la ejecución del Programa de Baldíos, pese a que sus planteamientos puedan ser objeto de debate académico y judicial.

De otra parte, expuso que la prescripción de la acción penal en el caso concreto habría operado, según dos teorías.

La primera se sustenta en el vacío normativo en la regulación del derecho a impugnar la sentencia condenatoria, toda vez que, en su sentir, los efectos de la decisión SU-146 de 2020 se limita a los aforados, luego, no existe norma específica que regule el tema y *“se debe considerar que la impugnación de la sentencia condenatoria de segunda instancia es una extensión del juicio, por lo que la primera sentencia condenatoria no goza de intangibilidad y fuerza de cosa juzgada”*. Entre otras razones, expuso que no debería aplicarse el artículo 189 del C.P.P., dado que el recurso especial de impugnación es ordinario, en tanto que dicha norma se refiere al trámite extraordinario de casación.

Señaló que darle a la sentencia condenatoria de segunda instancia la condición de cosa juzgada desconoce los valores de la justicia y equidad al lesionar el derecho fundamental al debido

proceso y la presunción de inocencia. El juez no está habilitado para colmar el vacío normativo regulando los efectos del recurso de manera similar al de casación, dado que ello implicaría una grave restricción de la libertad personal.

En ese sentido, expuso que en aplicación del principio de favorabilidad debería asimilarse el recurso de impugnación a un mecanismo ordinario, para que la decisión judicial impugnada no adquiriera el carácter de cosa juzgada, hasta que no se resuelva el caso en la instancia final. La interrupción y suspensión de la prescripción están reservadas al legislador por lo cual, ante el evidente vacío, la decisión del juez debe hacerse bajo los postulados del principio de favorabilidad.

A propósito de lo expuesto, concluyó que extender los efectos de la sentencia de tutela SU-146 de 2020, respecto de la situación de un aforado condenado en segunda instancia, contraría el bloque de constitucionalidad, al paso que se constituye en la interpretación más odiosa y desfavorable para resolver el problema.

Con fundamento en el salvamento de voto suscrito por el entonces magistrado Eugenio Fernández Carlier, en la decisión del 3 de septiembre de 2020, radicado 34017, sostuvo, en síntesis, que la suspensión de la prescripción de que trata el artículo 189 del C.P.P. no opera, pues la primera condena proferida por un Tribunal es primípara y requiere de una segunda instancia, de manera que el término extintivo sigue vigente y, frente a su representado, habría operado el 25 de abril de 2021.

La segunda teoría, versa, según el recurrente en que el bien objeto de venta no es de uso público, como lo afirmó el *ad quem*, porque de serlo, dicha calidad supone que no tiene un valor comercial establecido. Por ello, señaló que el sentenciador, tuvo en consideración un valor hipotético de lo apropiado de \$731.250.000, a partir del avalúo suscrito por RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO, con el fin de aplicar el aumento de pena de hasta la mitad, descrito en el artículo 397 del C.P. contra los acusados.

Al respecto, insiste en la contradicción de la sentencia impugnada, dado que asigna un valor comercial al supuesto bien de uso público objeto de litigio, pese a que se acreditó en juicio que el polígono Las Velas es un bien baldío, motivo por el cual no se cumple con el elemento estructural del peculado por apropiación.

Por el contrario, como el único monto del que se tiene certeza es el correspondiente al dinero pagado por la Promotora Inmobiliaria Dann Medellín, de \$51.796.875 a favor del distrito de Cartagena, mas no con destino a los hoy sentenciados, concluyó que no existió una apropiación en provecho de ellos o de un tercero, al punto de no haberse demostrado la afectación del bien jurídico de la administración pública, en particular porque la venta se realizó sobre un bien baldío, según los lineamientos del Acuerdo 030 de 2006. Luego, la segunda tesis consiste en que de encontrarnos ante un bien de uso público no se estableció en debida forma el valor que podría equivaler al patrimonio estatal.

En consecuencia, no resultando aplicable el inciso segundo del artículo 397 del C.P. sino el primero, que prevé una pena de 270 meses de prisión, a partir de la calidad de interviniente por la que fue acusado DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA, estimó que frente a su defendido operó el fenómeno de la prescripción el 25 de octubre de 2019.

Con fundamento en lo expuesto, solicitó revocar el fallo proferido por el Tribunal para emitir, en su reemplazo, sentencia absolutoria por el delito de peculado por apropiación. Asimismo, se declare la prescripción de la acción penal en favor de DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA y se revoque, inmediatamente, la orden de captura que pese en su contra. Pidió, además, se archive de una vez por todas el proceso.

6. NO RECURRENTES

6.1. Fiscalía.

El ente acusador solicitó confirmar la sentencia recurrida, dado que logró demostrar, con expertos de Policía Judicial C.T.I. y del I.G.A.C., así como con peritos de la Dirección Marítima DIMAR, testimonios y dictámenes, sin asomo de duda, que el predio objeto de venta por parte de la alcaldía de Cartagena, cuya titular era JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ, es una playa marítima denominada polígono Las Velas, es decir, un bien de uso público imposible de venta.

Añadió que tanto la alcaldesa como la secretaria de hacienda distrital, VIVIAN ELJAIEK JUAN, eran ampliamente

conocedoras que el objeto de venta es una playa marítima, al punto que, de manera permanente, la alcaldía emitía concepto favorable para que la firma comercial Sunset Beach ocupara temporalmente el lugar, previo concepto de la DIMAR, lo que ocurrió en múltiples ocasiones. Agregó que tal fue el indebido interés en el negocio que el comprador, Hotel Dann Cartagena, colocó el precio, por demás irrisorio, so pretexto de que sufría depreciación por estar frente al mar.

Indicó que, incluso, al conocer de la venta, la DIMAR trató en varias oportunidades de entrevistarse con la secretaria de hacienda, siendo esta quien manejaba el trámite irregular con el asesor contratado DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA, amplio conocedor del tema de baldíos en Cartagena.

Dijo que los procesados, junto con sus defensores, sostuvieron que la calidad de baldío había sido conferida por una alcaldía previa mediante escritura pública 3570 del 8 de noviembre de 1999, pese a que JUDITH DEL CARMEN PINEDO, abogada titulada y expersonera de Cartagena, con sus asesores jurídicos, sabían que la calidad de bien baldío no es conferida por el alcalde de turno mediante acto administrativo o escritura pública.

Enfatizó que el ingeniero civil RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO actuó como evaluador, sin estar registrado en el IGAC ni ante las lonjas de propiedad raíz, motivo por el cual se valió de otros colegas inscritos, para emitir el único avalúo de la precaria suma, a partir de conceptos amañados como afirmar que al estar el predio frente al mar sufría inmensa depreciación.

Con respecto a LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, refirió que tenía la claridad suficiente de que el bien ocupado por Sunset Beach era playa marítima, al punto de “llegar al descaro” de arrendarlo a Juan Diego Useche. Añadió que los permisos para la ocupación se hacían por medio del hotel y siempre se requería del concepto de la alcaldía distrital para que la DIMAR otorgara la ocupación temporal, de manera que conocían que el predio correspondía a un bien de uso público.

En consecuencia, solicitó confirmar integralmente la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal.

6.2. Ministerio Público

El Procurador 291 Judicial Penal I defendió el acierto y la legalidad del fallo impugnado, por estar enmarcado en un contexto que involucra los intereses consustanciales de la Administración Pública, como bien jurídicamente tutelado, de carácter colectivo, sobre el cual convergen los legítimos intereses de la sociedad.

Luego de recontar las pruebas acopiadas, destacó que la naturaleza de un bien de uso público y sus características, no pueden ser desnaturalizadas por un acto jurídico como la declaratoria de baldío o mediante acto bilateral como una venta, pues de ser así, estos actos estarían viciados de nulidad por objeto ilícito, dado que es inadmisibles privilegiar formas escriturales para proyectar una condición sobre el predio que no le corresponde.

Señaló que aun cuando jurídicamente está prohibida la enajenación de bienes de uso público, no significa que materialmente resulte imposible llevar a cabo el negocio jurídico por medio de maniobras formales de protocolización revestidas de virtualidad o apariencia legal, como sucedió en el caso concreto.

Precisó que de acuerdo con la acusación, el entramado no tuvo lugar desde la protocolización de la escritura pública 3570 del 8 de noviembre de 1999, en su lugar, la comprensión de la ilicitud por parte de los procesado pudo darse con ocasión de las acciones realizadas por Juan Diego Useche Ortegón, cuando solicitó el peritazgo a la capitanía de puertos según el cual el área en cuestión correspondía a una playa marítima, siendo puesto en conocimiento de los interesados.

Con respecto al Programa de Baldíos desarrollado por DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA, resaltó que se aprecia problemático desde sus fundamentos técnicos y jurídicos para definir áreas de terreno como bienes baldíos, toda vez que lo llevó a cabo soslayando la competencia del Comité Interinstitucional creado en Resolución 0379 del 13 de mayo de 2004, aunado a que los criterios y la metodología aplicada para la identificación de las áreas de acreción del programa tampoco resultan pacíficos.

Tras referir el Acuerdo 030 del 14 de diciembre de 2016, estimó su contenido como relevante para la construcción de los elementos estructurales del tipo penal de contratos sin cumplimiento requisitos legales, siendo indiscutible que la hipótesis factual enrostrada por la Fiscalía consiste en la venta

de una franja de tierra de uso público, por medio de formas contractuales para eclipsar su verdadera condición, contrario a lo aducido por la defensa sobre la supuesta anfibología de la acusación.

Señaló el contenido del artículo 5° del mencionado acuerdo, referido al procedimiento para llevar a cabo las ventas, en virtud del cual se requería de licitación pública cuando la cuantía fuere superior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, estando a cargo del alcalde conferir la escritura pública de venta con garantía hipotecaria, siempre que el comprador hubiese cancelado el 25% del precio.

A partir de lo expuesto, estimó clara la competencia y legitimidad reconocida a JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ para intervenir en el proceso, correspondiéndole la responsabilidad exclusiva y excluyente de conferir la escritura pública a que hubiere lugar. En tanto que, el parágrafo 1° del artículo 4° radicó en la secretaría de hacienda distrital la obligación de realizar los trámites necesarios para la disposición de los bienes.

Con fundamento en las normas reseñadas, destacó que según el Acuerdo 030 de 2016 se imponía a las procesadas verificar las condiciones particulares en las que se desenvolvía y desarrollaba el proceso de enajenación. Incluso, destacó que aun cuando se contó durante el trámite con la asesoría de DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA, como contratista del distrito, nada de ello fue suficiente para proteger el patrimonio público.

Acotó que la ilicitud del objeto de la venta genera la imposibilidad jurídica de cuantificar un justo precio, en especial, dado que ningún precio resulta razonable en atención a que no existe manera de justipreciar el valor de un bien de uso público. Con todo, consideró que aun cuando se admitiese la licitud del objeto vendido, el precio fue disminuido en un 75%, siendo favorable para el comprador, pero desproporcional para el cumplimiento de las funciones del distrito, definidas en la Ley 388 de 1997 y el Acuerdo 030 de 2006.

Para tales efectos, enfatizó en que la intervención del ingeniero RAFAEL CEBALLO CALVO, fue postulado por el gerente del Hotel Dann, LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, con la aquiescencia sin reparos de DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA y VIVIAN ELJAIEK JUAN, secretaria de hacienda distrital para llevar a cabo el avalúo comercial del lote urbano Polígono Las Velas, sector el laguito 247.75m², fijando un precio irrisorio para el metro cuadrado, en comparación con los otros bienes baldíos y propiedades del distrito en el sector de Bocagrande y Laguito. Acotación que respaldó en el informe de 23 de junio de 2009 suscrito por Erika Martínez Nagera, jefe de la oficina asesora jurídica del concejo distrital.

Manipulación en el precio que no sólo sirvió como maniobra hábil e inteligentemente desarrollada para establecer un valor inane en desmedro de lo público, para favorecer a terceros y evitar, de paso, la activación del mecanismo de licitación pública prevista en el Acuerdo 030 de 2006, no siendo la cuantía superior a 300 salarios mínimos legales vigentes.

En ese orden, destacó que en la negociación los principios de transparencia y economía fueron abandonados, dado que no se presentó ninguna objeción a las consideraciones expuestas por el perito evaluador, siendo acogidas sin importar el perjuicio representado en la pérdida de un bien concebido para el uso y disfrute del colectivo.

Siendo el precio, uno de los requisitos esenciales de la contratación o venta de inmuebles, no está sujeto a la libre discrecionalidad, por ello destacó la necesidad de satisfacer criterios de equilibrio contractual para evitar el enriquecimiento sin causa de una de las partes.

En consecuencia, desestimó la tesis de que el patrimonio público no hubiese sufrido mella alguna, que los intereses de la sociedad no han sido descapitalizados con merma de sus bienes y difuminados los recursos, en particular cuando el tema se relaciona con la Administración Pública, descansando la convicción de justicia *“en el convencimiento judicial más allá de toda duda de que la sociedad no ha sido defraudada en el delicado manejo de bienes y recursos públicos”*.

6.3. Representante de la víctima.

En el sentir del apoderado de Juan Diego Useche, los argumentos expuestos por los defensores recurrentes *“nos pretenden llevar a la creación de un derecho penal de tramitologías y no de caminos”*.

Luego de ciertas reflexiones sobre el estado actual de la justicia colombiana, enfatizó en que el proceso penal fue llevado al límite de la prescripción de la acción penal, al punto que en primera instancia se declaró el fenómeno extintivo respecto del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en tanto que el Tribunal, a pocas semanas de prescribir el delito de peculado por apropiación, profirió la decisión de segunda instancia, sin contar las reiteradas e improcedentes peticiones por las que fueron compulsadas copias penales y disciplinarias.

Acotó que los abogados de los procesados, quienes actúan en unidad de defensa, pretenden convencer a la judicatura de lo imposible, esto es, de que el terreno vendido no corresponde a una playa, siendo que es un bien de uso público y, como tal, inalienable, tal como lo consideró la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencias del 6 de marzo de 2013 y 29 de abril de 2015, sobre la propiedad de terrenos adyacentes en el mar, como bienes del Estado inalienables, imprescriptibles e inembargables y que, por lo tanto, ningún tipo de asignación en propiedad que haga alguna autoridad administrativa resulta legítima.

Reprochó que los recurrentes sostengan que sus defendidos son inocentes, habiendo actuado bajo la presunción de acierto y legalidad de los actos administrativos respecto de la existencia de la escritura pública 3570 del 8 de noviembre de 1999, sobre el terreno de playa vendido, pues las alegaciones de los defensores solo procuran generar confusión en el fallador.

Lo anterior, en atención a que una escritura pública no es un acto administrativo, sino una declaración de voluntad, motivo por el cual no son demandables ante la jurisdicción contencioso administrativo ni gozan de la presunción de legalidad y acierto. Si la intención de la administración hubiese sido declarar que el bien era vendible, debió hacerlo mediante un acto administrativo, por el contrario, la finalidad de la escritura y su inscripción consistió en protegerla de eventuales procesos de pertenencia de terrenos de playa por parte de particulares inescrupulosos, máxime cuando en ningún aparte del documento público se aclara que el bien sea un baldío vendible.

Añadió que los implicados, a sabiendas de que no existía una declaración legal de baldío enajenable, omitieron acudir al comité de baldíos, siendo requisito previo para vender cualquier predio de esa calidad en el distrito. Información que era ampliamente conocida por la entonces alcaldesa JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ como abogada experta en derecho público, con amplia trayectoria profesional como personera distrital, al punto que la misma personería protegió el terreno solicitando la restitución al Hotel Las Velas, hoy Hotel Dann, cuando el propietario era Augusto Enrique Afanador Soto.

Refirió que RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO deliberadamente devaluó el predio aduciendo que se trataba de terrenos de playa, en connivencia con DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA, experto encargado de los baldíos distritales, al paso que el gerente del hotel empleaba en sus comunicaciones hacia el distrito términos como terrenos de playa mientras que VIVIAN ELJAIEK JUAN, conocía, como hecho

notorio que es, que el predio correspondía a playa, siendo evidente para cualquier ciudadano.

En su sentir, los inmuebles no se definen por escrituras, sino por sus características concretas, con independencia de que un sector sea transformado por el hombre y otro todavía presente arena de playa. Agregó que los implicados también desconocieron el Plan de Ordenamiento Territorial del distrito, en su artículo 543, en virtud del cual correspondía al ente territorial identificar los predios baldíos, establecer su destinación y ordenar la creación de un comité interinstitucional de programas de baldío, el cual fue creado mediante Resolución 0379 de 2004.

Este comité, precisó, estaba conformado por el INCORA, la Personería, Coorvivienda, DIMAR, la Procuraduría Agraria, el alcalde y un funcionario de su despacho, acudiendo Marina Cabrera León, quien dijo se han realizado 3 o 4 reuniones de comité, pero nunca se definió aspecto alguno frente a ningún inmueble del distrito, no se identificaron ni declararon bienes baldíos. A partir de ello, concluyó que los procesados usurparon las funciones y competencias del comité interinstitucional, vendiendo terrenos baldíos entre ellos terrenos de playa que no eran del distrito como el polígono Las Velas.

Describió a VIVIAN ELJAIEK JUAN como una persona capaz e inteligente, que sabe razonar lógicamente, dada su profesión de matemática computacional y amplia experiencia laboral en el sector bancario, indicando ello que conoce del trato cuidadoso que se da a los negocios. Asimismo, obrando en compañía de DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA, aprobó el avalúo

propuesto por RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO, demostrando con ello la actuación triangulada dolosa de los procesados.

Luego de ello, la entonces alcaldesa JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ signó las escrituras sin hacer la declaración legal de baldíos, omitiendo dolosamente la reunión previa con el comité conformado por las distintas autoridades para favorecer económicamente a los empresarios cartageneros con predios de reserva ecológica.

Acotó que las pruebas testimoniales y periciales demostraron que el establecimiento de comercio Sunset Beach de Juan Diego Useche Ortégón se encuentra unido al mismo terreno del Hotel Dann, existe una continuidad en el sector. Por ello, refirió que el terreno vendido por el distrito al hotel se encuentra en gran parte dentro del terreno donde se encontraba el establecimiento de comercio de su representado, en tanto que el resto del área también correspondía a una reserva ecológica, de uso público, no enajenable, es decir que ningún área era vendible.

Del testimonio de Augusto Enrique Afanador Soto, destacó que fue requerido por la DIMAR en 1985 para restituir un terreno de playa sobrante, ajeno a su escritura privada, que iba desde un muro de piedra coral aproximadamente a 3,50 metros de la orilla de la piscina que, aclaró, se extendía hasta el enrocado, siendo la parcela restituida de 740m². Las fotos incorporadas con este testimonio muestran que parte del terreno está dentro del hotel y la otra corresponde al lugar donde estaba Sunset Beach.

A partir de estas declaraciones, concluyó que el terreno adquirido por LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA y la empresa inmobiliaria DANN, es de uso público, de lo cual tenían pleno conocimiento, en especial, porque las escrituras públicas 4154 y 4155 de noviembre de 2004 señalan que el predio limita al fondo con playas del Mar Caribe, es decir, que si compraron un lote en esa área necesariamente corresponde a playa, aun cuando procuraron transformar el terreno y ampliar la piscina, lo que en manera alguna altera la condición del bien.

Acotación que ratificó con el testimonio de Henry Quiroga Vaca, según el cual, la venta celebrada entre el distrito de Cartagena y el Hotel Dann comprendió una franja de terreno donde se encontraba Sunset Beach de propiedad de la víctima, calculada en 25% del predio ocupado por éste y que está unida al hotel de manera contigua, afuera, siendo tierra de mar, de playa.

Enfatizó en que Augusto Enrique Afanador Soto tuvo que restituir, en su momento, el predio de reserva ecológica ocupado por solicitud de la Personería Distrital de Cartagena. En esa entidad, JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ fungió como personera de 1990 a 1993, quien luego, siendo alcaldesa, firmó las escrituras de venta en favor del hotel. Siendo esto conocido por todos los cartageneros, *“ella sabía de su actuar doloso al firmar las escrituras de venta”*, en especial, siendo abogada con gran experiencia en la vida pública, especialista en Derecho Público.

Insistió en que en su momento el capitán de puertos explicó a los encartados que los bienes vendidos eran de uso público, no obstante, decidieron continuar con el negocio hasta el 2010 cuando inició otro mandato distrital, extendiéndose los perjuicios económicos del peculado, en particular, porque el Hotel Dann no terminó de pagar la deuda, la hipoteca no fue ejecutada y caducó la acción cambiaria del título valor que respaldaba la garantía.

JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ, dijo, ordenó negar todos los trámites iniciados por Juan Diego Useche para obtener la concesión del predio, siendo ella, incluso, quien dispuso su desalojo. Explicó que si él, como víctima, pagaba un canon de arrendamiento a LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA gerente del Hotel Dann, lo hacía en virtud del arriendo de espacio de playa que su esposa había suscrito, porque el acusado se sentía dueño y señor de las playas de Cartagena.

Precisó que DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA conoció el caso del Hotel Caribe. En este, la primera instancia resolvió decretar la nulidad de la escritura mediante la cual se declaró la calidad de baldío del predio, en tanto que el Consejo de Estado se inhibió de fallar de fondo, tras considerar que estas contienen una mera declaración de voluntad, pero no constituyen un acto administrativo, tal como sucedió con la escritura pública 3570 de 1999, suscrita por el entonces alcalde Eduardo Vizcaíno.

Precisó que de conformidad con la Ley 137 de 1959, Ley Tocaima, todos los terrenos baldíos pertenecen a las entidades territoriales, salvo aquellos que constituyen reserva ambiental, es decir, reservas forestales, islas, playas, entre otras, estas últimas

previstas en el artículo 679 del Código Civil, Decreto 2811 de 1974, 2324 de 1984 y Ley 9ª de 1989.

Señaló que, según la experta Diana Ocampo Duque, aun cuando las playas artificiales se presenten por el fenómeno de la acreción, por el lento e imperceptible retiro de las aguas, no pierden su calidad de bienes inajenables, sumado a que las playas nunca fueron dadas a los distritos como baldíos en ninguna ley, no pudiendo ser estas zonas de reserva ambiental. Asimismo, que las playas no hacen parte de la cesión que hizo la Ley 388 de 1997, en su artículo 123, dado que esta excluyó las zonas de uso ambiental.

Llamó la atención sobre la discusión que se suscitó en el Concejo de la ciudad sobre el Acuerdo 030, pues varios concejales manifestaron su preocupación por la forma de contratación de DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA, toda vez que percibe honorarios con la venta de los bienes baldíos, aunado a que los contratos celebrados con él han presentado problemas jurídicos contra el distrito, siendo demandados en procesos de nulidad y restablecimiento.

Destacó el contenido del Acta No. 42 del 8 de abril de 2005 en la que el mismo encartado leyó una respuesta del Consejo de Estado a una consulta, en la que precisa que si se trata de un relleno artificial la propiedad no recae en particulares, de manera que los terrenos de playa de esas características no se pueden vender ni comprar, quedando excluidos del comercio por ser de uso público. En esa oportunidad, incluso, recordó el caso del Hotel Caribe, en particular la nulidad de las escrituras públicas.

De lo expuesto concluyó que este procesado también conocía con suficiencia que las escrituras del polígono Las Velas, firmadas por el alcalde encargado Eduardo Vizcaíno eran una mera declaración, sin fuerza jurídica para mutar la condición del predio, siendo para ello necesario, entre otros requisitos, la aprobación del comité interadministrativo de baldíos y una resolución del distrito.

Luego de resaltar apartes de las declaraciones de Víctor Hurtado Irurita, Piedad Canchano Polo, Carolina del Carmen Padilla Sáenz y Lucía Isabel Cordero Salgado, manifestó que existe certeza sobre la división del trabajo criminal entre los procesados en que el avalúo fue realizado por particulares y no por el Estado, pese a que tratándose de bienes estatales así se procede, siendo que es este quien realiza la oferta de venta.

En ese sentido, solicitó se confirme la condena impartida a todos los procesados a pena de prisión sin beneficio de excarcelación, por la revictimización del denunciante y su establecimiento de comercio, desde el inicio de sus acciones criminales y en el juicio, los tratos degradantes de los defensores, las obstrucciones, evasiones y comportamientos rebeldes con la justicia, además de la gravedad del daño social contra las zonas de reserva ecológica.

7. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De acuerdo con lo señalado en el artículo 3° numeral 2° del Acto Legislativo 01 de 2018, corresponde a esta Sala resolver la impugnación especial presentada contra la sentencia proferida

por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, que condenó por primera vez a JUDITH PINEDO FLÓREZ y VIVIAN ELJAIEK JUAN como coautoras de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, a DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA y LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA como intervinientes especiales del mismo y a RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO como cómplice.

2. Como algunos reparos están encaminados a cuestionar la vigencia de la acción penal y la validez del proceso penal, comenzará la Sala por el cargo referido a la aparente configuración de la prescripción de la acción penal con ocasión del trámite de impugnación especial, incoado por el apoderado de DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA.

A continuación, se ocupará de los reproches dirigidos a la invalidación de lo actuado, de manera que, de superarse las discusiones propuestas, continuará con la valoración probatoria para establecer la materialidad de los delitos acusados, así como la responsabilidad de los procesados en ellos, dando respuesta a los cuestionamientos expuestos por los recurrentes.

2.1. De la prescripción de la acción penal para el delito de peculado por apropiación con ocasión del trámite de impugnación especial.

El apoderado de DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA solicitó que se declare la prescripción del delito de peculado por apropiación en favor de terceros por el que fue condenado el procesado, dado que ni la decisión SU-146 de 2020 ni el artículo

189 de la Ley 906 de 2004 son aplicables al trámite de la impugnación especial.

Al respecto, no han sido pocas las decisiones en las que se ha precisado que es por disposición expresa del artículo 189 de la Ley 906 de 2004 que la sentencia de segunda instancia suspende el término prescriptivo, con independencia del motivo por el cual la Corte asuma el conocimiento del proceso, bien por recurso extraordinario de casación, ora por impugnación especial contra la primera sentencia de condena¹:

Y ello es así porque a diferencia de lo postulado por la impugnante, el instituto consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2018 no fue concebido como un recurso adicional de apelación que desconozca o anule las dos decisiones proferidas en las dos instancias previstas por el legislador, sino que establece una garantía constitucional que materializa el debido proceso y el derecho de defensa, en la medida que una persona solo puede ser considerada responsable penalmente si se desvirtúa la presunción de inocencia, a través de al menos dos sentencias proferidas en el mismo proceso por diferente autoridad judicial, no se trata entonces, de una «segunda instancia adicional», sino del ejercicio de una garantía constitucional. (CSJ AP, 20 ene. 2021, rad. 58.030).

En consecuencia, es claro que en el caso concreto no se ha materializado el fenómeno extintivo de la acción penal si se aprecia que el delito de peculado por apropiación, en las condiciones del inciso 2º del artículo 397 del C.P. como fue imputado y acusado contra los procesados en general, tiene una pena máxima de 405 meses o 33 años y 9 meses.

¹ CSJ SP, 6 ago. 2019, rad. 52.848; CSJ SP, 27 abr. 2022, rad. 58704, entre otras.

Producida la interrupción del término prescriptivo con la formulación de imputación el 25 de abril de 2011, éste volvió a correr por un lapso igual a la mitad de la pena máxima, esto es, 202 meses y 15 días o 16 años, 10 meses y 15 días. No obstante, según el inciso 2º del artículo 86 del C.P. concretada la interrupción, el término que comienza a correr de nuevo no puede ser superior a 10 años.

Por tanto, atendiendo la modalidad de participación enrostrada a DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA de interviniente, el plazo para predicar la prescripción se cumplía el 25 de abril de 2021, empero, habiendo el Tribunal de Cartagena proferido sentencia de segunda instancia el 12 de abril de 2021 suspendió tal termino 13 días antes de prescribir la acción.

En ese orden, el término prescriptivo quedó suspendido desde el 12 de abril de 2021 por un periodo de 5 años. Motivo por el cual la Sala no accederá a la pretensión invocada por el apoderado de TORREGROZA LARA.

2.2. De las solicitudes de nulidad.

2.2.1. El apoderado de LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDO como el de VIVIAN ELJAIEK JUAN refieren que en el presente asunto se afectó el debido proceso de los encartados porque la acusación es anfibológica. En ella, se afirmó, según los recurrentes, que el objeto de la venta recayó en un bien de uso público inalienable, pero a la vez, que la compraventa se realizó en contravía de lo dispuesto en la Ley 9ª de 1989 y en el Acuerdo 030 de 2006.

Por ello, concluyen que el pliego de cargos es contradictorio, pues si el negocio jurídico debía ajustarse a un procedimiento determinado era porque se podía vender.

En ese sentido, consideran vulnerado el derecho al debido proceso, en especial, ante la imposibilidad de delimitar la defensa y dada la parcialidad con la que el Tribunal obró al realizar una clase de control material posterior de la acusación para ajustar los hechos por los que condenó a los encartados.

Al respecto, es claro que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2° de los artículos 288 y 337 de la Ley 906 de 2004 la fiscalía debe realizar una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible, tanto para la formulación de imputación como para la acusación. La relevancia de esta exigencia estriba no solo en que constituye una garantía para el imputado o acusado, de conocer porqué se le investiga o juzga, también en que los hechos así postulados devienen inalterables, siendo el sustento fáctico del fallo, en virtud del principio de congruencia.

En ese sentido, esta Corporación ha señalado de manera reiterada que si el ente acusador, en cualquiera de las mencionadas audiencias, incumple el deber de exponer de manera clara, completa y suficiente los hechos jurídicamente relevantes, al punto de incidir negativamente en la posibilidad del indiciado de conocer por qué está siendo investigado, se vulnera su derecho al debido proceso, en cuanto a defensa y congruencia, habilitándose por ello la nulidad de lo actuado.²

² CSJ SP, 7 nov. 2018, rad. 52507, CSJ SP, 10 mar. 2021, rad. 54658, CSJ SP, 15 jun. 2022, rad. 54321, entre otras.

Para una adecuada confección de los hechos jurídicamente relevantes, la Corte ha tenido como necesario que *(i) se interprete de manera correcta la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal verifique que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) se establezca la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación –entendida en sentido amplio–, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación.*³

Frente al caso concreto, del contenido de las audiencias de imputación y formulación de acusación, aprecia la Sala que la Fiscalía informó a los procesados, en términos claros y con suficiencia, las circunstancias de hecho, modo y lugar en que fueron cometidos los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación agravado, contrario a lo señalado por la defensa.

En ese sentido, la Fiscalía expuso que el 23 de febrero de 2009, la entonces alcaldesa de Cartagena JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ suscribió la escritura pública 408, mediante la cual vendió al Hotel Dann, representado por LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDO, un “*supuesto bien baldío*”.

³ CSJ SP, 8 mar. 2017, rad. 44599; CSJ SP, 25 abr. 2018, rad. 51408; CSJ SP, 23 ene. 2019, rad. 50419; CSJ AP, 30 ene. 2019, rad. 51539; CSJ SP, 13 feb. 2019, rad. 49386, entre otras).

Adujo que el 14 de julio de 2008 la Secretaria de Hacienda distrital VIVIAN ELJAIEK JUAN, junto con el asesor DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA, ofrecieron al hotel la compra del supuesto baldío, por estar “*presuntamente ocupado*” por este. El precio fue fijado por medio de un avalúo contratado por el hotel a RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO. A continuación, el representante legal del hotel suscribió un acuerdo de pago por la suma de \$207.187.500, aunque según el ente acusador, el precio verdaderamente conciliado fue de \$750.000.000

A partir de ello, respecto de los elementos del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, precisó que la compraventa celebrada entre la alcaldía de Cartagena y el Hotel Dann no cumplió con la licitud del objeto vendido de que trata el artículo 1502 del C.C. y 63 de la Constitución Política, como presupuesto esencial del negocio, pues aun cuando se dijo que la venta versaba sobre un “*supuesto bien baldío*”, en realidad recayó en un bien de uso público, sobre 243,75 m² de playa marítima, inajenable e inembargable.

Añadió que los negociantes conocían que el predio, en realidad, no era un bien baldío, gracias a las reiteradas reuniones que sostuvieron con Víctor Hurtado, adscrito a la Capitanía de Puerto de la Dirección General Marítima y Portuaria -DIMAR, antes de la celebración del contrato. Incluso, resaltó que en enero de 2009 se les dio traslado del concepto sobre la naturaleza del bien, no obstante, el 23 de febrero siguiente suscribieron el contrato, desconociendo la jurisdicción de la DIMAR, a quienes, según el Decreto 2324 de 1984, corresponde la defensa de las playas marítimas.

En ello, para la Fiscalía, LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDO encontró la oportunidad de legalizar la ocupación irregular de 311,65 m² del bien de uso público que ya había sido apoderado por el hotel antes de que se hubiese declarado baldío en 1999 mediante escritura pública 3570 por el entonces alcalde Eduardo Vizcaino. Prevalido de la negociación realizada con el distrito de Cartagena, como representante del Hotel Dann, solicitó a Juan Diego Useche la restitución del predio donde funcionaba el establecimiento de comercio Sunset Beach.

La Fiscalía explicó que, si bien, desde 1999 el alcalde Eduardo Vizcaino declaró que el bien era baldío ante la Notaría Tercera, lo cierto es que dicha manifestación de voluntad contenida en la escritura pública 3570 de 1999 era ilegal, al paso que presentaba varias irregularidades, de acuerdo con el concepto emitido por el Incoder.

El ente acusador agregó que bajo la entelequia de que el predio enajenado era baldío, los negociantes acudieron al contenido del Acuerdo 030 de 2006 que regula la venta de este tipo de predios para interpretarlo en su favor. Resaltó que aun cuando el artículo 6° de esa normativa exigía que el predio fuera avaluado por un perito adscrito a la Lonja de Propiedad o por el I.G.A.C., los procesados procuraron y permitieron que RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO, quien no reunía ninguna de las condiciones exigidas, llevara a cabo el avalúo, siendo contratado, además, por el Hotel Dann interesado en la compra.

Destacó que aun cuando VIVIAN ELJAIEK JUAN afirmó en la oferta de compra que el avalúo había sido realizado por Otto

Sierra quien, pese a ser parte de la Lonja, no conocía personalmente el bien, lo cierto es que la estimación del precio fue realizada por RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO.

Agregó que el mencionado evaluador castigó el precio del bien en un 75%, aduciendo que el terreno supuestamente presentaba una limitación natural por encontrarse frente al Mar Caribe, aunado a que omitió precisar que el mobiliario del establecimiento comercial Sunset Beach se encontraba sobre el predio.

Asimismo, enrostró a los procesados haber desconocido los artículos 5° del citado Acuerdo y 33 de la Ley 9ª de 1989, pues si el precio estimado superaba los 300 s.m.l.m.v., la venta debía realizarse por licitación pública, contrario a ello, prefirieron negociar de manera directa, a pesar de que el Hotel Dann no demostró la tenencia del bien por más de cinco años, siendo este un requisito para variar la modalidad de contratación.

De allí, concluyó que JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ y VIVIAN ELJAIEK JUAN son autoras del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, previsto en el artículo 410 del C.P., mientras que LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA y DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA son intervinientes y RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO cómplice.

Con respecto al delito de peculado por apropiación agravado por el inciso segundo del artículo 397 del C.P., señaló que la alcaldesa JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ junto con VIVIAN ELJAIEK JUAN, como garantes de la gestión pública

permitieron que un tercero, en este caso, el Hotel Dann, se apropiara de 243,75m² de playa marítima a cambio de \$207.187.500, suma que excede los doscientos (200) s.m.l.m.v. para 2009, motivo por el cual son autoras, en tanto que LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA y DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA intervinientes y RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO cómplice.

Bajo este estado de cosas, es claro para la Corte que la Fiscalía no expuso dos supuestos alternativos, como lo aducen los defensores de LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA y VIVIAN ELJAIEK JUAN. Por el contrario, surge diáfano que el ente acusador enrostró a los procesados transferir la propiedad de un bien de uso público en favor de un particular, a partir de la ficción de que el objeto vendido era un bien baldío, acomodando la modalidad de contratación, la fijación y precio final acordado con el propósito de beneficiar al comprador, en detrimento del patrimonio del distrito y la comunidad.

Nótese que en ningún aparte de la acusación la Fiscalía dijo que de llegar a descartarse que el predio de 243,75 m² vendido por la alcaldesa de Cartagena es de uso público, en todo caso, se juzgue a los procesados por haber incurrido en irregularidades al momento de vender el bien baldío. Tal como lo señaló el Tribunal al indicar que:

Igualmente, la lectura mancomunada de la imputación y la acusación da cuenta de que el mecanismo utilizado para la venta –la denominación baldía del predio y el Acuerdo No. 030 de 2006- se utilizaron para darle un manto de legalidad a la enajenación del bien de uso público, de suerte que todo lo atinente al trámite de la venta de la playa como si fuese

un baldío, constituye una circunstancia de modo en que se ejecutaron las conductas, por lo que se adecuaba la definición jurisprudencial de hechos jurídicamente relevantes y, en tal sentido, garantiza plenamente el principio de congruencia fáctica.

Cierto es que el *ad quem* afirmó que el desconocimiento del Acuerdo 030 de 2006 podía tenerse en cuenta para determinar circunstancias diversas a los hechos jurídicamente relevantes como el dolo, no obstante, para la Sala dicha acotación en manera alguna supone una manipulación de la imputación fáctica, un “*control material posterior a la acusación*” ni un compromiso a la imparcialidad del fallador, pues en últimas concluyó que la deliberada omisión en el cumplimiento del citado Acuerdo indicaría que los procesados no tuvieron la intención de sujetarse al procedimiento de venta de un supuesto bien baldío, teniendo pleno conocimiento de que el predio era de uso público, siendo este el núcleo esencial del pliego de cargos.

Entendimiento que fue asimilado sin objeciones por los defensores, puesto que ninguna solicitud de adición o aclaración realizaron en curso de la audiencia de formulación de acusación, mostrándose conformes con los hechos jurídicamente relevantes como fueron confeccionados por la Fiscalía.

Aunado a ello, los recurrentes no precisaron cómo la aparente anfibología de la acusación les había impedido ejercer el derecho de defensa. Por el contrario, demuestra la realidad procesal que aportaron múltiples elementos de convicción para acreditar que la venta no recayó sobre una playa marítima, asimismo que el bien fue declarado legalmente baldío años atrás

y por ello, siguieron los requerimientos del Acuerdo 030 de 2006 y demás normas llamadas a regular el negocio jurídico.

En ese orden de ideas, la pretensión invalidante no está llamada a prosperar.

2.2.2. El apoderado de LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA también solicitó la nulidad de la decisión proferida por el Tribunal el 9 de abril de 2021 por violación del derecho a la defensa y contradicción por la afrenta a la “*garantía de evaluación y valoración de las pruebas*”, dado que el expediente fue remitido incompleto a la segunda instancia para dirimir el recurso de apelación propuesto contra la decisión de primer grado, es decir que la providencia fue adoptada sin revisar la totalidad del expediente.

De antaño esta Corporación ha indicado que para acceder a la invalidación de lo actuado es insuficiente que se alegue la ausencia de la totalidad del expediente para emitir una decisión, toda vez que los jueces solo están obligados a valorar y reseñar en sus providencias los elementos de juicio que sean indispensables para emitirla. Por el contrario, procederá la nulidad si al menos una de las piezas extraviadas, a partir de una valoración *ex ante*, resultase necesaria para dirimir el objeto del asunto o como soporte de la legalidad de la actuación⁴.

De ahí que, ante la pérdida del expediente no es necesaria su reconstrucción total, pues basta con que obren los elementos

⁴ CSJ SP, 22 jul. 2016, rad. 42930.

mínimos que den cuenta de la realización de la etapa respectiva y los medios de convicción necesarios para proferir una decisión.

Frente al caso concreto, le asiste razón al recurrente en el sentido que para el 12 de abril de 2021 fecha en la que el Tribunal de Cartagena emitió la sentencia de segunda instancia, no contaba con el expediente completo. Es más, con ocasión de la solicitud de reconstrucción parcial incoada por el abogado, el *ad quem* en auto del 9 de junio del mismo año, tras constatar que el juzgado de primera instancia conservaba las piezas procesales echadas de menos por el profesional, dispuso su reincorporación al trámite, en los siguientes términos:

(...)

2 - Con ocasión de la anterior petición, y antes de adoptar una determinación en torno a esta, a través de providencia del 24 de mayo pasado, el Despacho decidió:

“CUESTIÓN ÚNICA: SOLICITAR al juzgado de origen que, en el término de veinticuatro (24) horas, contadas a partir de la comunicación del presente auto, allegue las piezas procesales a las que hace referencia el abogado, a saber:

a. “Los nueve (9) planos anexos a la base de opinión pericial incorporados por los expertos del Agustín Codazzi”.

b. “La página 18 de 19, de la base de opinión pericial de la DIMAR, correspondiente al archivo fotográfico. El archivo fotográfico aparece en el cuaderno núm. 18, pág. 64 a 73. No figura la página 18”.

c. “El disco óptico que contiene el plano 4A-5 del Plan de ordenamiento territorial de Cartagena. El plano impreso, aparece en el cuaderno núm. 16, pág. 280; éste no permite ensanchamiento al predio identificado con el FMI 060-178207, objeto de controversia. El archivo original no aparece”.

d. “La certificación MIDAS de uso de suelo MIXTO del predio identificado con el FMI 060-178207. La imagen del MIDAS aparece

en el cuaderno núm. 18, pág. 100. La certificación del uso del suelo MIXTO correspondiente a la imagen no aparece”.

3 - En razón a lo anterior, el día 31 de mayo de la corriente anualidad, la secretaria del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbaco entregó en físico al Despacho sustanciador las siguientes piezas:

“Cuaderno No. 17 constante de los folios 1193 a 1416 donde reposa el acta de audiencia de juicio oral con fecha 19 de noviembre de 2019 donde se evidencia que los planos entregados fueron 8 y no 9 como indica el Dr. (...) en su petición. (prueba No. 1).

Carpeta con 8 folders contentivos de los planos anexos a la base de opinión pericial de Agustín Codazzi.

Cuaderno No. 19 con 113 folios donde reposa a folios 1689 al 1698 con sus respectivos respaldos que no contienen consecutivo la base de opinión pericial de la DIMAR.

Copia del disco óptico que contiene el plano 4A-5 del Plan de Ordenamiento Territorial de Cartagena.

Se entrega objeto contentivo de lo que en audiencia de fecha 22 de noviembre del 2019 se denominaron 6 planos correspondientes a la urbanización el laguito, ampliación de la construcción del hotel DANN Cartagena y el Polígono. (pruebas No. 54, 55, 56, 57, 58 y 59)”.

4 - Teniendo en cuenta la extensión de los planos, estos fueron escaneados con el programa *camscanner* a través de un teléfono móvil; de otro lado, los Cuadernos No. 17 y 19 fueron digitalizados con el apoyo de las personas que están realizando la digitalización de los expedientes obrantes en los diferentes despachos del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

5 - En este contexto, importa recordar que el artículo 126 del Código General del Proceso consagra la figura de la reconstrucción del expediente, en caso de “pérdida total o parcial” del mismo.

Como en este caso no hubo pérdida del expediente, sino que el a quo omitió remitir algunas piezas que hacían parte de este, carece de objeto la petición del abogado. Por lo tanto, en lugar de la reconstrucción, se dispondrá que los planos y los cuadernos digitalizados sean incorporados al expediente contentivo de la actuación en un cuaderno aparte y de ello se le informará a las partes e intervinientes.

De otro lado, las evidencias físicas permanecerán en el Despacho.

Con todo, pese a la verificada ausencia de ciertos elementos de convicción al momento de desatar la alzada, atendiendo al criterio jurisprudencial reseñado, esta situación por sí misma no conlleva la invalidación de la sentencia de segundo grado.

En efecto, aunque el recurrente afirmó que la ausencia de valoración por parte del fallador de los elementos no allegados oportunamente lo llevó a la errada conclusión de que el predio ocupado por el establecimiento Sunset Beach y el descrito en la escritura pública 3570 de 1999 son el mismo, arribó a dicha afirmación sin explicar cómo la apreciación de si quiera alguna de las piezas procesales extraviadas podía variar la conclusión del Tribunal sobre la identidad de los predios.

Aunado a ello, del análisis realizado en la sentencia impugnada surge con claridad que la segunda instancia tuvo en consideración varias pruebas para arribar a la determinación reprochada por el recurrente, como se reseñó en el acápite pertinente, queriendo decir con esto que obraron los medios de conocimiento necesarios para emitir la decisión, entre ellos, múltiples aportados por la bancada defensiva.

En todo caso, las denotadas piezas procesales arribaron al despacho del ponente el 5 de octubre de 2022 para integrar el expediente físico que ya había sido remitido a esta Corporación, previo a dirimir las impugnaciones especiales promovidas contra la primera condena.

En consecuencia, la Sala no anulará el fallo de segunda instancia.

2.2.3. Como supuesto adicional para demandar la nulidad de lo actuado, el apoderado de LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA expuso que el Tribunal no se pronunció sobre varias de las postulaciones de sus alegaciones de conclusión, entre estas: i) la relación o deber de sujeción especial de la administración sobre la tenencia y custodia de los bienes, ii) el concepto de playa marítima previsto en el artículo 83 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente y de artículo 2º, inciso 2º, del Decreto 2324 de 1984, iii) el principio de confianza legítima como insumo del error de tipo en que incurrió su representado como interviniente, iv) el incremento de pena impuesto injustificadamente a RESTREPO PINEDA, v) la disminución de la pena por reintegro de lo apropiado y, vi) la sustitución de la reclusión intramural por la domiciliara, en atención a su avanzada edad y estado de salud.

Frente al cargo propuesto, considera la Sala que aun cuando el *ad quem* no reseñó cada uno de los temas señalados por la defensa de LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA en las alegaciones de conclusión, ni señaló a qué cargo en concreto daba respuesta, tal proceder en manera alguna representa una indebida

motivación de la sentencia o una vulneración de las garantías fundamentales del procesado. Al respecto, esta Corporación ha precisado:

Variados, como jueces o Tribunales existen, pueden ser los estilos de argumentación consignados en las sentencias, de cuyo contenido no se exigen formulas preestablecidas o estándares comunes, sino adecuada respuesta al objeto de discusión y las alegaciones de las partes.

Entonces, si la sentencia optó en su redacción formal por tratar de manera genérica los temas, sin discriminar respuesta para cada alegación, o incluso si ella olvidó resumir lo argumentado por uno de los impugnantes, pero en su fondo examinó la discusión central planteada, de ninguna manera es posible derivar afectación a los derechos arriba citados, en tanto, el asunto fue debatido y respondido.

Tampoco es factible pregonar omisión fundamental si la decisión no examina al detalle todas y cada una de las aristas fácticas, probatorias y jurídicas consignadas en la impugnación, pues, si del texto general se asume superada la controversia, o mejor, solucionado el tópico con otra visión, desde luego contraria a la del recurrente, ello por sí solo representa respuesta tácita a los argumentos.

En fin, que la discusión de omisión trascendente reclama la verificación concreta del daño a partir del examen del contenido íntegro de la providencia, en contraste, no con específicas manifestaciones del impugnante, sino con el objeto y sustento básico de la impugnación. (CSJ SP, 9 jul. 2014, rad. 43557).

A partir de dicho derrotero, tras auscultar el contenido del fallo confutado, el Tribunal concluyó que el predio ofrecido en venta a LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, representante legal del Hotel Dann, por la alcaldía de Cartagena en cabeza de JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ, es de uso público, en concreto, consiste en una playa, acudiendo a varios argumentos en

respuesta de las tesis propuestas por la defensa, lo que descarta la ausencia de motivación alegada, con independencia del acierto en el análisis realizado por el funcionario judicial de segunda instancia.

El fundamento de la pena impuesta a LUÍS EDGAR RESTREPO PINEDO, que el recurrente tilda de injustificada, radica en que, según el *ad quem*, el procesado conoció que el predio vendido era una playa, de un lado, porque en su calidad de comprador, indica la experiencia, debe saber qué es lo que adquiere, aunado a que en varias misivas dirigidas al distrito solicitó la restitución del predio ocupado por Juan Diego Useche Ortegón, aduciendo que la alcaldía se lo había vendido.

De cara a la solicitud de disminución de la pena por reintegro de lo apropiado sustentada en que el procesado restituyó \$51.796.875, es decir, el 25% del valor de la cuantía imputada, es razonable que no exista un pronunciamiento expreso de parte del fallador al respecto.

Lo anterior, en atención a que el peculado consistió, para la Fiscalía, en la apropiación mediante compraventa de 243.75 m² de un bien de uso público indebidamente avaluado en \$207.187.500. Por consiguiente, para afirmar que operó la restitución de lo apropiado como supuesto para acceder a la disminución de la pena de que trata el artículo 401 del C.P., de admitirse la teoría de cargo, se imponía al procesado devolver al distrito de Cartagena la supuesta área de playa vendida y ocupada por el Hotel Dann.

Por tanto, en manera alguna se imponía al Tribunal dirimir la petición del recurrente, en especial cuando tuvo por demostrado que los \$51.796.875 fueron entregados por LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA al distrito como parte de pago del predio en venta, mas no como restitución de lo apropiado como proceder posdelictual.

En lo que atañe a la sustitución de la reclusión intramural por la domiciliaria que echa de menos el apelante, se aprecia que el funcionario judicial desestimó la pretensión dada la prohibición expresa consagrada en el artículo 68A del C.P. para concederla en favor de quienes han sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública.

En conclusión, no hay lugar a decretar la nulidad de la actuación, dado que no hubo ausencia de motivación en la sentencia impugnada.

3. Como ninguna de las pretensiones invalidantes prosperó, procederá la Sala a abordar los demás reparos expuestos por los impugnantes. Comoquiera que los reproches de los recurrentes coinciden en su mayoría, para mejor comprensión, se agruparán los argumentos impugnatorios en núcleos temáticos, para luego proceder a su análisis a partir de las pruebas del proceso. Culminada esta labor, de ser el caso, esta Corte abordará los asuntos referidos a la responsabilidad individual frente a los delitos acusados.

Previo a emprender el camino señalado y con el fin de delimitar el acervo probatorio, surge pertinente realizar la siguiente precisión.

3.1. **Cuestión probatoria previa.**

a. *Sobre el testimonio de José Tadeo Zakzuk Martínez.*

En sesión de audiencia preparatoria del 21 de septiembre de 2016, la Fiscalía solicitó escuchar en juicio al investigador José Tadeo Zakzuk Martínez como testigo de acreditación. Entre los documentos que dijo incorporaría por su intermedio, señaló el acta de investigador de campo y de inspección a lugares del 15 de octubre de 2009, realizada en el Hotel Dann y al establecimiento de comercio Sunset Beach, así como el álbum fotográfico correspondiente a esa diligencia⁵.

Sobre estos elementos, el *a quo* resolvió excluirlos por ilícitos con ocasión de la solicitud incoada por los defensores en ese sentido, tras considerar que fueron realizados por el investigador Zakzuk Martínez en las instalaciones del Hotel Dann cuando LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, ya era indiciado en el proceso penal, de manera que siendo el lugar donde se llevó a cabo la diligencia su domicilio laboral y personal como gerente del hotel, el allanamiento al domicilio del procesado requería de control posterior del juez de control de garantías. Decisión que fue avalada por el Tribunal Superior de Cartagena.

En sesiones de juicio oral del 15 y 17 de agosto y 10 y 11 de septiembre de 2018, fue escuchado en declaración José Tadeo Zakzuk Martínez. Con ocasión del contrainterrogatorio de ciertos defensores encaminado a que precisara dónde está ubicado el

⁵ Audiencia preparatoria del 1º de septiembre de 2016. Primera sesión. Minuto: 00:40:20 a 00:42:00

polígono Las Velas -bajo el argumento de que él había acudido a las instalaciones del Hotel Dann para recaudar información-, el testigo realizó algunas manifestaciones al respecto, pese a las objeciones de la Fiscalía consistentes en la calidad en que había sido convocado -testigo de acreditación-, la falta de correspondencia con el interrogatorio directo y, por último, la exclusión por ilicitud del acta contentiva de la diligencia de inspección al Hotel Dann y al establecimiento Sunset Beach llevada a cabo el 15 de octubre de 2009 por José Tadeo Zakzuk Martínez.

Sobre las acotaciones realizadas por el testigo en punto a la localización del polígono Las Velas, el Tribunal consideró que no debían ser estimadas, bien por impertinentes ora por ilícitas. Con todo, las reseño a pie de página en la sentencia de segunda instancia.⁶

En las impugnaciones especiales, los apoderados judiciales de JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ, VIVIAN ELJAIK JUAN y DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA, expusieron su descontento con la exclusión de los hechos que fueron demostrados a partir del testimonio de José Tadeo Zakzuk, dado que sus apreciaciones, según los recurrentes, provinieron del conocimiento directo, veraz y creíble como investigador líder, suscitado espontáneamente en el interrogatorio cruzado.

Al respecto, considera la Sala que el *ad quem* no incurrió en yerro alguno y por ello, desde ya desestima los reparos expuestos por los recurrentes para procurar que las declaraciones del

⁶ Folio 80 de la sentencia de segunda instancia.

testigo José Tadeo Zakzuk en punto a la localización del polígono Las Velas sean admitidas y valoradas.

En efecto, el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política prevé como nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso. La prueba ilícita ha sido entendida como aquella que se logra por medio de la violación de derechos fundamentales, en afrenta directa contra la dignidad humana, la intimidad, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, entre otros, o valiéndose de la comisión de otros delitos para su consecución, como las que son procuradas mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. Evento que además de invalidar la actuación procesal conlleva desplazamiento del funcionario que la conoció.

El artículo 23 de la Ley 906 de 2002, no solo reiteró esta máxima constitucional, igualmente, agregó en su inciso segundo que también serán nulas de pleno derecho *“las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”*, es decir, la prueba derivada.

Esta teoría refiere a manera de alegoría el supuesto de un árbol contaminado que, por esa condición, compromete todos los frutos de sus ramas. Fue acogida de la jurisprudencia norteamericana y propugna por extender los efectos de la prueba invalidada por ilicitud a las que se deriven o sustenten en ella.

Como contracorriente de esta teoría, en la doctrina acogida se adoptaron determinados supuestos excepcionales consagrados en el artículo 455 del C.P.P., como el vínculo

atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable, así como los demás que establezca la ley, bajo el entendido de que, en estos casos, la prueba refleja no estaría permeada de ilicitud, dado que, por sí misma supera el control de legalidad.

Al respecto, esta Corporación ha señalado:

La salvedad se funda al escindir un nexo fáctico y uno jurídico entre la prueba principal y la refleja o derivada para tener a esta última como admisible si se advierte que proviene de: (i) una *fuentes independiente (independent source)*, es decir, si el hecho aparece probado a través de otra fuente autónoma; (ii) o tiene un *vínculo atenuado (purged taint)* con la principal; o (iii) se trata de un *descubrimiento inevitable (inevitable discovery)*, en caso que por otros medios legales de todas maneras se habría llegado a establecer el hecho. También se habla de otros criterios como el de la *buena fe en la actuación policial* y el *acto de voluntad libre* cuando la persona asienta la práctica de la prueba. (CSJ SP, 2 jul. 2014, rad. 37361).

En ese orden, la Corte ha precisado que corresponde a quien está interesado en el decreto y práctica de la prueba derivada exponer la ausencia de relación o tenue dependencia con la prueba excluida, para establecer alguno de los criterios señalados en el artículo 455 del C.P.P.⁷

A partir del anterior derrotero, es claro que las acotaciones realizadas por el testigo José Tadeo Zakzuk Martínez en juicio oral sobre la ubicación física y real del polígono Las Velas surgen de la inspección que éste realizó al Hotel Dann y al establecimiento Sunset Beach llevada a cabo el 15 de octubre de 2009, la cual, se insiste, fue excluida del caudal probatorio por

⁷ CSJ AP, 25 oct. 2017, rad, 49917; CSJ SP, 27 may. 2009 rad. 30711 y CSJ SP, 2 jul. 2014, rad. 37361, entre otras.

ilícita. Esto, si se aprecia que según el declarante sus otras asistencias al hotel en comento obedecieron únicamente a la finalidad de recolectar documentos por orden de la Fiscalía, de los que, se advierte, no abordan el aspecto en concreto.

De ahí que, aun cuando dichas manifestaciones surgieron de manera espontánea en curso del contrainterrogatorio y el testimonio del testigo constituye prueba derivada o refleja, ninguno de los recurrentes expuso los motivos por los cuales se configura alguno de los supuestos previstos en el artículo 455 del C.P.P. para desvirtuar el nexo de ésta con la prueba principal declarada nula por ilícita y poder así admitir y valorar las declaraciones del investigador en ese sentido.

Por consiguiente, los reparos expuestos no están llamados a prosperar.

3.2. Sobre el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

El delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, previsto en el artículo 410 del C.P., sanciona al 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.

Como elementos del tipo objetivo, el sujeto activo de la conducta es calificado, este es, el servidor público titular de la competencia funcional para intervenir en las fases de trámite, celebración o liquidación de un contrato. Las irregularidades que

tengan lugar en la etapa de ejecución no están comprendidas en el delito, de manera que son atípicas.

Aunado a lo expuesto, se trata de un tipo penal de conducta compuesta alternativa, es decir que incurrirá en el punible, el servidor público que proceda de tres maneras: i) si tramita el contrato sin observar los requisitos legales esenciales que hacen parte de la etapa precontractual ii) si celebra el contrato sin verificar dichos requisitos y iii) cuando liquida el contrato en circunstancias similares⁸.

Al proscribir cualquiera de estos comportamientos, el legislador procuró que el contratista observe y garantice la legalidad del contrato, al margen de subjetivismos, caprichos o intereses particulares en desmedro del general⁹, para materializar los principios que orientan la función administrativa y se erigen en pilares fundamentales de la contratación, consagrados en el artículo 209 de la Carta Política.

Como pautas de interpretación del delito en comento, en sentencia SP3478 del 11 de agosto de 2021, radicado 53219, esta Corte sintetizó las siguientes:

(...)

4.3.1. Es un tipo en blanco; por tanto, la definición o actualización de sus ingredientes normativos remite a otras normas del ordenamiento jurídico; en especial, al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) y a otras reglas legales especiales de los contratos estatales, las que, por ende, completan la descripción típica.

⁸ CSJ AP, 9 abr. 2014, rad. 44864, CSJ AP, 23 may. 2018, rad. 47265, entre otros.

⁹ CSJ AP, 21 nov. 2011, rad. 31043, entre otros.

4.3.2 Sanciona el incumplimiento de los requisitos legales esenciales de un contrato estatal en las fases de tramitación, celebración y liquidación; por tanto, las irregularidades consumadas en la etapa de ejecución son atípicas.

(...)

4.3.4 El ingrediente normativo «contrato estatal» incluye los que son regulados tanto por el Estatuto General de la Contratación Administrativa (Ley 80/1993), como por reglas especiales contempladas en otros instrumentos normativos.

4.3.5 El requisito legal del contrato cuya violación es típica debe tener carácter «esencial»; por tanto, *«no cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de ley aplicables a la contratación estatal realiza el tipo»*.

A efectos de facilitar la identificación de los requisitos sustanciales de un contrato, deben atenderse los criterios derivados de la teoría general del negocio jurídico (SP17159-2016, nov. 23, rad. 46037), según los cuales se tienen por tales: (i) *«aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente»* (art. 1501 C.C.); (ii) los que de ser incumplidos conllevan la nulidad absoluta del contrato estatal (art. 44 L. 80/1993); y, (iii) en especial, las formas legales que materializan uno o varios principios de la contratación pública (arts. 23-26 y 29, ibidem).

(...)

En cuanto al tipo subjetivo, consiste en una norma de conducta eminentemente dolosa, es decir, que debe obrar en el sujeto activo calificado el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal, así como la voluntad de querer su realización que, frente al delito en comento corresponde a conocer y deliberadamente pretermitir los requisitos esenciales del

contrato, ya sea, en la etapa precontractual durante el trámite, al momento de su celebración o en la fase de liquidación¹⁰.

3.2.1. **El caso concreto.**

3.2.1.1. Ahora bien, como la finalidad de los recursos propuestos por la defensa y el procesado, de cara al contenido de la acusación, se contrae a considerar si los acusados efectivamente vendieron una playa, siendo esta un bien de uso público inajenable, para dirimir la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por haber tramitado y celebrado el contrato de compraventa 408 del 23 de febrero de 2009 con un objeto ilícito, es preciso comenzar por exponer el contexto fáctico y jurídico en el marco del cual fue desarrollada la negociación, comenzando por un punto fundamental, cual es la declaratoria de baldío del predio.

En escritura pública No. 3570 del 8 de noviembre de 1999 el entonces alcalde de Cartagena Eduardo Santos Vizcaino Zagarra declaró como bien baldío un terreno denominado polígono Las Velas, en favor del distrito, en cuya venta participaron, en uno u otro sentido, los hoy procesados, siendo esta el objeto del presente proceso.

Con ese fin, vale destacar que en el documento se expuso como sustento del acto declarativo el numeral tercero el artículo 123 de la Ley 388 de 1997 según el cual todos los terrenos baldíos que se encuentren en el suelo urbano de los municipios y

¹⁰ CSJ SP, 30 nov. 2017, rad. 29726; CSJ AP, 9 may. 2018, rad. 25808; CSJ SP, 13 jun. 2018, rad. 45228, entre otros.

distritos y que no constituyan reserva ambiental, pertenecerán a estas entidades territoriales.

La Ley 137 de 1959, conocida como Ley Tocaima, se reviste como antecedente importante para comprender la disposición en cita. Recuérdese que en virtud de esta ley la Nación cedió en favor del municipio la propiedad de los terrenos que constituían la zona urbana, con el fin de que el ente territorial procediera a transferir a los propietarios de mejoras para ese momento el dominio de los solares, a título de venta. Para ello, estos debían proponer su compra dentro de los dos años siguientes para obtener un beneficio en el precio. El dinero recaudado sería destinado a la construcción del acueducto.

En su artículo 7° dispuso que también se cedería a los municipios de cualquier población del país en idéntica situación, los terrenos urbanos para su adquisición por particulares.

La Ley Tocaima fue objeto de reglamentación por el gobierno mediante Decreto 1943 del 18 de agosto de 1960, en tanto que el artículo 7° fue desarrollado por el Decreto 3313 de 1965, en virtud del cual recaería en cabeza de los concejos municipales ordenar la delimitación de las áreas urbanas, en similar situación, dentro del año siguiente a la vigencia del decreto, aclarando que estos no serían adjudicados por el entonces Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, sino que estarían sometidos a las normas de venta previstas para el municipio de Tocaima.

Sobre estas normas, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto 1592 del 4 de noviembre de 2004 precisó que la Nación cedió en favor de los entes territoriales la propiedad de los predios baldíos urbanos bajo la condición suspensiva de que fueran vendidos por estos a los poseedores que habían realizado mejoras. Esta postura fue luego recogida por la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en decisión del 26 de noviembre de 2008¹¹, para decir que, en realidad, se otorgó de manera definitiva el dominio a los entes territoriales de terrenos ocupados y con mejoras, como de los no ocupados, en especial dada la facultad de venderlos aun después de fenecidos los dos años de que trataba la norma, a quienes no fueren propietarios de mejoras. Esta cesión de baldíos, concluyó el cuerpo colegiado, debe integrarse a la totalidad del ordenamiento territorial y manejarse con miras a su cabal realización.

La Ley 388 de 1997 modificó la Ley 9 de 1989 y 2ª de 1991 y organizó el sistema de ordenamiento territorial de los municipios. En su artículo 123, según el concepto del Consejo de Estado reseñado, se insistió en que la Ley 137 de 1959 no entregó la propiedad de los baldíos urbanos de la Nación a los municipios. En realidad, cedió a los entes territoriales el derecho a obtener el precio de la venta, el cual debían destinar a los fines de las leyes de ordenamiento territorial como vías públicas, espacio urbano, servicios públicos, programas de vivienda de interés social, entre otros.

¹¹ CE, SCA SECC. 1ª, 26 nov. 2008, 13001-23-31-000-2000-99073-01

Con fundamento en las normas señaladas, el distrito de Cartagena adelantó el «Programa de Baldíos», cuya existencia fue acreditada en juicio por los testimonios de Lucía Navarro Aguirre¹², excontratista de la Secretaría de Hacienda Distrital, William García Tirado¹³, exconcejal distrital, excongresista y denunciante, DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA¹⁴, como exasesor del distrito en el tema de baldíos, Piedad Canchano Polo¹⁵, abogada litigante asesora del Hotel Dann y Erika Lucía Martínez Najero¹⁶, quien se desempeñó como jefe de la oficina jurídica de la Alcaldía de Cartagena entre el 2008 y 2011.

Según los deponentes, el «Programa de Baldíos» fue adelantado como una política del distrito de Cartagena ante la necesidad de legalizar las indebidas ocupaciones privadas de predios de la ciudad por las acreciones¹⁷ o rellenos sobre el territorio marítimo costero, con ocasión de la cesión que la Nación había realizado a los entes territoriales de los baldíos urbanos en virtud del artículo 123 de la Ley 388 de 1997, para definir el ordenamiento territorial, con incidencia tributaria.

Sobre la necesidad de adelantar el citado programa, en sesión de juicio oral del 17 de octubre de 2019, DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA refirió como antecedente que en 1995 particulares demandaron del distrito de Cartagena la reivindicación sobre una parte de la Isla de Manga de unos

¹² Audio de la sesión de juicio oral del 13 de septiembre de 2018. Minuto: 01:34:07 a 01:36:42

¹³ Audio de la sesión de juicio oral del 15 de octubre de 2019. Minuto: 01:11:53 a 01:13:12

¹⁴ Audio de la sesión de juicio oral del 17 de octubre de 2019. Minuto: 00:26:14 a 00:28:40

¹⁵ Audio de la sesión de juicio oral del 22 de noviembre de 2019. Minuto: 00:19:47 a 00:29:10

¹⁶ Audio de la sesión de juicio oral del 9 de diciembre de 2019. Minuto: 01:54:10 a 02:01:50

¹⁷ Según la Rae, significa: crecimiento por adición de materia, como en los depósitos minerales o los continentes. <https://dle.rae.es/acreci%C3%B3n>

terrenos construidos a partir de rellenos de unas zonas de bajamar y en donde estaba localizada la Zona Franca, Industrial y Comercial de Cartagena aduciendo como sustento de su propiedad títulos de compra.

En esa ocasión, dijo, el Tribunal acogió su tesis como apoderado del distrito, consistente en que aun cuando los títulos eran correctos, en todo caso, como los terrenos en algún momento constituyeron zona de playa, bajamar y mar los particulares no podían reclamar propiedad de bienes del distrito¹⁸.

Explicó que a partir de ese momento tuvo conocimiento de las ocupaciones privadas de predios ubicados sobre terreno marítimo costero en Cartagena. Asimismo, que la Nación como propietaria legítima de las acreciones sobre territorio costero no había realizado las gestiones efectivas para reclamar su titularidad. Luego, como desde la Ley 162 de 1937 o Ley Aguirre se ordenó al distrito recuperar las áreas indebidamente ocupadas en orillas y frentes costeros, gracias a la cesión de la Ley 388 de 1997, propuso al ente territorial realizar las acciones necesarias para identificar los predios carentes de dueño, como áreas de acreción y proceder a su legalización.

Con el fin de abordar la situación, se aprecia que el 31 de julio de 1995 TORREGROZA LARA suscribió el Contrato de Asesoría, Consultoría y Gestión con el entonces Alcalde Mayor de Cartagena, Guillermo Paniza Ricardo¹⁹, ante la necesidad de atender las problemáticas e inconsistencias en cuanto a la

¹⁸ Audio de la sesión de juicio oral del 17 de octubre de 2019. Minuto: 00:19:18 a 00:23:58

¹⁹ Folio 1727 a 1732 del cuaderno No. 20 del juzgado de primera instancia.

formación catastral de los predios afectos a la actividad portuaria que incidían en los asuntos tributarios del distrito, según el mismo documento. Entre sus obligaciones como contratista se encontraba:

[...]

1.3. En materia de prediación de inmuebles afectos a la actividad portuaria: 1.3.1. la elaboración de los estudios de orden jurídico y técnico, la realización de las gestiones y la prestación de la asesoría necesaria, encaminadas a obtener la prediación de las instalaciones portuarias, en tierra, sobre las zonas de playas y bajamar y demás, y, lograr que las entidades propietarias paguen a EL DISTRITO los impuestos prediales debidos, y en caso necesario iniciar las acciones administrativas legales o judiciales o asesorar las mismas, que tengan por finalidad obtener el reconocimiento solicitado. 1.3.2. Igualmente, EL CONTRATISTA podrá adelantar idénticas actividades y gestiones sobre los demás derechos relacionados o concomitantes con los anteriores y que puedan ser reivindicados en favor de EL DISTRITO.

[...]

Este contrato fue adicionado y prorrogado el 3 de junio de 1998 según el objeto del contrato de asesoría, consultoría y gestión fue precisado en los siguientes términos:

[...]

OBJETO: Además de las actividades previstas en el objeto del contrato 6-0000 de 1995 y su otro sí del 29 de julio de 1996, EL CONTRATISTA se compromete para con EL DISTRITO a: 1. Realizar todos los estudios jurídicos y técnicos, las consultas, informes y similares que sean necesarios para fundamentar la aplicación del artículo 123 de la ley 388 de 1997 y las disposiciones de la ley 137 de 1959- 2. Realizar todas las gestiones de carácter público encaminadas a la recuperación de los predios que en virtud de las leyes 388/97 y 137/59 le pertenezcan al DISTRITO DE CARTAGENA. (...) –HONORARIOS: Conforme a la cláusula cuarta del contrato principal, esto es el

contrato número 6-0000 de 1995 EL DISTRITO reconocerá a EL CONTRATISTA el seis por ciento (6%) del valor de los predios que efectivamente se logren recuperar como consecuencia de la gestión profesional contratada. (...).

El denotado convenio fue prorrogado, también, el 1º de agosto de 1997²⁰, el 3 de junio y 31 de julio de 1998²¹, 25 de julio de 2003²², 26 de julio de 2006²³, 15 de febrero y 28 de diciembre de 2007²⁴ durante las administraciones de los alcaldes de Cartagena Guillermo José Paniza Ricardo, Carlos Díaz Redondo y Nicolás Francisco Curi Vergara—en sus varios periodos—, éste último, con una duración de dos años.

Explicó el acusado que en desarrollo de esa labor procedió a la identificación de los predios, para luego declarar el dominio del distrito como bienes baldíos mediante escrituras públicas que luego fueron registradas. En curso de dicha actividad, *“encontré un choque frontal con la posición de la Dirección General Marítima sobre el tema (...) incluso hoy seguimos teniendo controversias (...)”*.

Sobre esta posición, aclaró que para la DIMAR las áreas de relleno consolidado sobre los frentes costeros marítimos en Cartagena y sus cuerpos de agua conservan la condición de bienes de uso público por ser zonas de bajamar, playa o similar. Por el contrario, él sostiene que procesos naturales o antrópicos²⁵ de mutación o cambio del territorio en sus condiciones naturales, como procesos de rellenos, generan consolidación del terreno

²⁰ Folio 1765 del cuaderno No. 19 del juzgado de primera instancia.

²¹ Ibidem. Folios 1801 y 1802.

²² Ibidem. Folios 1853 a 1857.

²³ Ibidem. Folio 1890.

²⁴ Ibidem. Folios 1891 a 1893 y 1957 a 1962.

²⁵ <https://dle.rae.es/antrópico>: Producido o modificado por la actividad humana.

nuevo que otrora se tenía como bajamar, al punto que a lo largo del distrito se han construido hoteles, bodegas, contenedores, casas, entre otros, sobre estos. En ese orden, ante la realidad de la ciudad, consideró inviable que la DIMAR persistiera en catalogar esas áreas de terreno como bajamar o playa, cuando ha operado un cambio evidente en su formación natural a raíz de la desecación de los cuerpos de agua que han dado paso a la ciudad.

De ahí, según el procesado, surgió la necesidad de dispensar un tratamiento jurídico a esas áreas que carecen de dueño, por supuesto, a instancias de las autoridades distritales de Cartagena.

A propósito de ello, la Sala aprecia que en sesión ordinaria del Concejo Distrital de Cartagena del 8 de abril de 2005²⁶ el concejal William García Tirado destacó su preocupación por la situación de *“los terrenos baldíos y las invasiones que han sido producto (sic) estos terrenos durante la historia de la ciudad”*. A continuación, resaltó que el distrito, en 2003, suscribió dos contratos con DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA para que realizara los trámites pertinentes con el fin de legalizar los predios de poseedores por medio de la Ley Tocaima, para que pagaran el respectivo impuesto predial y reportaran, con ello, ingresos al distrito.

Tras discutir ampliamente el asunto, en particular, el afán de la administración por impedir que los particulares obtuvieran la titulación de predios por prescripción adquisitiva ante la mirada impávida del distrito, surgió la Proposición No. 059:

²⁶ Folios 1111 a 1124 del cuaderno No. 15 del juzgado de primera instancia.

El Concejo Distrital, en sesión de la fecha, propone: 1. Instar a la administración central a presentar a esta corporación, el Proyecto de Acuerdo, que permita el desarrollo y la aplicación de la Ley 137/59 y su Decreto reglamentario 1943 de 1960 y el artículo 123 de la Ley 388/97, lo cual deberá hacerse durante la presente vigencia fiscal. 2. Que la administración haga una revisión legal de los contratos de prestación de servicios profesionales, suscrito con los Drs. Giovanni Torregroza y Jorge Luis Horta, en cuanto a su objeto, honorarios, obligaciones e interventoría. 3. Solicitar al Personero y Contralor Municipal, iniciar las acciones correspondientes, tendientes a la recuperación de los terrenos baldíos ubicados en el territorio del Distrito de Cartagena. Firmada por los concejales William López y Antonio Guerra Varela.

Luego de varias sesiones, el 14 de diciembre de 2006 el Concejo Distrital de Cartagena expidió el Acuerdo 030 por el cual se facultó al alcalde mayor para la destinación y disposición de los bienes inmuebles cedidos por la Nación al distrito en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 de la Ley 388 de 1997.²⁷

En este Acuerdo se precisó que los bienes objeto de regulación serían aquellos que resulten de los estudios de baldíos contratados por la administración, desde su vocación de desarrollo y condición histórica, los establecidos en los planes de ordenamiento territoriales, lo que surjan de la aplicación de la Ley 768 de 2002, el artículo 3° del Decreto 59 de 1938, la Ley 388 de 1997 y demás normas y jurisprudencia aplicable. En su artículo 3° señaló:

La identificación de los predios cedidos al Distrito por la Ley 388 de 1997 es la que se ha efectuado y efectuará conforme a las normas legales y lineamientos jurisprudenciales y doctrinarios. Con fundamento en la identificación y, si dicho trámite no se ha efectuado, se adelantarán las gestiones para su legalización e

²⁷ Folios 578 a 581 del cuaderno No. 13 del juzgado de primera instancia.

identificación jurídica, mediante la declaración que debe efectuar el Alcalde, mediante el trámite e instrumento que señale la ley para hacer efectivo el derecho de propiedad sobre el inmueble con fundamento en la condición que tenía de baldío el predio y el modo y título por el cual el Distrito lo adquiere.

Entre otras indicaciones, precisó que sería por medio de la secretaría de hacienda que se llevarían a cabo todos los trámites para la disposición de los bienes y *“cuando las circunstancias lo requieran la Secretaría de Hacienda podrá solicitar a la Secretaría de Planeación Distrital, certificación sobre el uso de conformidad con el Plan de Ordenamiento Territorial corresponde a cada predio”*.

Como procedimiento de venta se estableció en el Acuerdo 030 de 2006 que se realizaría por licitación pública, cuando el valor sea superior a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 9ª de 1989. No obstante, si los ocupantes o poseedores de baldíos vendibles o ratificables de venta demostraban la tenencia por más de cinco años *“tendrán la primera opción de compra y su venta será en forma directa, esta prerrogativa está vigente por el término de un año a partir de la notificación que haga la administración Distrital.”*

Según el artículo 7º del acuerdo, el avalúo base para determinar el precio del predio sería el catastral vigente al momento de iniciar la negociación, pero la disposición final se haría con fundamento en el avalúo comercial. Preciso que *“los avalúos para efectos de la disposición final se determinarán por los valores comerciales de zonas o sectores homogéneos, según la clasificación de zonas homogéneas de la autoridad catastral o por*

los avalúos comerciales practicados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o peritos evaluadores miembros de la Lonja de Propiedad Raíz conforme lo dispone la ley.”

Se estableció como prohibición la disposición de inmuebles ubicados en zonas de reserva ecológica, zonas de alto riesgo y en zonas proyectadas para la construcción de vías en el plan vial o en el Plan de Ordenamiento Territorial Urbano y en todos los casos en que exista prohibición legal o razones de conveniencia que lo aconsejen.

Los recursos, según el artículo 11 del Acuerdo, serían destinados a los fines y propósitos de la Ley 388 de 1997, en especial, para el desarrollo de las zonas donde esté ubicado el inmueble, proyectos de reubicación de viviendas de interés social que se encuentran en zonas de alto riesgo, construcción de drenajes pluviales, entre otros.

En punto a la aplicación de este Acuerdo 030 de 2006, DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA explicó que el Programa de Baldíos se adoptó para solucionar un problema de ordenamiento territorial de la ciudad²⁸, de manera que surgió como necesidad adoptar las medidas pertinentes para que el Estado pudiera intervenir. Entre ellas, la reforma excepcional del Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito adoptado en el Decreto 977 de 2001, con el fin de realizar precisiones con respecto a las áreas de relleno consolidado a costa de los cuerpos de agua y la asignación del uso del suelo de los predios declarados baldíos²⁹.

²⁸ Audio de la sesión de juicio oral del 18 de octubre de 2019. Minuto: 01:27:07 a 01:28:13

²⁹ Ibidem. Minuto 04:11:40 a 04:15:07.

Es así que en la exposición de motivos del proyecto de modificación excepcional de normas urbanísticas del plan de ordenamiento territorial de Cartagena³⁰, luego de señalar las revisiones periódicas de los planes de ordenamiento previstas en el artículo 28 de la Ley 388 de 1998, se indicó como uno de los temas que serían abordados, el de la *“incorporación de los bienes baldíos del Distrito al ordenamiento territorial”*, como norma urbanística general.

Por consiguiente, expedido el Acuerdo 033 del 3 de octubre 2007³¹ se adicionó un párrafo al artículo 110 de la Parte III, Capítulo I, Subcapítulo II del Decreto 977 de 2001 – P.O.T. de Cartagena, en el siguiente sentido:

PARÁGRAFO: En los procesos físicos de mutación del territorio, como consecuencia de acciones naturales o antrópicas, anteriores a la expedición de la presente norma, en las que se presente el fenómeno de la consolidación del territorio sobre cuerpos de agua, ya sea por recuperación cuando ha sido ocupado por las aguas, o por retiro de las mismas, que se hallen definidos como baldíos por la normatividad legal vigente y que no corresponda a áreas declaradas como de reserva ambiental, de protección y conservación ambiental, el uso del suelo, el tratamiento, la norma urbanística y de reglamentación de actividades de este territorio recuperado o generado será el determinado por el Plan de Ordenamiento Territorial para el sector territorial principal al cual se integra.

En los procesos físicos de mutación del territorio en suelo rural y suburbano se tendrá en cuenta lo dispuesto en la Ley 1152 de 2007.

³⁰ Folios 2085 a 2111 del cuaderno No. 20 del juzgado de primera instancia.

³¹ Ibidem. Folios 2117 a 2125.

Gracias a esa modificación del P.O.T. pudo la Alcaldía Distrital de Cartagena desarrollar la facultad dispuesta en el Acuerdo 030 de 2006 y el procedimiento allí señalado para la legalización y venta de los predios baldíos, tal como se aprecia sucedió con los bienes baldíos identificados como Polígono Cospique³² - vendido mediante escritura pública 1544 del 13 de noviembre de 2007³³-, Rellenos Polígono No. 5³⁴ -declarado baldío mediante escritura pública 1041 del 27 de octubre de 1999³⁵-, Polígono Relleno Club Cartagena³⁶ -declarado baldío en escritura pública 0948 del 24 de septiembre de 1999 y vendido el 27 de diciembre de 2007³⁷-, entre otros³⁸.

En desarrollo del «Programa de Baldíos», de acuerdo con el informe final de gestiones presentado por DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA a la Secretaría de Hacienda Distrital el 29 de diciembre de 2009, dirigido al entonces secretario Roberto Useche Vivero³⁹, fueron identificados 132 predios como baldíos, de los cuales, 14 fueron objeto de escrituración e inscripción en la oficina de instrumentos públicos en 1999⁴⁰, entre ellos, el

³² Folios 1909 a 1912 del cuaderno No. 19 del juzgado de primera instancia.

³³ Folios 1502 a 1527 del cuaderno No. 17 del juzgado de primera instancia.

³⁴ Folios 1913 a 1915 del cuaderno No. 19 del juzgado de primera instancia.

³⁵ Folios 1317 a 1324 del cuaderno No. 16 del juzgado de primera instancia.

³⁶ Folios 1924 a 1929 del cuaderno No. 19 del juzgado de primera instancia.

³⁷ Folios 1543 a 1574 del cuaderno No. 17 del juzgado de primera instancia.

³⁸ Como los predios denominados “María Auxiliadora segunda calle número 39-76”; “Cabañas” del Grupo hotelero Mar y Sol, Hotel Caribe; “Edificio Atlantis”; “Edificio Songo 8-A”; “Edificio Poseidón”; “Edificio Faro Tequendama”. Folios 1608 a 1633 del cuaderno No. 18 del juzgado de primera instancia.

³⁹ Folios 2037 a 2056 del cuaderno No. 20 del juzgado de primera instancia.

⁴⁰ Folios 2421 a 2453 del cuaderno No. 22 del juzgado de primera instancia. Entre otros, los siguientes predios: “Polígono Songo 8ª”, en escritura pública 3569 del 8 de noviembre de 1999; “Polígono RDG”, en escritura pública 3571 del 8 de noviembre de 1999; “Polígono Atlantis” en escritura pública 3572 del 8 de noviembre de 1999; “Polígono cinco (5)” en escritura pública 1041 del 27 de octubre de 1999; “Polígono Los Lagos” en escritura pública 1042 del 27 de octubre de 1999; “Polígono Faro Tequendama I” en escritura pública 1043 del 27 de octubre de 1999; “Polígono Cabañas Hotel Caribe” en escritura pública 0949 del 24 de septiembre de 1999.

llamado Polígono Las Velas mediante escritura pública No. 3570 de 1999.

En este punto, la Sala considera pertinente destacar, entonces, que el «Programa de Baldíos» tuvo sus inicios desde 1995 y fue adoptado como una política distrital de ordenamiento territorial, avalada la Alcaldía Mayor y el Concejo Distrital, al punto de ser incorporado en el P.O.T. del distrito de Cartagena.

Es así que, para cuando JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ fue elegida como alcaldesa de Cartagena para el periodo 1º de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011⁴¹ y VIVIAN ELJAIEK JUAN, Secretaria de Hacienda mediante Decreto No. 001 del 1º de enero de 2008 al 1º de mayo de 2009⁴², ya venía desarrollándose el «Programa de Baldíos» con la asesoría del coprocesado DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA desde administraciones anteriores.

Ahora, aunque es cierto que la declaratoria de bienes baldíos se realizaba mediante escrituras públicas, en manera alguna tal proceder constituyó un actuar irregular como lo afirmó el ente acusador y el Tribunal, así como el Ministerio Público como no recurrente, dado que este proceder ya había sido estudiado por la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en decisión del 26 de noviembre de 2008, con ocasión del proceso promovido por el Grupo Hotelero Mar y Sol S.A. contra el distrito de Cartagena.

⁴¹ Folios 618 y 619 del cuaderno No. 13 del juzgado de primera instancia.

⁴² Ibidem. Folio 628.

Conviene señalar que en el citado caso la parte demandante solicitaba la nulidad de la escritura pública 949 del 24 de septiembre de 1999 y de su registro con el folio de matrícula inmobiliaria 060-178043, mediante la cual el entonces alcalde mayor de Cartagena había declarado el derecho de dominio y posesión sobre un lote de terreno denominado polígono Cabañas Hotel Caribe, ubicado en el barrio Bocagrande, según los demandantes por haber desconocido que este ya hacía parte de la propiedad privada del hotel desde años atrás.

Al respecto, el Consejo de Estado recordó que en virtud del artículo 13 del Decreto 960 de 1970 la escritura pública, es un instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos emitidas ante el notario con los requisitos de ley, constituyendo en ciertos casos requisito *ad substantiam actus* y en otros, *ad probationem*, de manera que, no es en sí misma un acto administrativo susceptible de ser demandado ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Frente a la escritura cuya invalidez se demandaba, estimó que aun cuando el documento es meramente declarativo y no surtía efectos directos, esta situación variaba cuando operaba su registro, toda vez que podía afectar a los interesados como a terceros. Con todo, coincidió con el distrito de Cartagena demandado en que el carácter jurídico del predio y su titularidad en cabeza del municipio no operaba por el documento declarativo, sino en virtud de las leyes 137 de 1959 y 388 de 1997 que dispuso la cesión de baldíos urbanos de la Nación en favor de los entes territoriales, siendo la ley misma el título y el modo.

La delimitación física o material del terreno objeto de ese derecho, se precisó en la sentencia, si puede realizarse mediante acto administrativo de clarificación de propiedad o deslinde, por medio de cualquier negocio jurídico de transferencia o entrega a particulares de los predios o en sentencia en proceso judicial.

En ese orden, descartó que hubiese falsedad alguna en el acto de registro de la escritura pública que declaró como bien baldío el polígono Cabañas Hotel Caribe, además, porque en un proceso de acción de dominio promovido previamente por la demandante ya se había constatado y establecido que el bien no había salido del dominio de la Nación.

A partir de estas consideraciones, es claro para la Sala que la declaratoria de baldíos por medio de escrituras públicas aun cuando innecesaria, no por ello constituía un acto ilegal como fue tildado por la Fiscalía y el Tribunal, toda vez que su finalidad era dar cuenta del derecho de dominio que había sido otorgado a los entes territoriales por la Nación sobre los baldíos urbanos, por expresa disposición de las leyes 137 de 1959 y 388 de 1997, siendo éstas el título y modo que justifican la titularidad de los municipios o distritos sobre estos.

Precisado ello, con respecto al predio declarado como baldío en la escritura pública 3570 del 8 de noviembre de 1999, el 14 de julio de 2008⁴³ VIVIAN ELJAIEK JUAN, como Secretaria de Hacienda distrital de Cartagena de Indias, ofertó al representante legal del Hotel Dann el Polígono Hotel Las Velas, *“el que en la*

⁴³ Folio 639 del cuaderno No. 13 del juzgado de primera instancia.

actualidad se encuentra ocupado por ustedes” en virtud de lo señalado en el Acuerdo 030 de 2006.

Para ello le confirió un término prudencial de quince (15) días hábiles a partir del recibido de la comunicación, para que manifestara si estaría interesado en hacer uso de la prerrogativa prevista en el párrafo tercero del artículo 5° del acuerdo *“para lo cual deberán acreditar la tenencia del inmueble por mas (sic) de cinco (5) años conforme a lo estipulado en el mencionado Acuerdo”*.

El 26 de julio de 2008 LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA solicitó a VIVIAN ELJAIEK JUAN especificarle cuál era el predio al que se refería la comunicación, así como la prerrogativa de que trata el párrafo tercero del artículo 5° del Acuerdo 030 de 2006 para manifestar su intención de acogerse a lo allí dispuesto, por último, informarle si de hacer uso de ese derecho, se generaría el pago de alguna suma.⁴⁴

En misiva del 2 de septiembre de 2008⁴⁵, el representante legal del Hotel Dann, tras precisar que los alcances de la negociación les fueron explicados por sus asesores DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA y Lucy Navarro, dijo querer hacer uso del derecho preferencial de adquirir el área. Propuso pagar el pago de la cuota inicial en dos contados, cada seis meses y el saldo en un plazo de seis años, en cuotas mensuales o semestrales.

Precisó que desconocía las circunstancias, *“pues al momento de adquirir por compraventa el inmueble en el cual*

⁴⁴ Ibidem. Folio 663.

⁴⁵ Ibidem. Folio 665.

funciona el establecimiento hotelero no fuimos enterados de esta situación por parte del propietario anterior y no teníamos previsto este gasto”.

El 5 de septiembre siguiente⁴⁶, en escrito signado por los ingenieros RAFAEL CEBALLOS CALVO, Luz María Rincón y el ingeniero perito Otto Sierra, remitió al Hotel Dann el estudio llevado a cabo para realizar el avalúo comercial de un lote ubicado en el barrio Bocagrande, sector El Laguito, polígono Hotel Las Velas.

Anexo al documento obra el avalúo comercial suscrito por el ingeniero RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO⁴⁷ quien, luego de destacar que el Polígono Hotel Las Velas, con una cabida de 243,75m² al que se ha hecho referencia, posee privilegios naturales por estar frente al Mar Caribe como sector turístico y hotelero, no obstante, *“adolece de factores determinantes en la evaluación o fijación de valores en sus aspectos fundamentales, dada la localización del lote como tal”.*

Como factores que incidían en el precio mencionó que la mayor limitante del lote es el mar y lo que señaló como *“la toma de decisiones en la declaratoria de baldío”*, al respecto acotó que para aplicar la ley respectiva y constituirlo en un bien inmueble con escritura y existencia física, el lote quedaba por fuera del sistema urbanístico normalizado de la zona. Añadió que el predio también carecía de todos los presupuestos necesarios para ser urbanizable, como una red de servicios públicos y su área mínima no posee linderos que se puedan urbanizar.

⁴⁶ Ibidem. Folio 669.

⁴⁷ Ibidem. Folios 670 a 677.

Destacó que este lote, a diferencia de los productivos, no cumple con los requisitos para tener competitividad y desarrollo. Estos, acotó, al brindar oportunidades de buenos negocios suelen llegar a valores de tres millones o más por metro cuadrado, por tanto, el inmueble objeto de avalúo se deprimía en un 75%.

En ese orden, dedujo de \$3.000.000 el 25%, lo que arrojó \$750.000, a lo que adicionó \$100.000 por la servidumbre para concluir el valor total del lote por unidad de medida es de \$850.000 por metro cuadrado. Tras multiplicar ese valor por los 243,75m² le arrojó la suma de \$207.187.500. Explicó que la anexión del lote al predio del comprador sí podría reportar un valor agregado al inmueble en venta por su fusión con uno activamente urbanístico.

El 8 de septiembre de 2008⁴⁸, LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA remitió a la Secretaria de Hacienda el avalúo de la zona ofrecida por el distrito en compraventa conocida como Polígono Las Velas, “*suscrito por un profesional en el ramo adscrito a CORPOLONJAS*”.

Luego de ello, en misiva del 7 de octubre de 2008, VIVIAN ELJAIK JUAN acusó recibo del avalúo e informó que la fórmula de negociación propuesta no era viable, sugiriendo como única alternativa del distrito que en el plazo máximo de tres años se pagara el valor del predio, debiendo cancelar como mínimo el 25% del total⁴⁹.

⁴⁸ Ibidem. Folio 667.

⁴⁹ Ibidem. Folio 643.

Dos días después, el 9 de octubre siguiente⁵⁰, la Secretaria de Hacienda distrital y el representante legal del Hotel Dann suscribieron un acuerdo de pago para la legalización de la venta del Polígono Hotel Las Velas, con una cabida de 243,75m² cuyos linderos están señalados en la escritura pública 3570 de 1999. Las partes convinieron que el valor total del predio sería de \$207.187.500 según el avalúo comercial “*suscrito por el perito evaluador Otto Alfonso Sierra Reyes*”. Debiendo la Promotora Inmobiliaria Dann Medellín pagar el 25%, correspondiente a \$51.796.875 a la fiduciaria GNB Sudameris Alcaldía de Cartagena - Disposición de Baldíos.

De acuerdo con la escritura pública no. 408 del 23 de febrero de 2009 concurrieron ante la Notaría 1^a de Cartagena la alcaldesa mayor JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ como vendedora y LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA como comprador, obrando en su calidad de representante legal de la sociedad Promotora Inmobiliaria Dann Medellín S.A., con el fin de transferir en favor de este último, en el estado físico y jurídico en que se encuentra, el derecho de dominio de “*un lote de terreno denominado «POLIGONO LAS VELAS», ubicado en la ciudad de Cartagena, con la matrícula inmobiliaria número 060-178207 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena*”.

Los linderos señalados en este documento coinciden íntegramente con el predio declarado bien baldío en la escritura pública 3570 de 1999, así como con el plano protocolizado junto con esta⁵¹.

⁵⁰ Ibidem. Folios 645 y 646.

⁵¹ Ibidem. Folios 595 a 600.

El precio total y único del bien en venta fue fijado en doscientos siete millones ciento ochenta y siete mil quinientos pesos (\$207.187.500) “conforme al avalúo comercial practicado sobre el mismo”. Este fue cancelado por el comprador con un primer contado por valor de \$51.796.875, correspondientes al 25% del valor total, mediante consignación del 9 de octubre de 2008 en el Banco de Occidente⁵², conforme al acuerdo de pago de la misma fecha, “celebrado según lo estipulado en el artículo 6° del Acuerdo Distrital 030 de 2006”.

El valor restante de \$155.390.625 se pagaría por cuotas trimestrales iguales, en un periodo de 36 meses contados a partir de la firma de la escritura de compraventa. Acuerdo que según las siglas consignadas en el documento fue proyectado por DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA.

Se constituyó en favor del distrito de Cartagena hipoteca en primer grado para garantizar el pago de lo adeudado⁵³.

El 27 de abril de 2009, el Capitán de Navío Víctor Daniel Hurtado Irurita, de la Capitanía de Puerto de Cartagena de la DIMAR, en derecho de petición dirigido a VIVIAN ELJAIEK JUAN como Secretaria de Hacienda expuso que “tiene conocimiento y ha recibido pruebas documentales que así lo confirman, acerca de la venta de predios ubicados en áreas consideradas como bien de uso público de propiedad de la Nación por parte de la Alcaldía Mayor de Cartagena a través de la Secretaria de Hacienda Distrital”, motivo por el cual elevó un cuestionario dirigido a

⁵² Ibidem. Folio 687.

⁵³ Folio 76 cuaderno No. 14 el juzgado de primera instancia.

esclarecer la situación, en particular, sobre los bienes que ya habían sido declarados como baldíos por el distrito.⁵⁴

Sobre este requerimiento, en respuestas del 13 y 22 de mayo y 18 de junio de 2009⁵⁵, VIVIAN ELJAIEK JUAN informó al Capitán de Navío Víctor Daniel Hurtado Irurita en qué consistía el Programa de Baldíos. Asimismo, la metodología empleada para la identificación de los predios, como la recopilación y análisis de los estudios de suelo del distrito, teniendo como fuente el Instituto Geográfico Agustín Codazzi -IGAC, Ingeominas, el Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas del Caribe -CIOH- adscrito a la Dirección General Marítima (DIMAR), Plan de Ordenamiento Territorial, entre otros fundamentos. Explicó los sustentos jurídicos del programa, incluyendo los antecedentes legislativos y jurisprudenciales.

Relacionó las escrituras públicas correspondientes a los predios titulados como baldíos por el distrito de Cartagena, identificados en planos, con medidas y colindancias de las áreas de acreción.

En misiva del 11 de junio de 2009 dirigida a VIVIAN ELJAIEK JUAN⁵⁶, el Capitán de Navío Víctor Daniel Hurtado Irurita destacó que el sustento legal y constitucional del Programa de Baldíos desarrollado por el distrito de Cartagena no le permite considerar como baldíos susceptibles de venta a particulares, las áreas de playas, zonas de bajamar y aguas marítimas.

⁵⁴ Folios 681 y 682 del cuaderno No. 13 del juzgado de primera instancia.

⁵⁵ Folios 1152 a 1173 del cuaderno No. 15 del juzgado de primera instancia.

⁵⁶ Folios 684 y 685 del cuaderno No. 13 del juzgado de primera instancia.

Añadió que en el programa se realizan afirmaciones sobre las áreas ubicadas en el borde costero, así como de las geoformas de litoral asociadas a las definiciones técnicas de los bienes de uso público bajo la jurisdicción de la DIMAR, sin que haya existido interacción con la Autoridad Marítima Nacional, sobre su alcance, fundamentación y realidad jurídica de las mismas.

Por estos motivos, recomendó a la Secretaria de Hacienda Distrital *“abstenerse de continuar con la aplicación del Programa de Ordenamiento de Baldíos desarrollado por el Distrito, en lo relacionado con las áreas de bajamar, playas marítimas y aguas jurisdiccionales hasta tanto no sea debidamente analizado el estudio de baldíos por parte de la Dirección General Marítima”*, en especial ante la próxima emisión del proyecto de determinación de los bienes de uso público bajo jurisdicción de la DIMAR, en el que se indicarían las áreas sobre las cuales podía continuar el programa por no estar ubicadas sobre bienes de uso público de la Nación.

Este documento fue remitido a la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles, la Procuraduría 3^a Judicial II Ambiental y Agraria, la Procuraduría Regional de Bolívar, la Alcaldía Mayor de Cartagena y la DIMAR.

Sobre el punto, en sesión de juicio oral del 15 de octubre de 2019, el exconcejal William García Tirado narró que en mayo o junio de 2009 *“recibimos una información de que se había vendido al Hotel Dann una franja de tierra que se había catalogado presuntamente como baldío, nosotros con el ánimo del control político citamos a varios funcionarios, llegó Capitanía de Puerto (...)*

*el director de la DIMAR que estaba en ese momento, no recuerdo su nombre, manifestó que ese predio no se podía vender porque no era baldío sino un sector de playa*⁵⁷. Con sustento en esa única afirmación, aclaró el testigo, interpuso la denuncia que dio lugar a este proceso penal.

Por lo expuesto, DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA explicó que se generó una gran polémica mediática, al punto que ningún alcalde se atrevió a dar continuidad al Programa de Baldíos⁵⁸, de manera que el 2 de septiembre de 2011, fue liquidado en definitiva su contrato de asesoría, consultoría y gestión para la recuperación de los predios declarados baldíos en virtud de las leyes 137 de 1959 y 388 de 1997⁵⁹.

Ahora, por resultar relevante para abordar las problemáticas propuestas, es del caso destacar los siguientes hechos también demostrados en el proceso:

Desde el 29 de diciembre de 2006, LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, como representante legal del Hotel Dann suscribió con el representante de la firma Koori⁶⁰, Juan Carlos Rodríguez, una *“autorización respecto del uso del permiso que ostenta HOTEL DANN CARTAGENA para realizar evento en las playas de Bocagrande expedido por el Alcalde de la Localidad Histórica y del Caribe Norte (...)”*, por el periodo comprendido entre el 28 de diciembre de 2006 y el 15 de febrero de 2007. Koori se comprometió a pagar al hotel por el uso de la playa.

⁵⁷ Audio sesión de juicio oral del 15 de octubre de 2012. 2ª Parte. Minuto: 00:42:18 a 00:45:00.

⁵⁸ Audio sesión de juicio oral del 18 de octubre de 2012. Minuto: 01:36:02 a 01:40:05

⁵⁹ Folios 2069 a 2079 del cuaderno No. 20 del juzgado de primera instancia.

⁶⁰ Folios 829 y 830 del cuaderno No. 14 del juzgado de primera instancia.

El 23 de agosto de 2007, Juan Carlos Rodríguez representante del establecimiento de comercio Koori cedió en su totalidad los derechos de uso, administración y comercialización de la playa aledaña al Hotel Dann Las Velas Cartagena a Juan Diego Useche Ortegón y Martha Lucía Vergara Berrio a partir del 1º de septiembre de ese año. Esta cesión fue comunicada a LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA el mismo 23 de agosto.⁶¹

Por los meses de noviembre y diciembre de 2007 y marzo a agosto de 2008, Martha Lucía Vergara Berrio o la empresa Asesorías y Mercadeo U.V. Ltda., de Juan Diego Useche Ortegón, pagó los emolumentos en favor de la Promotora Inmobiliaria Dann Medellín S.A., según las facturas cambiadas expedidas por esta⁶².

Sobre el negocio, en sesión de juicio oral del 12 de diciembre de 2018, Juan Diego Useche⁶³ relató que su establecimiento Sunset Beach se encontraba en el sector conocido como playa Hollywood, en El Laguito, el cual tenía 4 edificaciones, siendo una de ellas el Hotel Dann, Las Velas, *“y el negocio funcionaba exactamente en la playa aledaña al Hotel Dann”*. Preciso que era el gerente del hotel quien solicitaba a las diversas autoridades el permiso para el funcionamiento del negocio, en tanto que él se encargaba de llevar la documentación a la Secretaría del Interior, la Capitanía de Puerto y Cámara y Comercio.

Aclaró que Sunset Beach funcionó bajo la figura del permiso temporal solicitada a la Alcaldía Mayor, previo visto bueno de la

⁶¹ Folio 325 cuaderno No. 13 del juzgado de primera instancia.

⁶² Ibidem. Folios 836 a 848.

⁶³ Audio de sesión de juicio oral del 12 de diciembre de 2018. Minuto: 00:16:15 a 03:23:43

Capitanía de Puerto, el cual se iba renovando. Ocupó la playa aproximadamente durante 5 años, por permisos periódicos.

Relató que en septiembre u octubre de 2008 le fue comunicado por la gerencia del hotel la posible compra de un predio por lo que debía desalojar la zona de playa que venía ocupando, aduciendo que realizarían unas obras que ampliarían sus instalaciones. A raíz de esta situación hubo ruptura de las relaciones comerciales, al paso que comenzó a recibir visitas reiteradas de funcionarios de la alcaldía de la dependencia de espacio público, policía, bomberos, así como la alcaldía local, para desalojar la zona.

Por ello, acudió a la Capitanía de Puerto y habló con el Capitán Víctor Hurtado Irurita quien le manifestó que *“ya tenía conocimiento del famoso programa de baldíos y que ya había solicitado la información a la Alcaldía de Cartagena sobre qué predios tenían ellos en su programa”*, como este le indicó que cualquier persona podía hacer uso de la playa, decidió solicitar los permisos de uso a nombre de su empresa Asesorías y Mercadeo, ya no en representación del Hotel Dann.

Dijo, además, que puso en conocimiento la situación a un concejal de oposición de la alcaldesa JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ, *“al doctor Julián (sic) García Tirado, el caso específico de que se estaba vendiendo una playa”*, asimismo, de otras autoridades como la Defensoría, Personería Distrital, Procuraduría General y abogados consultores. Igualmente, como se explicará líneas más adelante, también elevó petición ante el Incoder, la cual fue resuelta por la entonces funcionaria Diana

María Ocampo Duque, jefe de la oficina jurídica de esa entidad entre el 2008 y 2009⁶⁴.

El testigo añadió que LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA promovió en su contra una querrela por ocupación de hecho, en compañía de su abogada Piedad Canchano. Aunque desconoce qué sucedió con este trámite, acotó que ya en 2012 fue desalojado de manera definitiva por el alcalde local.

Al respecto, aprecia la Sala que mediante Resolución 0981 del 29 de mayo de 2009, suscrita por el entonces alcalde de La Localidad Histórica y del Caribe Norte José Raimundo Ricaurte Gómez, se ordenó la restitución del espacio público “*indebidamente ocupado*” por el establecimiento de comercio denominado “*SUNCET (sic) BEACH*”. Presentado recurso de reposición por el establecimiento⁶⁵, el 15 de septiembre de 2009 en Resolución 1875 el alcalde local modificó la decisión recurrida para aclarar que el área a restituir es de 475,055m², y no de 583,09 m².

En el numeral segundo de la decisión se ordenó a Juan Diego Useche Ortega, como representante legal de la firma Asesorías y Mercadeo U.V. Ltda., propietaria del establecimiento Sunset Beach “*la restitución del espacio público indebidamente ocupado*” de manera voluntaria, so pena de ser desalojado mediante el uso de la fuerza. No obstante, precisó Juan Diego Useche Ortega que éste fue uno de los diversos intentos para desalojarlo de la zona, toda vez que solo hasta junio de 2014 cesó

⁶⁴ Audio de sesión de juicio oral del 12 de septiembre de 2018. 1ª parte. Minuto: 00:27:49.

⁶⁵ Folios 633 a 637 del cuaderno No. 13 del juzgado de primera instancia.

definitivamente la ocupación de su establecimiento de comercio en esa área⁶⁶.

En ese orden de ideas, está acreditado que el *“lote de terreno ubicado en el Barrio Bocagrande, de esta ciudad, denominado «POLÍGONO HOTEL LA VELAS» con una cabida de 243,75m²”* declarado bien baldío mediante escritura pública No. 3570 del 8 de noviembre de 1999⁶⁷ por el entonces alcalde Eduardo Santos Vizcaino Zagarra, sobre el cual versa este proceso penal, hace parte del programa distrital de identificación y asignación de baldíos expuesto⁶⁸.

Asimismo, que el Polígono Hotel Las Velas fue vendido mediante escritura pública No. 408 del 23 de febrero de 2009 por la entonces alcaldesa de Cartagena JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ a LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, representante legal de la sociedad Promotora Inmobiliaria Dann Medellín S.A., gerente del Hotel Dann (antes Hotel Las Velas), con fundamento en el Acuerdo 030 de 2006.

Igualmente que el Hotel Dann sostuvo un acuerdo con Juan Diego Useche Ortégón para el uso de la concesión que aquel tenía con la Capitanía de Puerto de una zona de playa con el fin de prestar servicios en favor de los huéspedes en el establecimiento Sunset Beach desde el 1º de septiembre de 2007 hasta comienzos del 2009 cuando le fue solicitada la restitución del área, luego de lo cual ocupó la playa por su propia cuenta hasta junio de 2014.

⁶⁶ Audio de la sesión de juicio oral del 12 de diciembre de 2018. Minuto: 03:21:12.

⁶⁷ Folios 589 a 593 del cuaderno No. 13 del juzgado de primera instancia.

⁶⁸ Como fue informado por VIVIAN ELJAIEK JUAN al Capitán de Navío, Víctor Daniel Hurtado Irurita, en oficio del 13 de mayo de 2009 que obra a folios 1152 a 1169 del cuaderno No. 15 del juzgado de primera instancia.

Precisado el contexto y a partir de las denotadas conclusiones, procede la Sala a dirimir los reparos expuestos contra la primera condena proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en segunda instancia.

3.2.1.2. Como aspecto medular de inconformidad con la sentencia de segunda instancia, los recurrentes adujeron al unísono que el *ad quem* confundió la ubicación del polígono Las Velas, declarado baldío por el distrito de Cartagena en 1999 y vendido el 23 de febrero de 2009 al Hotel Dann, con el área de playa que ocupaba el establecimiento comercial Sunset Beach de Juan Diego Useche Ortegón para este último año, concluyendo a partir de la errada interpretación de las pruebas que los procesados enajenaron un bien de uso público.

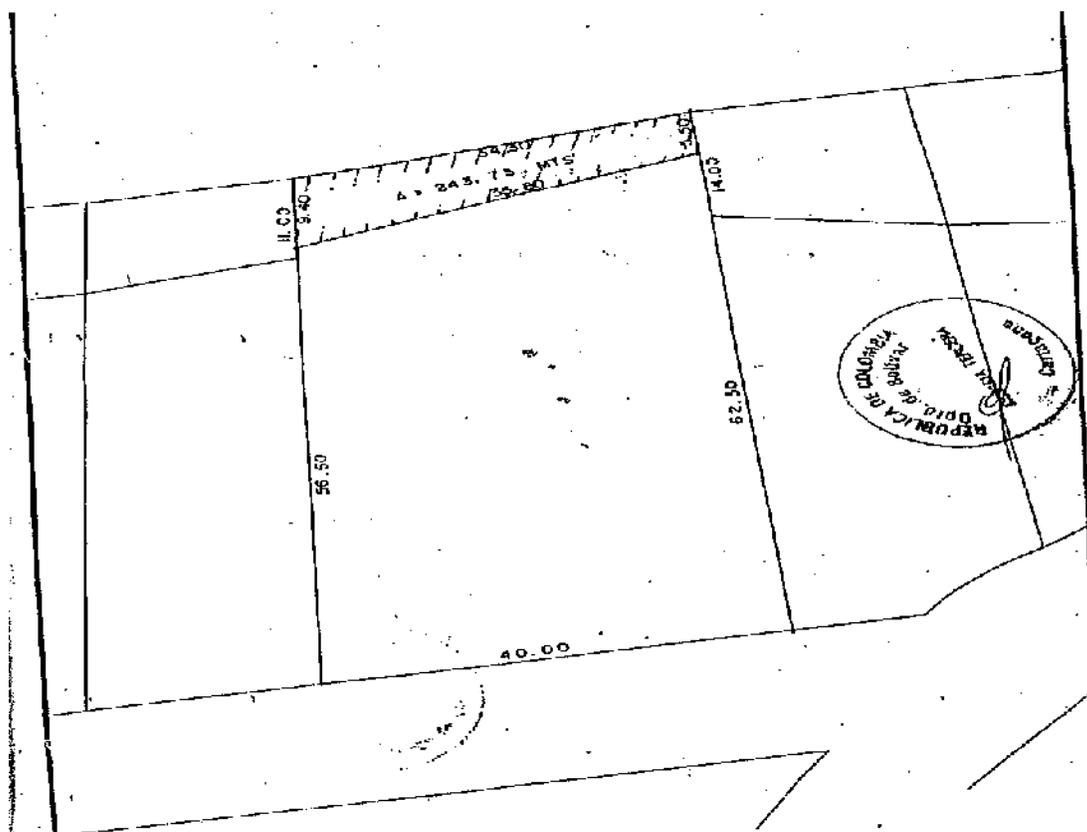
Al respecto, surge pertinente recordar que el Tribunal desestimó la tesis de la defensa consistente en que el polígono Las Velas corresponde al área de terreno consolidado sobre la cual fue construida la piscina y el salón de eventos del actual Hotel Dann. Por el contrario, con fundamento en un análisis histórico de las escrituras públicas de la edificación, así como en otros elementos de convicción, concluyó que dicho polígono corresponde a la playa en la que Juan Diego Useche Ortegón asentó el establecimiento de comercio Sunset Beach.

En ese orden, con el fin de precisar si el *ad quem* incurrió en el yerro endilgado, es menester establecer: si está demostrado en el proceso penal la ubicación correcta del polígono Las Velas y si se logró demostrar más allá de toda duda que el predio en

comento es una playa, para luego establecer si los procesados, en efecto, enajenaron un bien de uso público.

Atinente a la ubicación del predio en cuestión, vale reiterar que mediante escritura pública No. 3570 del 8 de noviembre de 1999, el entonces alcalde de Cartagena Eduardo Santos Vizcaino Zagarra suscribió un acto de “*declaratoria de baldío*” en favor del distrito, como parte del «Programa de Baldíos».

En la escritura fue incluido el siguiente plano, en el que se precisó el área del predio declarado baldío en 243,75m², como se observa en la figura sombreada:



En cuanto a los linderos se indicó en el documento que el predio colinda por el frente u occidente con playa del mar Caribe con una extensión de 34,30 metros; por la izquierda entrando o norte, con el polígono Las Brisas, propiedad del distrito en una distancia de 5,50 metros; por la derecha o sur con el polígono El

Con respecto a los predios ubicados en la zona de El Laguito, DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA explicó que para 1966 no existían playas, pues el mar chocaba con la península, en concreto, contra la barrera o escollera que en tiempos antiguos fue instalada para lograr la estabilización del litoral. Aclaró que para la creación de playas se construyeron espolones, el más famoso de ellos, el espolón Iribarren.⁷¹ Las playas, por tanto, son de origen antrópico y posteriores al proceso de urbanización de El Laguito.

Afirmaciones que encuentran respaldo, de un lado, en el artículo científico sobre la *“Evolución Morfológica y Sedimentológica de la Flecha Litoral del Laguito – Bahía de Cartagena”* contenido en el Boletín Científico No. 5 de diciembre de 1984 emitido por el Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas de la Dirección General Marítima y Portuaria de la Armada Nacional, incorporado como documento público por la defensa y, del otro, en el Informe Técnico de Peritazgo a la Acción Popular 002-2001-051-00 realizado por el Instituto de Hidráulica y Saneamiento Ambiental –IHSA- de la Universidad de Cartagena, allegado por medio de VIVIAN ELJAIEK JUAN como testigo de acreditación.

En el primero, aprecia la Sala se reconstruye la evolución de la flecha litoral del Laguito a partir de las formaciones históricas que dieron lugar a la ciudad de Cartagena y de otros datos hidrodinámicos y sedimentológicos. En este, el CIOH de la DIMAR relata cómo a mediados del siglo XVIII, en 1768 fue

⁷¹ Audio de la sesión de juicio oral del 18 de octubre de 2019. Minuto: 02:56:48 a 02:58:20

ordenada la construcción de un muro submarino o “escollera”⁷² que uniera la punta de Bocagrande a la Isla de Tierra Bomba⁷³.

Añadió que más adelante se construyó el gran espolón suroeste de la playa de Bocagrande, con el fin de bloquear el tránsito litoral de arena. De la siguiente gráfica acompaña la explicación de que dicho espolón permitió *“el ensanchamiento considerable de playa y un depósito sedimentario importante en la parte más sur de la construcción”*:

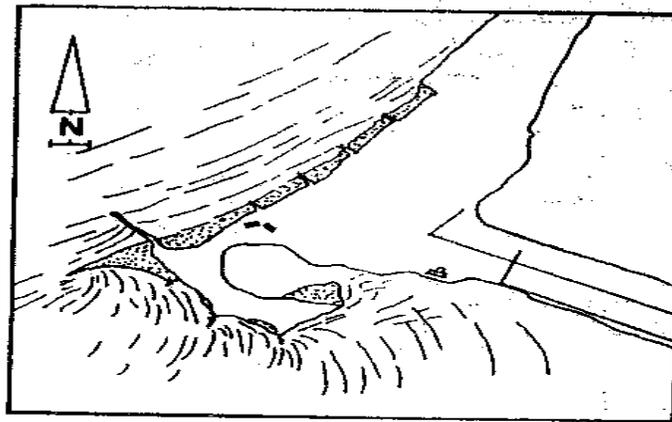


FIGURA 8 - Fotografía Aérea de 1968

En el segundo documento se explica de manera similar estos acontecimientos históricos, así:

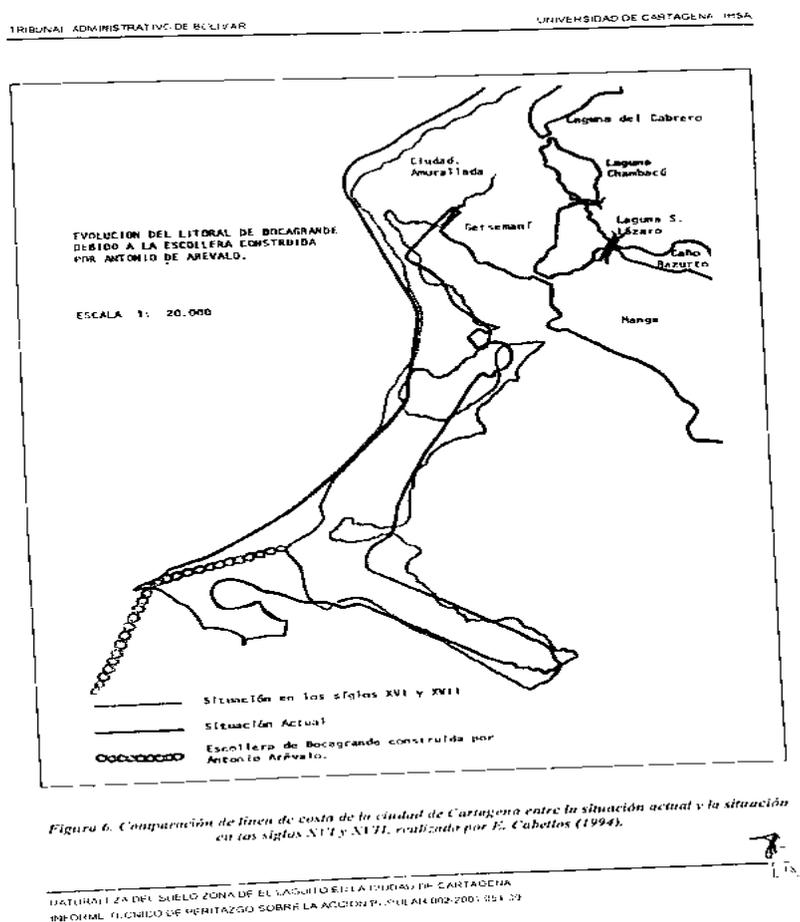
[...] no es sino hasta 1771 bajo la dirección de las obras de ingeniería por parte de D. Antonio de Arévalo, que se inicia la construcción del cerramiento de la Boca Grande. El proyecto como tal (según E. Cabellos, 1994), consistió en la construcción de un dique recto en su tramo inicial que forma un ángulo de 130 grados con la orientación de la línea de costa hacia barlovento, de forma que retenga con suavidad el transporte litoral de arenas que impulsa el oleaje y los vientos Alisios, y favorezca el depósito de los mismos en una nueva playa. (...) Tiempo después, cuando se hubo formado la playa, Arévalo

⁷²<https://dle.rae.es/escollera>: Obra hecha con piedras echadas al fondo del agua, para formar un dique de defensa contra el oleaje, para servir de cimiento a un muelle o para resguardar el pie de otra obra.

⁷³

coronaba el dique con una cabeza de escollera de buen tamaño, que servía de rompeolas en los grandes temporales e impedía la ruina de la obra consiguiendo su perdurabilidad. De acuerdo a E. Ceballos, esta primera alineación finalizaba en el punto extremo de la actual península de Bocagrande y en el día de hoy se halla sepultada bajo los hoteles de la playa a que dio lugar.⁷⁴

Para graficar la anterior situación, se incluyó la siguiente imagen:



A continuación, se destaca en el estudio histórico que El Laguito se ha desarrollado sobre una formación artificial a causa de la escollera de Bocagrande, en forma de flecha litoral curvada hacia el interior de la bahía. Asimismo, que entre 1966 y 1967, como parte del desarrollo turístico de Bocagrande se procura ampliar la zona de playas por medio de la construcción de los

⁷⁴ Folio 2390 del cuaderno No. 21 del juzgado de primera instancia.

grandes espolones en el extremo sur, -Iribarren y el dique longitudinal-, logrando el ensanchamiento de la costa.

A partir de esta realidad histórica, considera la Sala plausible la explicación brindada por DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA en punto a la identificación y declaración del polígono Las Velas como bien baldío⁷⁵.

En efecto, señaló el acusado que en desarrollo del Programa de Baldíos del distrito de Cartagena, cotejó las escrituras públicas y planos del terreno sobre el cual se había construido el entonces edificio Hotel Las Velas que datan de 1962, con respecto al área físicamente ocupada por este para 1999. Al cabo de ello encontró que aun cuando los títulos daban cuenta de que el terreno adquirido por el hotel comprendía aproximadamente 2.200m², el área de construcción era superior y esa adición no estaba sustentada, como tal, en título alguno.

Sobre la existencia del área adicional, insistió en que para 1962 en El Laguito no existían playas, de manera que los lotes vendidos en el sector colindaban directamente con la línea de enrocado. Con posterioridad a la urbanización de la zona, por efecto de los espolones se generaron las playas, lo que conllevó un proceso de consolidación por acreción del frente costero, es decir, que los propietarios de los lotes de El Laguito decidieron “*correr la cerca*” e incrementar sus propiedades con esas áreas, pudiendo justificar ello en que, en todo caso, de acuerdo a sus escrituras públicas los predios seguían colindando con la playa o escollera.

⁷⁵ Audio de la sesión de juicio oral del 18 de octubre de 2019. Minuto: 02:58:25 a 03:01:56.

A partir de lo expuesto, en lo que respecta Hotel Las Velas, actual Hotel Dann, del estudio de títulos encuentra la Sala lo siguiente:

En escritura pública 1058 del 6 de abril de 1971⁷⁶, el gerente de la sociedad Contratistas Van Suramericana transfirió en venta a la forma Promociones Caribe Ltda., la propiedad de los lotes de terreno dieciocho (18) y diecinueve (19), el primero con una cabida superficial de 1.099,75m² y, el segundo, con 1.082,04m². Ambos lotes colindaban por el norte con **playa o escollera del Mar Caribe**.

Con posterioridad, en escritura pública 1065 del 25 de agosto de 1971⁷⁷, la empresa Promociones Caribe Ltda pacta con el Banco Central Hipotecario un crédito para terminar la construcción del edificio que sería el Hotel Las Velas, garantizado con hipoteca. En punto a las características del predio objeto del gravamen se indicó lo siguiente:

[...] sobre un terreno o solar **resultante de la unión de los lotes marcados en el plano de la urbanización con los números 18 y 19**, con una superficie de dos mil ciento ochenta metros cuadrados con setenta y nueve centímetros (2.181.79m²), y el Edificio de diez y siete (17) plantas, que en él se está construyendo, (...) ubicado el inmueble en la urbanización “El Laguito”, Barrio de Bocagrande, de esta ciudad, (...) determinado por los siguientes linderos y dimensiones: “Por el frente o sur, con la calle de “Las Velas” o Carrera 1^a., y mide treinta y nueve metros con ochenta centímetros (39,80); por el fondo o Norte, con **playa o escollera del Mar Caribe**, y mide treinta y siete metros con veinte centímetros (37.20); por la Derecha, entrando u Occidente con el lote número veinte (20), y mide cincuenta y cinco metros con setenta y seis centímetros (55.76), y por la

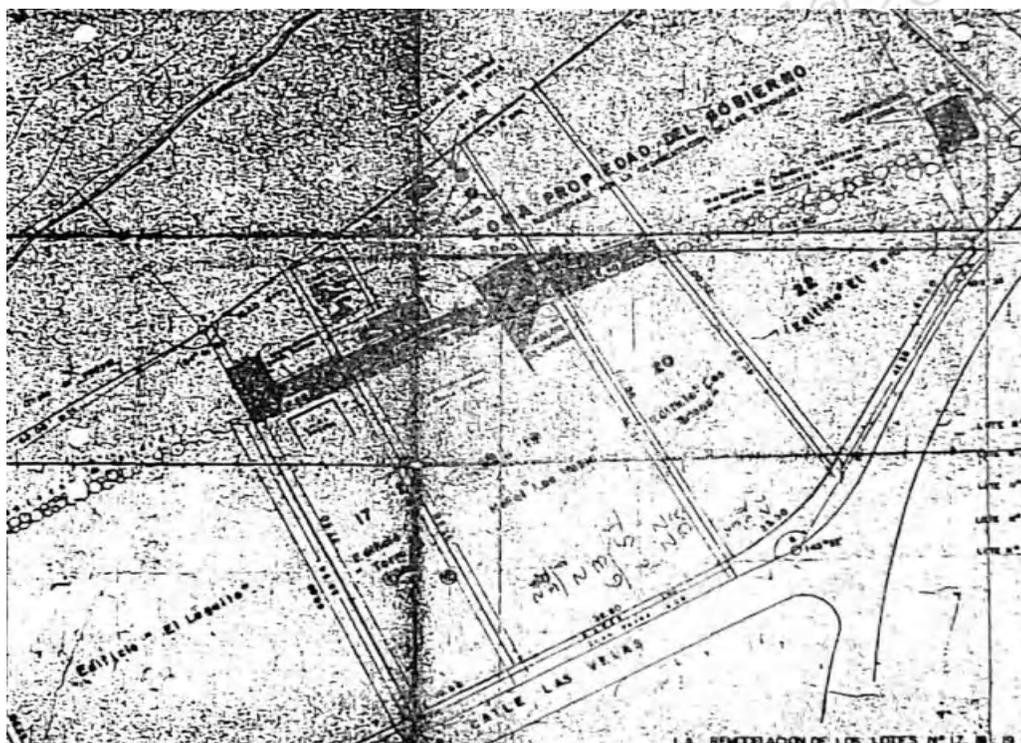
⁷⁶ Folios 1276 a 1289 del cuaderno No. 16 del juzgado de primera instancia.

⁷⁷ Folios 583 a 587 del cuaderno No. 13 del juzgado de primera instancia.

izquierda, entrando u Oriente, con el lote número diez y siete (17) y mide cincuenta [...].

Al respecto, en juicio oral fue escuchado el funcionario del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, Henry Quiroga Vaca⁷⁸, por intermedio del cual la defensa de LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA introdujo el Informe 8002016ER17248 del 13 de octubre de 2016, suscrito también por el experto Jairo Alberto Leal Santos, rendido con ocasión de la consulta elevada por la Fiscal de este caso.

El mencionado testigo refirió que, para dirimir el cuestionario remitido por el ente acusador, en concreto, la ubicación del predio descrito en la escritura pública 3570 del 8 de noviembre de 1999 tuvo que determinar la ubicación geográfica de los lotes 18 y 19 englobados a partir del plano de loteo de la Oficina de Planeación Municipal de la Alcaldía Mayor de Cartagena, realizado en junio de 1981⁷⁹:



⁷⁸ Audio de sesión del juicio oral del 19 de noviembre de 2019.

⁷⁹ Folio 1166 del cuaderno No. 16 del juzgado de primera instancia.

De las escrituras reseñadas y el anterior plano, la Sala aprecia con claridad que el Hotel Las Velas se edificó sobre la conglobación de los lotes 18 y 19 de El Laguito en 1971. Asimismo, que los lotes allí graficados estaban limitados hacia el Mar Caribe por un “malecón de piedra” –como se denomina en el plano- y que, con dirección hacia la zona de playa, superando la mencionada pared de piedras, se identifica una “ZONA PROPIEDAD DEL GOBIERNO - RECUPERADA POR LA CEDIMENTACIÓN (SIC) DE LOS ESPOLONES”, comprendida y demarcada por una tapia de madera que distingue la playa de la zona recuperada.

En las especificaciones contenidas en el plano se precisó que el edificio Las Velas tenía un área aproximada de 2.200,02 m² según la escritura, en tanto que el área cercada y de propiedad del gobierno era de 941,00 m², para un área total de 3.141,02 m², siendo esta la zona íntegra que el hotel tenía cercada para ese momento, en la que había instalado, incluso, una caseta abierta con techo de lona y unos kioskos con techos de palmas en el predio que se había identificado como estatal.

A partir de ello, para la Corte, encuentran respaldo probatorio las explicaciones rendidas por el procesado DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA, en primer lugar, respecto a la existencia de la escollera o enrocado como límite norte desde finales del siglo XX de los lotes ubicados en El Laguito, incluidos los predios conglobados sobre los cuales está ubicado el antiguo Hotel Las Velas, hoy Hotel Dann.

En segundo lugar, que gracias a la construcción de los espolones en la zona surgieron las playas, así como áreas

recuperadas por sedimentación que los hoteles iban ocupando, tal como se destacó sobre el Hotel Las Velas al indicar en el plano que para 1981 había abarcado, además de los aproximadamente 2.200 m² justificados en su título de compraventa, otros 941 m² producto de la sedimentación generada a continuación de la escollera.

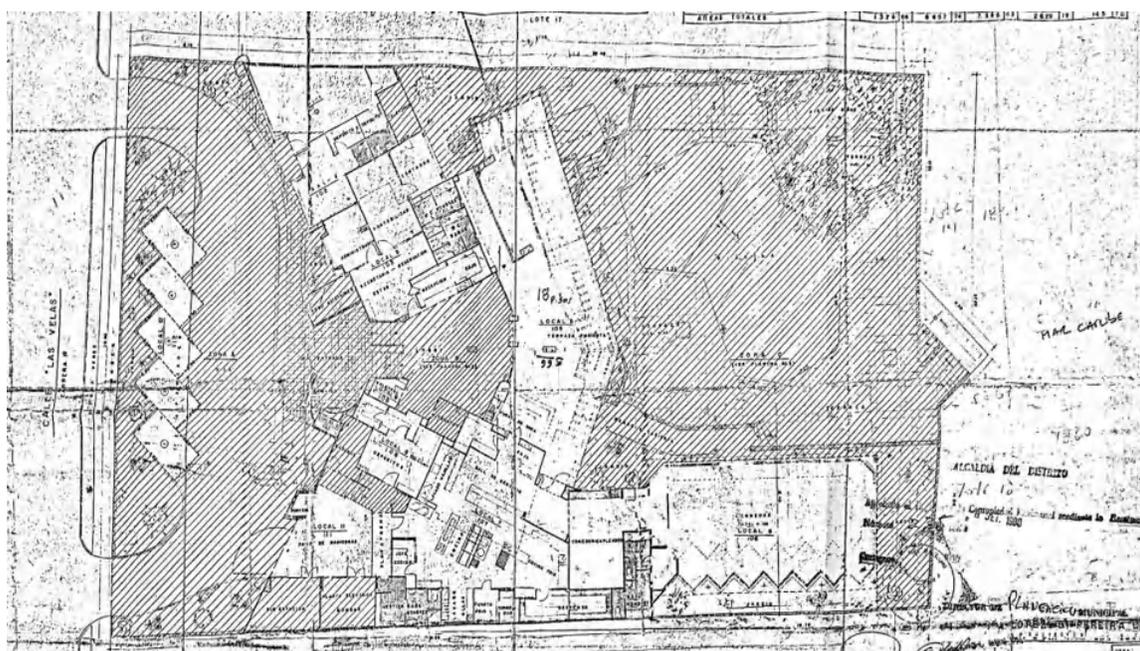
Es más, si se mira con detalle el plano exhibido, respecto de los lotes 18 y 19, en el costado que colinda con el lote 20 se observa que para ese año el hotel en mención ya había construido un “salón de juegos” sobre la línea que representa en el plano el enrocado, al punto que la sobrepasa, de ahí que sea plausible la tesis consistente en que el Hotel Las Velas en algún momento pudo “*correr la cerca*” para acrecentar el terreno originalmente adquirido por compra a la empresa Vam Suramericana en 1971.

A propósito de lo expuesto, es pertinente resaltar de la escritura pública 1065 del 25 de agosto de 1971 citada, que la empresa Promociones Caribe Ltda. contrató con el Banco Central Hipotecario un crédito para terminar la construcción del edificio que sería el Hotel Las Velas.

El 6 de mayo de 1976, mediante declaraciones contenidas en documentos públicos, los ciudadanos Rafael López Uribe y Hernando Ramírez Corchuelo señalaron que por haber intervenido directamente en la construcción les constaba que la empresa levantó un edificio para apartamentos y hotel de 19 plantas, en cuya primera planta encontraron, entre otros,

“terraza piscina, piscina y terraza niños, además de vías, jardines y zona de aparcaderos”⁸⁰.

Por su parte, Henry Quiroga Vaca funcionario del I.G.A.C.⁸¹, al explicar el Informe 8002016ER17248 del 13 de octubre de 2016 adujo que para determinar la localización del polígono Las Velas acudieron, también, al plano urbanístico aprobado por la curaduría de la planta general del primer piso del edificio Las Velas, de la escritura pública 1775 del 30 de diciembre de 1980 sobre constitución de la propiedad horizontal⁸²:



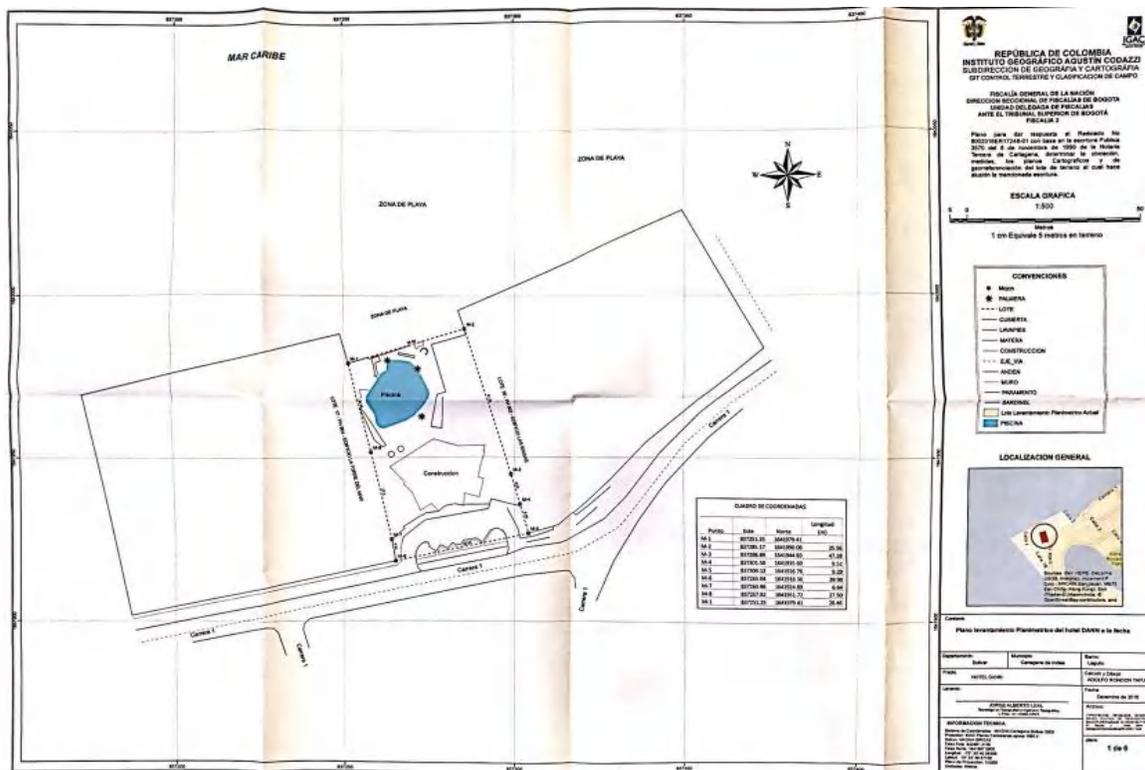
En este plano se aprecia la terraza y piscina principal, así como terraza y piscina para niños y los jardines en el costado del predio –sombreado en el plano- que colinda con el Mar Caribe, como dieron cuenta los ciudadanos Rafael López Uribe y Hernando Ramírez Corchuelo el 6 de mayo de 1976.

⁸⁰ Folios 1292 a 1305 del cuaderno No. 16 del juzgado de primera instancia.

⁸¹ Audio de la sesión de juicio oral del 19 de noviembre de 2019. Minuto: 00:50:08 a 00:53:33

⁸² Folio 1168 del cuaderno No. 16 del juzgado de primera instancia.

Asimismo, el testigo perito explicó que siendo el lote en donde está construido el edificio que se conoció como Hotel Las Velas, hoy Hotel Dann, uno de los linderos del polígono Las Velas según la escritura pública 3570 de 1999, fue necesario hacer un levantamiento del predio del hotel.



Sobre los hallazgos, indicó que ya para cuando realizaron el anterior levantamiento en diciembre de 2016, no existía la línea de enrocado⁸³ que sí se graficó en el plano de loteo aprobado por la Junta de Planeación Municipal de la Alcaldía Mayor de Cartagena en junio de 1981⁸⁴. Planos que confrontados arrojaron la siguiente gráfica:

⁸³ Audio de la sesión de juicio oral del 19 de noviembre de 2019. Minuto: 00:53:48 a 00:54:00

⁸⁴ Folio 1180 del cuaderno No. 16 del juzgado de primera instancia.

Ahora, al analizar el plano adjunto a la escritura pública 3570 de 1999 sobre las dimensiones del polígono Las Velas, los expertos Henry Quiroga Vaca y Jorge Alberto Leal Santos concluyeron en el informe de diciembre de 2016 que no cumplía con las especificaciones técnicas del I.G.A.C., además que:

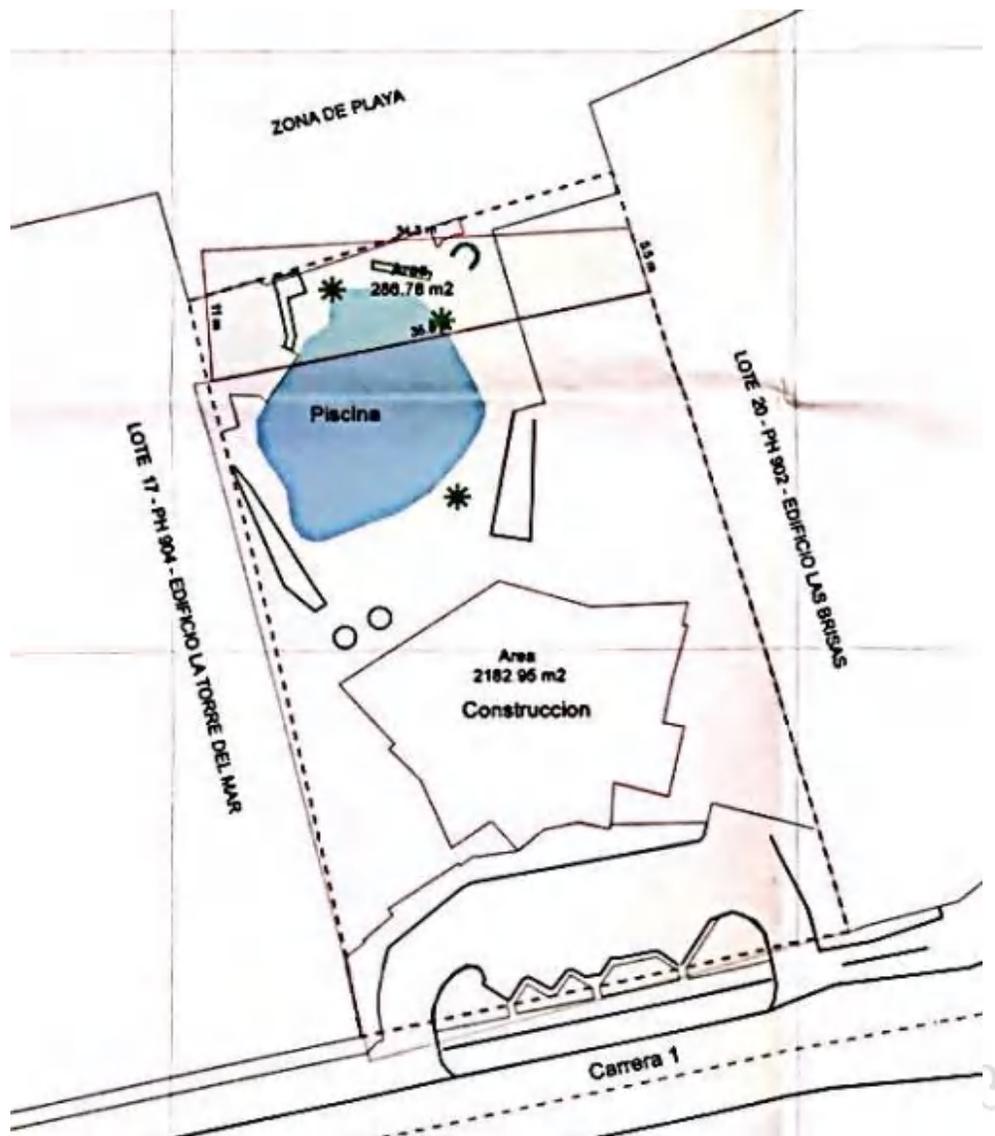
11- El croquis protocolizado presenta cinco cotas señaladas en el dibujo del polígono, de las cuales tres cotas coinciden con lo que reza la Escritura Pública No 3570 y dos presentan una situación tergiversada gráficamente con lo que reza esta misma escritura textualmente 9,40 metros lineales descritos en el dibujo, cuando la Escritura reza 11,00 metros lineales.⁸⁵

Explicaron que a partir de las tres cotas coincidentes localizadas en el lugar y el levantamiento del predio del Hotel Dann procedieron a ubicar el polígono Las Velas, lo que arrojó, de un lado, que este predio tiene una cabida de 286,78 m² y no de 243,75 m², como se declaró en el título.

Al sobreponer los cuatro gráficos, esto es, i) el levantamiento del predio del Hotel Dann para 2016, ii) el levantamiento del polígono Las Velas a partir del lote del hotel y las cotas acertadas de la escritura pública 3570 de 1999 –estos dos, realizados por los funcionarios del I.G.A.C. en el sitio-, con iii) el croquis contenido en esa escritura pública y, iv) el plano del predio descrito en la escritura pública 1775 de 1980 de constitución de propiedad horizontal del Hotel Las Velas, arrojó el plano 4⁸⁶ que será enfatizado en lo que interesa al asunto:

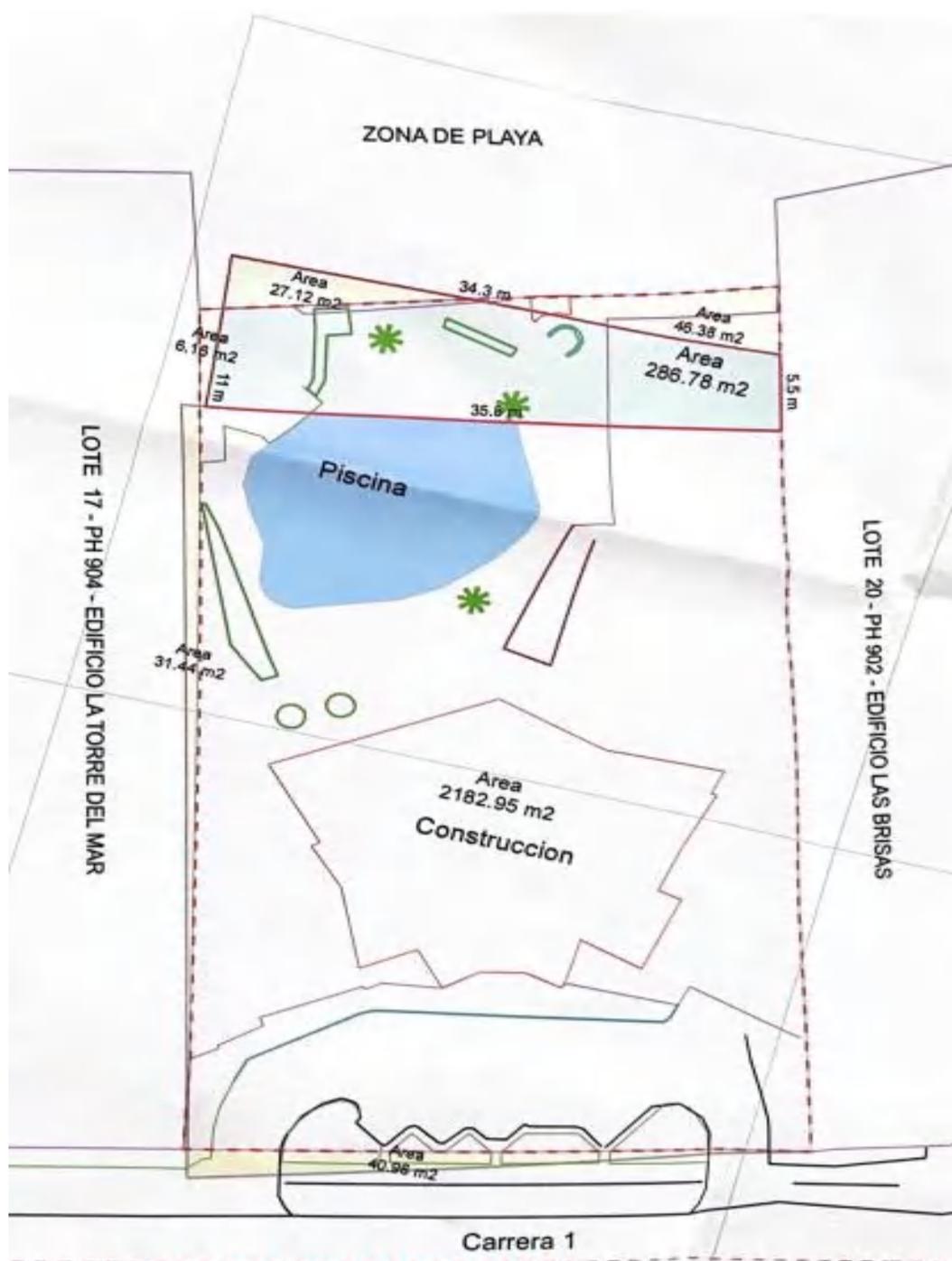
⁸⁵ Reverso del folio 1135 del cuaderno No. 16 del juzgado de primera instancia.

⁸⁶ Folio 1176 del cuaderno No. 16 del juzgado de primera instancia.



Asimismo, el plano 5⁸⁷ en el que además de la representación gráfica de las áreas interceptadas entre las escrituras y el levantamiento del Hotel Dann para diciembre de 2016, se exhiben las dimensiones y medidas del polígono Las Velas, así:

⁸⁷ Folio 1178 del cuaderno No. 16 del juzgado de primera instancia.



Sobre este gráfico aclaró el funcionario del I.G.A.C. Henry Quiroga Vaca que el polígono “tiene 34,30 que viene de este punto a este punto entrando 5,50 contra este Hotel Las Brisas, es muy claro el lindero 5,50 y que a partir del punto con el Hotel Dann se viene en dirección sur que es esta línea que está aquí rojita en 35,80 y posteriormente en 11 metros a buscar el punto de origen. Situación que respecto a lo que hay físicamente, este es el muro, donde es la salida de las personas del hotel hacia la playa, este

punto se ubica, se traza y coge parte del hotel aquí, digamos ya está físicamente materializado y un pedacito que está en sedimento arenoso”⁸⁸.

Precisó que el polígono Las Velas se levantó “*donde pega directamente el cuerpo de agua*” y “*tiene una parte construida dentro del hotel y esta partecita está por fuera del hotel, no está ocupada*”⁸⁹. Al inquirírsele sobre la parte que está por fuera del hotel, aclaró que se trata de “*una zona dura que colinda, se mezcla entre la zona física del hotel y una zona de arena que recorre hacia las aguas del mar*”, mide 27,12 m², un borde que no está cerrado ni sobre él existe construcción alguna, parte que es sedimento arenoso.

Añadió que el inmueble denominado polígono Las Velas sí existe en la base de datos del I.G.A.C. por matrícula inmobiliaria con el número predial, aunque con un área de terreno de 244 m², tal como se registró en el Informe 8002016ER17248 del 13 de octubre de 2016⁹⁰, en el que, además, se relacionó la información arrojada en el Geoportal de esa entidad sobre el predio.

En ese orden de ideas, dista la Sala de las consideraciones expuestas por el Tribunal con respecto a la ubicación del polígono Las Velas, principalmente, porque edificó varias de las premisas de sus conclusiones en supuestos no acreditados en el proceso.

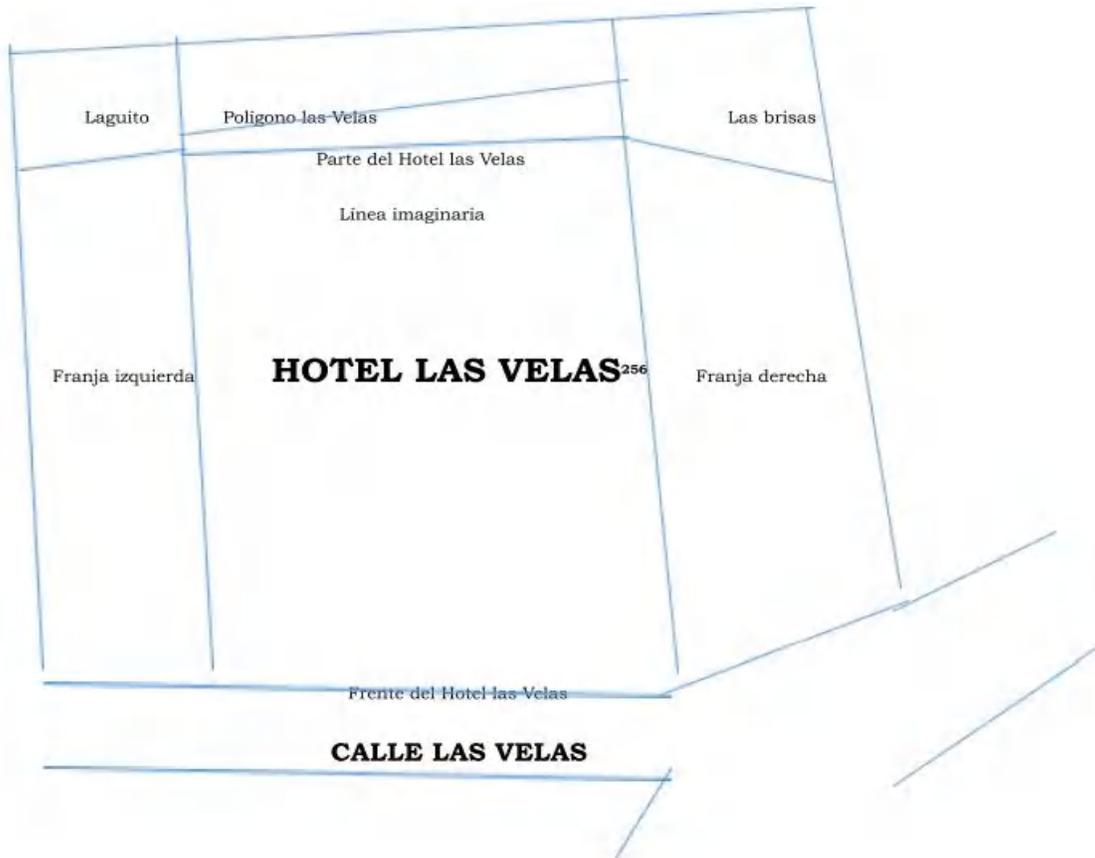
En efecto, el *ad quem* plasmó en la providencia un gráfico, al parecer, con la intención de ilustrar el plano que fue

⁸⁸ Audio de sesión del juicio oral del 19 de noviembre de 2019. Minuto: 01:05:12 a 01:07:25

⁸⁹ Ibidem. Minuto: 01:07:36 a 01:11:47.

⁹⁰ Folios 1131 a 1163 del cuaderno No. 16 del juzgado de primera instancia.

protocolizado junto con la escritura pública 3570 de 1999 y replicado en la escritura de venta 408 de 2009 del polígono Las Velas, el que se observa a continuación:



Precisó el fallador de instancia que la parte denominada como **HOTEL LAS VELAS** “incluye en su área el pedazo que sobra a la superficie del Polígono las Velas, área que la Sala destacó con una línea imaginaria”. Sin embargo, surge evidente que esta ilustración no corresponde al plano que fue protocolizado con la escritura pública No. 3570 de 1999 correspondiente al polígono Las Velas, toda vez que este carecía de coordenadas, especificaciones técnicas, convenciones, unidades de medidas, puntos de apoyo, firma del profesional, precisiones indispensables para que el plano hubiese podido ser considerado como un elemento eficiente para determinar la localización del predio.

Es tal la imprecisión del plano emulado por el Tribunal, que los funcionarios del I.G.A.C. Henry Quiroga Vaca y Jorge Alberto Leal Santos concluyeron en el Informe 8002016ER17248 del 13 de octubre de 2016 que, en realidad, se trataba de un croquis dada la ausencia de las especificaciones técnicas de la entidad según los manuales de procedimiento para efectuar estudios topográficos. Es más, en el estudio del supuesto plano encontraron que algunas cotas presentaban una situación tergiversada gráficamente de los linderos y dimensiones de la escritura pública que pretendía representar.

De ahí que los expertos, en juicio oral como en el contenido del Informe 8002016ER17248 del 13 de octubre de 2016 hayan explicado con suficiencia las labores que desarrollaron para ubicar el polígono, siendo para ello necesario acopiar los planos históricos registrados en la Alcaldía Mayor de Cartagena y realizar un levantamiento topográfico del Hotel Dann a partir de los puntos de apoyo que arrojó la escritura pública 3570 de 1999, para luego contrastar la información en varios planos.

Por consiguiente, es evidente que el gráfico y las acotaciones en él incluidas como *Laguito*, *Polígono las Velas*, *Las brisas*, *Franja Izquierda*, *Parte del Hotel las Velas*, *Línea imaginaria*, *Franja derecha*, entre otras, así como las dimensiones y medidas que se consignaron en el fallo a continuación de la imagen, resultantes de sumar los guarismos señalados, sin claridad alguna, en el plano de la escritura 3570 de 1990 fueron realizadas por el Tribunal sin ningún soporte probatorio.

De hecho, la colegiatura incurrió en un error lógico cuando procuró determinar el área de la figura **HOTEL LAS VELAS**, luego de catalogarla como un polígono irregular, dividió la figura geométrica en dos, de un lado, un rectángulo y, del otro, un triángulo rectángulo -los que obtuvo tras graficar la “línea imaginaria”- y procedió a calcular el área de cada una a partir del Teorema de Pitágoras, para luego sumarlas y concluir que el área del hotel era de 2.410,92 m², no obstante, como ambas figuras geométricas teóricamente suponen la existencia de un ángulo de 90° o recto, vale aclarar, para ser rectangulares, antes de aplicar el Teorema de Pitágoras debió el fallador hallar este ángulo en ambas figuras, labor que no realizó.

Con todo, tras auscultar el caudal probatorio, surge evidente que los cálculos del fallador de instancia para determinar las áreas del Hotel Las Velas y del polígono Las Velas son innecesarios, dado que ya en el proceso está demostrado, a partir del concepto experto de los funcionarios del I.G.A.C que hicieron un levantamiento topográfico en el lugar, que el primero tiene un área 2.182,95 m², en tanto que el segundo, mide 286.78 m².

De otra parte, el *ad quem* destacó que en la escritura pública 3570 de 1999 no se especificó que sobre el polígono en mención estuviese ubicado el Hotel Las Velas ni su piscina, pese a que esta fue construida en 1971, es más, destacó que uno de los linderos del polígono Las Velas es el “*lote donde está construido el Hotel Las Velas*”, con fundamento en lo cual entendió que el polígono colindaba con la piscina, no estando debajo de ella.

Argumento que carece de sustento, si se aprecia que la acotación *“lote donde está construido el Hotel Las Velas”*, claramente refiere a las medidas y dimensiones contenidas en las escrituras públicas 1058 del 6 de abril de 1971 –de venta de los lotes de terreno 18 y 19 de El Laguito-, 1065 del 25 de agosto de 1971 –de construcción del edificio Hotel Las Velas- y 1775 del 30 de septiembre de 1980 -por medio de la cual se protocolizó la propiedad horizontal del entonces Hotel Las Velas, según las cuales, éste lote tenía una cabida de 2.181,79m² y colindaba en la zona norte con la playa o escollera del Mar Caribe.

Cabida que, vale insistir, no corresponde con las medidas de la construcción efectivamente realizada por los entonces propietarios del Hotel Las Velas hoy Hotel Dann pues, aunque en los citados títulos el lote mide 2.181,79 m², físicamente el hotel se extendió otros 286.78 m², como lo acreditaron los funcionarios del I.G.A.C., para un total de construcción aproximado de 2.468,57 m².

Por consiguiente, el fondo del polígono Las Velas colindaba con el extremo norte del lote donde había sido edificado el Hotel Las Velas que no era otro sino la escollera o enrocado que había sido instalado desde finales del siglo XX en la flecha litoral de El Laguito para darle estabilidad, de acuerdo al estudio de los títulos del predio donde actualmente se encuentra el Hotel Dann.

Es más, gracias al levantamiento topográfico realizado por los funcionarios del I.G.A.C. en el Hotel Dann en diciembre de 2016, contrastado con los planos registrados en la Alcaldía Mayor de Cartagena y protocolizados con las escrituras públicas en cita,

es posible apreciar con claridad, de un lado, que la piscina y el salón de eventos – o de juegos, como fue señalado en el plano de loteo aprobado por la Junta de Planeación Municipal de la Alcaldía Mayor de Cartagena en junio de 1981- en efecto, fueron construidos desde 1971, es más, ya en 1976 quienes participaron en la construcción dieron cuenta de su existencia.

Igualmente, la prueba de descargo permite concluir que tanto la piscina como el salón de eventos fue ubicada en 1971 por los propietarios del Hotel Las Velas encima y sobrepasando parte de la línea de enrocado o escollera que se constituía en lindero común de los lotes de El Laguito, por supuesto, del Hotel Las Velas.

En consecuencia, es lógico inferir que aun cuando este límite seguía siendo empleado en la planimetría del distrito de 1981, físicamente había sido movido para ese año, pues no de otra manera se explica que los propietarios del Hotel Las Velas hayan construido la piscina y el salón de eventos sobre el terreno por donde pasaba la escollera. Incluso, recuérdese que el plano traído correspondiente a ese año era meramente de loteo, no topográfico.

Por tanto, es dable deducir que para 1999, más de 10 años después, cuando se declara como bien baldío el polígono Las Velas en escritura pública 3570, no se acudió a la escollera como lindero del polígono, dado que ya no existía donde originalmente se encontraba, prefiriendo acotar que el fondo de este colindaba con el lote donde está construido el Hotel Las Velas para referir el límite que otrora correspondía al enrocado, el cual si se

encuentra señalado como lindero en las escrituras públicas de este hotel.

Ratifica lo señalado que en escritura pública 4154 del 2 de noviembre de 2004⁹¹, mediante la cual Inversar Limitada, representada en ese entonces por Augusto Enrique Afanador Soto, vendió a Promotora Inmobiliaria Dann Medellín ciertos inmuebles que componían el edificio Las Velas se precisó que el edificio fue construido sobre los lotes 18 y 19 de la urbanización El Laguito, englobados en uno solo que colinda por el norte o fondo *“con playa o Escollera del Mar Caribe”*.

Aunado a ello, en sesión de juicio oral del 18 de julio de 2019, Augusto Enrique Afanador Soto relató que para 1983 estuvo a cargo de la administración del apartahotel Las Velas, época en la que éste tenía *“un salón para eventos y reuniones con capacidad para 80 o 100 personas, con su área de baños (...) y la piscina”*⁹² en dirección a la playa. Al inquirírsele sobre si el hotel tenía acceso a la playa, explicó:

Era el único que quedaba directo a la playa. Cuando yo lo recibí, recibí abierto a la playa, no había ninguna pared, únicamente una cerca de madera de ochenta centímetros, un metro máximo de alto contigua a un muro de piedra que es continuación del espolón Iribarren (...) la playa era la línea que daba exactamente contra el ventanal de la sala de conferencias, eso recibí yo, de la carrera 1ª hasta la playa con el límite que era esa cerca en madera pintada en blanco (...) ⁹³

⁹¹ Folios 1334 a 1416 del cuaderno No. 16 del juzgado de primera instancia.

⁹² Audio de la sesión de juicio oral del 18 de julio de 2019. 2ª parte. Minuto: 00:18:30

⁹³ Ibidem. Minuto: 00:19:59 a 00:21:50

Luego, precisó que desde la cerca en madera hacia la playa tenía un restaurante con una carpa de plástico y una parrilla que atendía exclusivamente a los huéspedes del hotel, luego había otra pequeña cerca al final de esas instalaciones. Acotó que este restaurante también era parte del hotel, sin embargo, tras varias correspondencias con la Capitanía de Puerto tuvieron que restituir esa zona⁹⁴. Sobre esto volverá la Sala más adelante.

Con posterioridad, en curso del contrainterrogatorio, aclaró que el muro de piedra tenía 50 o 70 centímetros de ancho y salía del espolón, *“está en piedra coral, o estaba, no sé si por necesidades del servicio, estaba a unos 3 metros, máximo a 3,50 metros de la orilla de la piscina que nosotros entregamos a la hotelera Dann Medellín”*⁹⁵, cuando fue vendida mediante escritura pública 4154 del 2 de noviembre de 2004, citada líneas atrás.

En consecuencia, acompaña esta Sala la postura de la defensa, en punto a la posible reubicación de la escollera por parte de los propietarios del Hotel Las Velas, pues ratifican las últimas pruebas reseñadas que, incluso en el 2004, la piscina y el salón de eventos se encontraban antes del muro de piedra contiguo al cual se había instalado una cerca de madera de color blanco en dirección a la playa, que delimitaba la construcción del hotel de esa zona pública.

Ahora, aunque también afirmó el Tribunal que la identificación de baldíos en la urbanización El Laguito obedeció

⁹⁴ Ibidem. Minuto: 00:22:21 a 00:23:11

⁹⁵ Audio de sesión de juicio oral del 18 de julio de 2019. 3ª parte. Minuto: 00:09:03 a 00:10:44.

a una tesis exculpatoria que surgió en el marco del juicio oral, basta con remitirse a las consideraciones expuestas en acápites precedentes que dan cuenta de cómo existió un sustento histórico para configurar el llamado Programa de Baldíos, adoptado por la Alcaldía Mayor de Cartagena desde 1995 y por el Concejo Distrital quien dispuso su inclusión en el Plan de Ordenamiento Territorial del municipio para rebatir la supuesta improvisación que el fallador de instancia endilgó a la labor realizada por DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA.

Por ello, la aseveración del *ad quem* relativa a que el polígono Las Velas no podía colindar con los polígonos El Laguito y Las Brisas, dado que estos “*no existían para la fecha en que la Junta de Planeación Municipal elaboró los planos de la Urbanización el Laguito*”, parte del errado entendimiento del cuerpo colegiado de las pruebas aportadas al juicio.

Es verdad de Perogrullo que los polígonos El Laguito y Las Brisas no se encuentran en el plano de loteo de la Oficina de Planeación Municipal de la Alcaldía Mayor de Cartagena de la urbanización El Laguito -representado páginas atrás-, dado que éste data de junio de 1981, en tanto que la identificación de los mencionados terrenos como polígonos baldíos vino a realizarse más de diez años después, a partir de 1995, con ocasión del contrato de asesoría y gestión celebrado por DARIO GIOVANNI TORREGROZA con el entonces alcalde distrital Guillermo Paniza Ricardo, para delimitar las acreciones de las propiedades privadas por parte de los dueños de los lotes del terreno consolidado producido por la escollera y los espolones en la flecha litoral.

Por tanto, se insiste, no podía el Tribunal esperar que los polígonos El Laguito y Las Brisas, colindantes con el de Las Velas, estuviesen reflejados bajo esos nombres en el plano de 1981 pues, aunque físicamente ya se encontraban allí en esa época, solo hasta 1999 fueron declarados como tales por la Alcaldía Mayor de Cartagena mediante escrituras públicas, tal como sucedió con el polígono Las Velas, de ahí que se dé cuenta de ellos en la escritura pública 3570 de ese año.

De hecho, si se mira con detenimiento el plano del loteo al que se ha hecho mención, se aprecia sobre los lotes 17, 18, 19 y 20, por donde pasa la escollera, unas áreas más sombreadas que, incluso, trascienden a la zona que en el plano se denomina como de recuperación del gobierno. Por consiguiente, como se ha sostenido, es claro que no solo los propietarios de los lotes 18 y 19, donde fue edificado el Hotel Las Velas acrecentaron el metraje registrado en los títulos de propiedad, también los lotes colindantes.

Otra consideración aducida por el cuerpo colegiado para afirmar que sobre el polígono Las Velas no existe la piscina ni el salón de eventos del entonces Hotel Las Velas, hoy Hotel Dann, consistió en que no fue consignado así en el avalúo comercial realizado por RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO.

Para ello, destacó que el evaluador procesado en este asunto, *“en al menos veintisiete (27) oportunidades”* se refirió al predio como un lote, cuya utilidad estribaba únicamente en prolongar el lote existente de su colindante posterior, es decir, del Hotel Dann, siendo que, según lo declarado por la testigo

Carolina del Carmen Padilla y el Decreto 1420 y la Resolución 762, ambos de 1998, se le imponía relacionar las construcciones existentes, como lo es la piscina.

En primer lugar, surge evidente para la Sala que las consideraciones expuestas por el Tribunal respecto de esta prueba se sustentan en una apreciación eminentemente literal del avalúo realizado por RAFAEL ENRIQUE CEBALLO CALVO el 5 de septiembre de 2008, esto es, porque el perito empleó la palabra “lote”, no obstante, esta expresión está justificada si se aprecia que el objeto del avalúo comercial requerido recaía en el predio identificado como polígono Las Velas, descrito en la escritura pública 3570 de 1999 como lote de terreno.

En segundo lugar, si el lote avaluado solo servía para prolongar el lote del vecino en la colindancia de la parte de atrás, como lo aseveró el procesado en el literal e del avalúo, esto no significa que *“el Predio A no tiene nada construido sobre sí, sino que se halla vacío, sin edificación alguna, esperando prolongar la existencia delo (sic) que se ha denominado Predio B”*, como lo afirmó el fallador.

El sentido razonable de la expresión empleada por el perito evaluador no es otro que la utilidad del polígono Las Velas estribaba en su capacidad de acrecentar el predio del Hotel Las Velas, de manera que este aumentara su cabida inicial anexando el área en metros cuadrados del lote avaluado. No entiende la Sala por qué para el *ad quem* “prolongar” implica adhesiones de edificios o construcciones, siendo que los terrenos se miden en

áreas representadas en metros cuadrados y bajo esa misma medida son adicionados o reducidos.

Ahora, aun cuando es cierto que la testigo Carolina del Carmen Padilla afirmó que la Resolución 620 de 2008 del I.G.A.C. sobre los procedimientos para los avalúos ordenados dentro del marco de la Ley 388 de 1997, en virtud de la cual se exige realizar un reconocimiento en el terreno del bien avaluado y tomar fotos durante la visita de reconocimiento, se advierte con claridad que esta regulación no es aplicable al caso concreto, dado que fue expedida el 23 de septiembre de 2008, es decir, con posterioridad a la fecha en que RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO rindió el avalúo comercial.

Si bien, las mencionadas exigencias también se encuentran previstas en el Decreto 1420 de 1998, regulado en la Resolución 762 del mismo año, contrario a lo estimado por el Tribunal, considera la Sala que estas disposiciones no son aplicables al caso concreto.

En efecto, el Decreto 1420 de 1998 que reglamentó parcialmente el artículo 37 de la Ley 9 de 1989, el artículo 27 del Decreto-ley 2150 de 1995, los artículos 56, 61, 62, 67, 75, 76, 77, 80, 82, 84 y 87 de la Ley 388 de 1997 y, el artículo 11 del Decreto-Ley 151 de 1998, precisó en su artículo primero que las disposiciones allí contenidas se aplicarían para determinar el valor comercial de los bienes inmuebles pero en los casos de enajenación forzosa o voluntaria por obras públicas, procesos de adquisición de inmuebles por expropiación judicial o administrativa, determinación del efecto de la plusvalía, del

monto de la compensación en tratamiento de conservación, pago de la participación en plusvalía por transferencia de una porción del precio objeto de la misma y determinación de la compensación por afectación por obra pública.

En esos casos, el avalúo puede ser realizado por el I.G.A.C., la entidad que haga sus veces, las personas naturales o jurídicas de carácter privado registradas y autorizadas por las lonjas de propiedad raíz del lugar donde se ubiquen los bienes, como lo precisó la testigo.

Comoquiera que el avalúo comercial fue realizado por el procesado CEBALLOS CALVO para la compraventa del polígono Las Velas, celebrada entre la Alcaldesa Mayor de Cartagena, JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ y el representante legal del Hotel Dann, LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, no le era exigible cumplir con los presupuestos que le reprocha el *ad quem*, dado que el negocio no estaba enmarcado en alguno de los procedimientos especiales previstos en el artículo 1º del Decreto 1420 de 1998, desarrollado por el I.G.A.C. en la Resolución 762 del mismo año.

En consecuencia, para la Corte está acreditado que sobre el polígono Las Velas había sido construida parte de la piscina y un salón de reuniones o juegos del entonces Hotel Las Velas desde 1971, es decir, años antes de que fuese declarado como bien baldío mediante escritura pública 3570 de 1999 por la Alcaldía Mayor de Cartagena, y que estas persisten en lo que ahora se conoce como Hotel Dann, pues de ellas dieron cuenta los

funcionarios del I.G.A.C. en el levantamiento topográfico realizado en diciembre de 2016.

Situación que, en últimas, termina siendo reconocida paradójicamente por el Tribunal al señalar que *“la antigua piscina del edificio las Velas, hoy Hotel Dann (...) ya estaba desde el nacimiento de la edificación en los años 70 del Siglo XX”*, con una serie de argumentos que serán abordados en el próximo acápite.

Comprender la ubicación real del polígono Las Velas, así como sus dimensiones y medidas, resulta de particular trascendencia para abordar el siguiente motivo de inconformidad con la sentencia impugnada.

3.2.1.3. El Tribunal concluyó que el polígono Las Velas vendido mediante escritura pública 408 de 2009, suscrita por JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ y LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, surtido el trámite en el que intervinieron los demás procesados, es un bien de uso público, toda vez que corresponde a la misma zona de playa en la que Juan Diego Useche Ortegón tenía su establecimiento de comercio Sunset Beach.

Contra esta consideración, los recurrentes opusieron que el cuerpo colegiado confundió el polígono Las Velas con el área ocupada mediante permiso de uso de playa por quien fue reconocido como víctima en el proceso, pese a que se trata de predios diferentes, aunado a que confirió una desmedida

credibilidad a las declaraciones rendidas por Diana María Ocampo Duque, exjefe de la Oficina Jurídica del Incoder.

Al respecto, anticipa la Sala que coincide con la postura de la defensa, porque aun cuando fueron aportados diversos conceptos rendidos por la Capitanía de Puerto de Cartagena sobre una zona de playa contigua al Hotel Dann, ninguno de ellos fue producto de la auscultación por parte de los funcionarios del lugar donde se encuentra ubicado el polígono Las Velas, al punto que en el plenario ningún elemento de convicción proveniente de la DIMAR afirma que ese lote sea, en efecto, bien de uso público.

En efecto, recuérdese que en sesión de juicio oral del 18 de julio de 2019, Augusto Enrique Afanador Soto, propietario del entonces Hotel Las Velas hasta el 2 de noviembre de 2004 cuando lo vendió a la Promotora Inmobiliaria Dann Medellín, relató que hasta 1993 hizo parte del hotel un restaurante llamado *La mesana*, exclusivo para los huéspedes que se encontraban en la zona de playa, que finalmente tuvo que restituir a la Alcaldía Mayor de Cartagena. Aclaró que le fue ordenada “*la restitución del área hacia la pared*”, siendo su hija quien atendió la diligencia.

Luego de ello, agregó, sostuvo conversaciones con la Capitanía de Puerto para procurar que “*una vez restituido, nosotros como empresa administradora solicitaría en concesión esos metros que habían fijados ellos mismos*”⁹⁶. De esta labor le fue entregado un peritazgo realizado por el Coronel Ernesto

⁹⁶ Audio de sesión de juicio oral del 18 de julio de 2019. 2ª Parte. Minuto: 00:27:00 a 00:27:14.

Carreño donde se le indicó cuáles eran los metros por restituir, mismo que entregó a la Fiscalía.

El 29 de mayo de 1989, el Coronel Ernesto Carreño Castro, perito naval y experto en oceanografía física realizó un informe pericial cuyo objetivo consistió en determinar la jurisdicción de la Dirección General Marítima y Portuaria sobre el terreno donde el Hotel Las Velas tiene construidos unos quioscos para el servicio de los usuarios del hotel⁹⁷. Como antecedentes del informe, entre otros, se precisaron los siguientes:

1. El terreno motivo del presente peritazgo, está localizado en la parte Norte del Hotel las Velas limitando “con playa o escollera del Mar Caribe” como reza la escritura pública No. 5000 de la Notaría Octava de Bogotá del 18 de diciembre de 1970 sobre compra venta de los terrenos donde se levanta actualmente el Edificio las Velas, sector del Laguito, Municipio de Cartagena.
2. La extensión del terreno es de aproximadamente 740 metros cuadrados.
3. Sobre este terreno se han construido unos pequeños quioscos de paja que los usuarios del hotel han venido utilizando por más de 5 años.
4. El Señor Gerente del Hotel “Las Velas”, AUGUSTO AFANADOR SOTO solicitó a la Capitanía de Puerto de Cartagena en Oficio LV-010-89 de Marzo 7/89: “Se determine la jurisdicción de DIMAR sobre el área de terreno en la playa frente al Edificio las Velas, ubicado en el Laguito. Sobre el cual estamos gestionando lo pertinente para que nos sea dado en concesión”.

(...)

Como hechos declarados con ocasión de la inspección, precisó que en la visita encontró diez quioscos pequeños con techo de paja, un quiosco de techo Eternit y lona con piso en baldosín con apariencia de comedor auxiliar. Además aclaró que

⁹⁷ Folios 996 a 1012 del cuaderno No. 14 del juzgado de primera instancia.

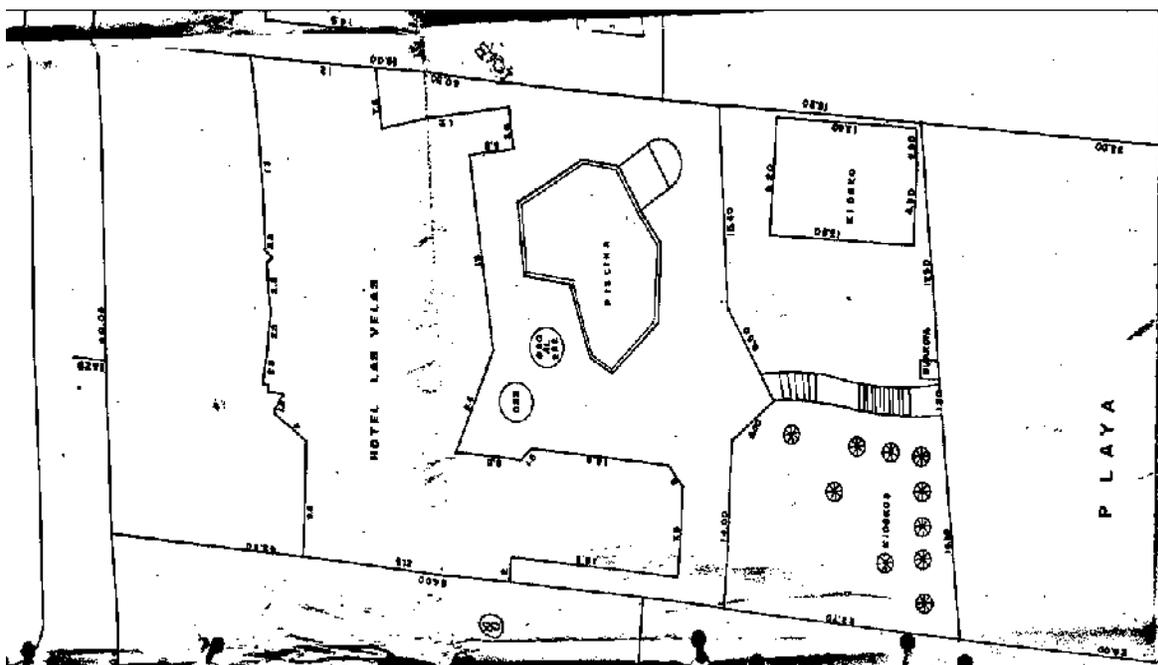
*“el terreno está surcado por una vía peatonal en baldosa. (foto #3) y delimitado en la playa por una cerca de madera y bordillo de piedra con una garita de entrada. (foto#4). **El límite interno del terreno está demarcado por un bordillo de piedra junto a la piscina del hotel.** (foto #3).”*

Añadió que los predios vecinos y aun el Hotel Las Velas instalaron cercas de madera, en algunos casos de cemento, para limitar sus propiedades con la playa, estando el de este último, a 28 y 32 metros sobre la línea de la más alta marea.

Luego de varias consideraciones en punto a la presencia de fenómenos oceanográficos que incidieron en la línea de la más alta marea, concluyó que los enseres descritos en precedencia habían sido instalados en el área de transición de la zona netamente pública de la playa, encerrados por una cerca de madera reforzada en su base con piedra.

Al peritazgo fue anexado el siguiente plano⁹⁸, en el que se aprecia cómo entre el Hotel Las Velas y la playa se había encerrado una zona en la que fueron instalados quioscos de paja y un quiosco de lona, así como un camino que surca el predio, tal como fue descrito por el experto:

⁹⁸ Ibidem. Folio 1013.



Con posterioridad, en Resolución 1712 del 14 de octubre de 1992, la Alcaldía Mayor de Cartagena, en cabeza de Gabriel Antonio García, ordenó al apartahotel Las Velas la restitución de 895,48m² de espacio público que tenían ocupado⁹⁹. Decisión que modificó el entonces alcalde mediante Resolución 2149 del 15 de diciembre de 1992¹⁰⁰ en el sentido que el área por restituir era de 740 m², con ocasión del Informe Pericial del 18 de noviembre de 1983, acogido en los considerandos de la Resolución 802 del 13 de junio de 1991 expedida por la Dirección General Marítima.

Según acta de diligencia de restitución de espacio de uso público del 15 de marzo de 1993¹⁰¹, la Inspección de Policía de la Comuna uno de Bocagrande procedió a la restitución del espacio público ocupado por el Hotel Las Velas S.A. en los 740m², sin oposición alguna de Tatiana M. Afanador Ruíz, quien acudió en representación de este.

⁹⁹ Ibidem. Folios 1017 a 1020.

¹⁰⁰ Ibidem. Folios 1022 y 1023.

¹⁰¹ Ibidem. Folio 1015.

De este informe pericial así como de la restitución que surgió con ocasión de este, es claro para la Sala que la DIMAR en 1989 analizó al área contigua del bordillo de piedra en dirección a la playa -no a la piscina-, para concluir que el Hotel Las Velas, en ese entonces, estaba ocupando 740m² de espacio público.

Es más, en el informe en comento adujo el experto que sobre el terreno restituido el hotel había instalado unos kioscos de paja y una caseta de lona los cuales utilizaba por más de cinco años, acotación que, sin lugar a dudas, encuentra respaldo en el plano de loteo de la Oficina de Planeación Municipal de la Alcaldía Mayor de Cartagena, realizado en junio de 1981, donde también quedaron consignados esos enseres en el costado opuesto del malecón de piedra, es decir, superando el límite norte del predio donde fue construido el Hotel Las Velas, en la zona identificada como de propiedad del gobierno, recuperada por la sedimentación de los espolones.

Asimismo, obra en el plenario que el 30 de marzo de 1993, la administración hotelera Las Velas solicitó al Capitán de Navío Gonzalo Parra Santos permiso provisional para el uso y goce del área de playa que colinda con el frente del lote y edificio del hotel, que acababan de restituir voluntariamente¹⁰². Sobre esta petición, afirmó Augusto Enrique Afanador Soto que jamás recibió respuesta de manera que esa área no le fue concedida en concesión o permiso temporal en el entretanto que conservó la propiedad del apartahotel Las Velas hasta el 2004¹⁰³.

¹⁰² Ibidem. Folio 1025.

¹⁰³ Audio de la sesión de juicio oral del del 18 de julio de 2019. 3ª Parte. Minuto: 00:42:18 a 00:43:30.

A propósito de lo expuesto, vale recordar que en diciembre de 2006 el representante legal del Hotel Dann, LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, sostuvo relaciones comerciales con Juan Carlos Rodríguez, representante del establecimiento comercial Koori, a quien le otorgó autorización para usar el permiso que el hotel tenía en la playa de Bocagrande desde el 28 de diciembre de 2006 al 15 de febrero de 2007, a cambio de una remuneración. Este acuerdo fue cedido el 23 de agosto de 2007 por Juan Carlos Rodríguez a Juan Diego Useche Ortegón a partir del 1º de septiembre siguiente.

Por su parte, en sesión de juicio oral del 12 de diciembre de 2018 el testigo Juan Diego Useche Ortegón explicó sobre la ubicación de su negocio, Sunset Beach, *“usted llega al Hotel Dann, pasa por sus establecimientos, todo lo que es el lobby, ingresa a la piscina y luego cuando usted sale a la playa, se dirige al mar, en esa época se encontraba con el negocio, con el establecimiento de comercio ubicado en la playa del hotel, la playa aledaña al hotel”*¹⁰⁴.

Precisó que era el gerente del Hotel Dann, quien firmaba los documentos que requerían las diferentes autoridades para que Sunset Beach pudiera funcionar, en tanto que él se encargaba de llevarlas a la Secretaría del Interior del distrito, la Capitanía de Puerto de Cartagena y Cámara y Comercio, en nombre de LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA.

Atinente a estas labores, obra en el proceso el oficio No. 15200704132 MD-DIMAR-CP05-Litorales-511 del 20 de

¹⁰⁴ Audio de la sesión de juicio oral del 12 de diciembre de 2018. Minuto: 00:37:07 a 00:38:25

diciembre de 2007¹⁰⁵, suscrito por el entonces Capitán de Fragata Víctor Daniel Hurtado Irurita, dirigido al gerente del Hotel Dann bajo el asunto “Evento Sunset Beach Cartagena”, por medio del cual otorga concepto favorable para utilizar el área de playa e instalar el mobiliario de playa por un término de seis meses, de acuerdo a un plano georeferenciado anexo -no incorporado al proceso- en un área autorizada de 750m². Los elementos, aclaró, debían instalarse en la zona de concesión, esto es, a una distancia de 50 metros contados a partir de la línea de costa.

Según Juan Diego Useche Ortegón a finales de 2007 fueron concedidos seis permisos temporales por cuatro o tres meses, a veces de un mes, de acuerdo con el alcalde de turno. No obstante, ya en septiembre u octubre de 2008, la gerencia del Hotel Dann le informó que debía desalojar la zona dado que la habían adquirido. Motivo por el cual decidió tramitar en nombre propio los permisos temporales para el funcionamiento del establecimiento Sunset Beach, logrando permanecer en el área hasta el 2014.

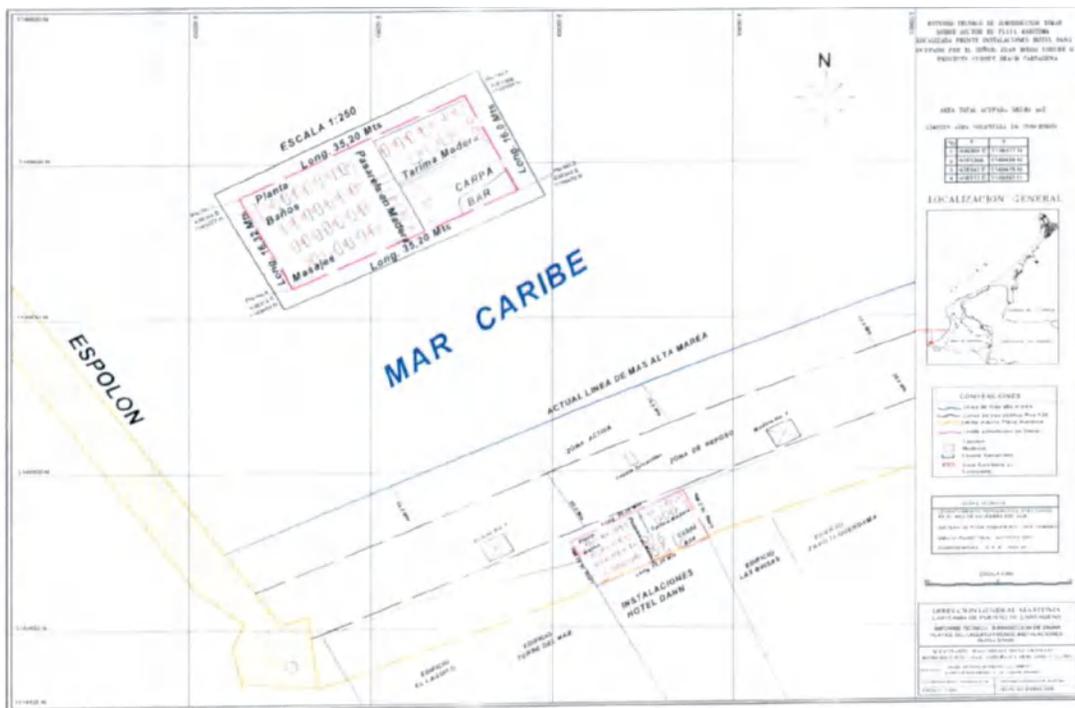
El 22 de diciembre de 2008, los peritos Jaime Arturo Barbosa y Carlos J. Gutiérrez Castro de la DIMAR realizaron un informe de jurisdicción para la Capitanía de Puerto de Cartagena, encaminado a verificar el estado actual del sector de playa marítima localizada frente a las instalaciones del Hotel Dann¹⁰⁶.

En punto a la localización general, señalaron que el área de estudio se encontraba en el barrio Bocagrande, sector Holiwood (sic), frente a las instalaciones del Hotel Dann Cartagena, avenida

¹⁰⁵ Folios 1029 y 1030 del cuaderno No. 15 del juzgado de primera instancia.

¹⁰⁶ Folios 1686 a 1695 del cuaderno no. 18 del juzgado de primera instancia.

Almirante Brion de por medio y en dirección al Mar Caribe hasta encontrar la línea costa u orilla. El área total de playa marítima que venía siendo ocupada era de 583,64m², de acuerdo con el concepto técnico No. 152000204866 MD-DIMAR-CP05-LITORALES-511 del 22 de octubre de 2008.



Tras realizar el levantamiento topográfico del área ubicada frente a las instalaciones del Hotel Dann, como se observa en el plano precedente, los expertos concluyeron que corresponde a playa marítima, bien de uso público, por presentar acumulación de material arenoso no consolidado, entre otras características, estando ocupada por un mobiliario de playa como plataformas o decks de madera, carpas y camillas para masajes, cabinas ecológicas y canecas para recolección de residuos sólidos.

En sesiones de juicio oral del 25 de septiembre de 2019, el oficial retirado de la Armada Nacional y oceanógrafo físico, Jaime Arturo Barbosa Sánchez explicó que el peritazgo fue realizado en

atención a que Juan Diego Useche Ortegón pretendía iniciar el trámite de concesión del terreno¹⁰⁷.

Sobre la identificación del terreno donde se practicó la inspección, acotó que acudieron a cuatro puntos, de los cuales 1 y 2 correspondían al frente de la línea de costa, playa marítima, zona activa y zona de reposo, puntos 3 y 4 instalaciones del Hotel Dann, puntos 2 y 3 playa marítima al frente del edificio Las Brisas, puntos 1 y 4 playa marítima frente al edificio Torre del Mar. Con respecto a los antecedentes del predio, aclaró que tuvieron en cuenta que ya la DIMAR había concedido dos permisos de operación en un área de 750m².

Con ocasión del contrainterrogatorio de la defensa, el testigo afirmó que el límite de su jurisdicción *“coincidía con el muro del Hotel Dann, el muro exterior que da al mar, donde comienza el Hotel Dann no coje el Hotel Dann, sino es la playa en ese punto, hay un cambio de suelo que ya es material consolidado, pero el terreno está todo dentro de esa área”*¹⁰⁸.

Asimismo, fue escuchado el especialista en las ciencias del mar e hidrografía Carlos Gutiérrez Castro, quien tras reconocer el informe pericial realizado el 22 de diciembre de 2008, precisó en contrainterrogatorio que en el anterior plano obra una subdivisión, una paredilla que estaba en campo y delimitaba la playa. Igualmente, que no tenían acceso de la paredilla hacia tierra, *“el requerimiento de capitania era muy puntual, determinar lo que estaba ocupando el señor Useche y qué inmobiliario tenía,*

¹⁰⁷ Audio de la sesión de juicio oral del 25 de septiembre de 2019. Minuto: 00:23:45

¹⁰⁸ Ibidem. Minuto: 01:33:51

*eso era lo que íbamos a ver, eso era de la paredilla hacia la playa*¹⁰⁹, es decir, no de la paredilla hacia el hotel.

Ahora, como el objeto concreto del presente proceso penal no estriba en precisar la competencia de la DIMAR para delimitar las playas del país ni dirimir las discusiones que existan entre esta y el Alcaldía Mayor de Cartagena sobre el Programa de Baldíos, en lo que interesa para el asunto se aprecia que el oficial retirado de la Armada Nacional y jefe de litorales de la Capitanía de Puerto de Cartagena, Erick Bermy Guayana Labrador relató que en 2009, Juan Diego Useche Ortegón presentó al Capitán de Puerto una escritura pública en la que se vendía un área de 243m² que ellos tenían identificado como bien de uso público, playa, al frente de las instalaciones del hotel.

No recordó que le hubieran puesto de presente plano alguno en compañía de la mencionada escritura. Al inquirírsele si el polígono Las Velas era el mismo que ocupaba Juan Diego Useche Ortegón contestó *“hasta donde recuerdo, sí”*¹¹⁰, dado que se había otorgado sobre el mismo permiso de playa en su favor.

Del mismo modo, el oficial de la Armada Nacional en retiro y antiguo Capitán de Puerto de Cartagena, Víctor Daniel Hurtado Irurita¹¹¹ señaló:

Hay un polígono donde funcionaba Sunset Beach que es el mismo al que hacía referencia el concepto favorable que leí, pero no le puedo decir si es el mismo polígono Las Velas, porque Las Velas puede tener muchos polígonos, puede haber uno al lado

¹⁰⁹ Ibidem. Minuto: 02:26:07 a 02:27:10

¹¹⁰ Audio de la sesión de juicio oral del 17 de julio de 2019. 1ª parte. Minuto: 01:35:40

¹¹¹ Audio de la sesión de juicio oral del 19 de julio de 2019. 1ª parte. Minuto: 02:08:00

de la piscina, otro al costado del comedor. (...) Pienso que estoy aquí por el polígono donde funcionaba Sunset Beach.

Al preguntarle si revisó que Sunset Beach estuviese ubicado en el polígono Las Velas incluido en el Programa de Baldíos, dijo no recordar haber hecho esa verificación personalmente.

En ese orden de ideas, de la prueba reseñada, advierte esta Colegiatura, en primer lugar, que los funcionarios de la Capitanía de Puerto escuchados en juicio no realizaron labor alguna en el polígono Las Velas declarado bien baldío mediante escritura pública 3570 de 1999, cuya ubicación, como fue explicado en el acápite precedente se encuentra bajo la piscina y el salón de eventos en el área antecedente al muro, esto es, dentro del Hotel Dann.

Por el contrario, fueron contestes en señalar que visitaron el área de playa subsiguiente a las instalaciones del hotel, en donde Juan Diego Useche Ortegón tenía su establecimiento de comercio Sunset Beach. Área que corresponde desde años atrás a la misma zona que fue restituida en 1993 por Augusto Enrique Afanador Soto en favor de la Alcaldía Mayor de Cartagena por ser espacio público, zona de playa equivalente a 740m² sobre la cual este solicitó permiso de uso, concedido en 2007 a LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDO como representante legal del Hotel Dann quien, a su vez, lo dio en arriendo al comercio Koori y luego a Sunset Beach.

De manera que, en lo que concierne a las pruebas allegadas sobre los conceptos y testimonios de los expertos de Capitanía de Puerto de Cartagena, ninguna afirma, más allá de toda duda, que

el polígono Las Velas, vendido mediante escritura pública 408 de 2009 es playa.

De otra parte, aunque no desconoce esta Corte que también fue escuchada en juicio la abogada Diana María Ocampo Duque, exjefe de la oficina jurídica del Incoder de 2008 a 2009, surge evidente que el Tribunal sobreestimó los alcances del testimonio, al punto de tergiversar las demás pruebas obrantes en el proceso sobre la real ubicación del polígono Las Velas para dar respaldo a las declaraciones de la deponente.

En sesión de juicio oral del 12 de septiembre de 2018, Diana María Ocampo Duque¹¹² narró que en desempeño de su cargo recibió un derecho de petición elevado por Juan Diego Useche Ortegón, específicamente, atinente a la venta de unos terrenos a particulares en Cartagena. Tras explicar profusamente varias definiciones jurídicas como bienes de uso público, bienes baldíos, playas e implicaciones de la Ley Tocaima, en lo que interesa al presente trámite, afirmó que el polígono Las Velas está dentro de la playa, de manera que el distrito excedió sus facultades al declararlo bien baldío mediante escritura pública, como lo hizo saber al consultante en respuesta del 17 de septiembre de 2009¹¹³.

Explicó que rindió su concepto con fundamento en la consulta que realizó en 2009 de Google Earth en el que pudo apreciar fotografías aéreas hacia el pasado para advertir que en ese lugar existían enseres de playa y, por ello, se entendía que

¹¹² Audio de la sesión de juicio oral del 12 de septiembre de 2018. 1ª parte. Minuto: 00:27:49 a 01:58:51.

¹¹³ Folio 692 del cuaderno No. 13 del juzgado de primera instancia.

había sido dado en concesión. Por lo que le resultó inexplicable que siendo clara la destinación del terreno, de un momento a otro se declarara como baldío adjudicable por el distrito.

En desarrollo del conainterrogatorio, indicó que en ningún momento visitó el polígono en comento, tampoco consultó a la DIMAR en punto a si se trataba de una playa, no revisó el Plan de Ordenamiento Territorial del distrito de Cartagena en cuanto al uso del suelo ni realizó medición topográfica del lugar, de manera que su respuesta al peticionario estuvo sustentada, únicamente, en la consulta del sensor remoto Google Earth, en el Geoportal del I.G.A.C., de la escritura pública 3570 de 1999, en especial del plano anexo, y del contenido del Acuerdo 030 de 2006, estos últimos, aportados por Juan Diego Useche Ortegón.

A propósito de lo expuesto, aunque no se desconoce la utilidad que los sistemas de información geográfica como Google Earth y, en general, la aplicación de las nuevas tecnologías pueden brindar a las autoridades administrativas y judiciales, para dirimir los asuntos puestos bajo su consideración, al igual que cualquier otro elemento de convicción, los hallazgos allí encontrados por los interesados y que pretendan hacer valer en el juicio como prueba deben ser sometidos a la publicidad, confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento como se dispone en los artículos 15 y siguientes del C.P.P.

Presupuestos que no fueron cumplidos respecto de las imágenes que dijo la testigo obtuvo tras consultar Google Earth y el Geovisor del I.G.A.C., toda vez que los supuestos resultados no fueron descubiertos ni solicitados como pruebas por el ente

acusador, de manera que no se propició el conocimiento de las partes ni del juez. De hecho, solo se supo de su existencia en curso de la declaración rendida por Diana María Ocampo Duque, pues ni siquiera en el concepto suscrito por la testigo bajo el radicado 20093157916 el 17 de septiembre de 2009¹¹⁴ se hizo mención de la búsqueda o de los hallazgos.

En consecuencia, no sólo se desconocen las supuestas imágenes que dijo la testigo le arrojó el sistema de información satelital, también de esa labor surge la duda de cuáles fueron los puntos geográficos que introdujo en la aplicación para localizar el polígono Las Velas, pues si el criterio de búsqueda partió de los datos suministrados por el plano que acompañaba la escritura pública 3570 de 1999 -único documento con el que contaba- vale recordar que los peritos del I.G.A.C. Jorge Alberto Leal Santos y Henry Quiroga Vaca, concluyeron que este apenas consistía en un croquis, carente de la información suficiente para establecer la ubicación del citado predio.

Ante esos cuestionamientos que acompañan la declaración de la abogada Diana María Ocampo Duque, bastaba para el Tribunal auscultar el contenido del Informe 8002016ER17248 del 13 de octubre de 2016 de los peritos del I.G.A.C. no solo para establecer la real ubicación del polígono Las Velas, soportado en los estudios históricos de planimetría y del levantamiento topográfico del predio donde se encuentra el Hotel Dann, asimismo para tener por descartada la credibilidad de las conclusiones a las que arribó la testigo mencionada.

¹¹⁴ Ibidem. Folios 692 a 696.

De hecho, causa extrañeza para la Sala que el *ad quem* haya realizado ingentes esfuerzos argumentativos para dotar de solidez el criterio de la testigo, al punto de modular los hallazgos de los expertos del I.G.A.C. y de las demás pruebas, en especial, el contenido de las escrituras públicas y otros documentos históricos referidos al Hotel Las Velas, para exponer una hipótesis que solo encuentra sustento en la inventiva de la segunda instancia.

En efecto, para armonizar la manifiesta contradicción del concepto rendido por la exjefe de la oficina jurídica del Incoder con los resultados de las pesquisas realizadas por los funcionarios del I.G.A.C., el cuerpo colegiado terminó concluyendo que para el 2009, cuando aquella contestó la petición de Juan Diego Useche Ortegón, “*no estaba la piscina del establecimiento*”. Ésta, a juicio del Tribunal, fue ampliada después de ese año para que fuera encontrada en el 2016 por Henry Quiroga Vaca y Jorge Alberto Leal Santos, funcionarios del I.G.A.C.

Tesis que, por supuesto, no encuentra respaldo en las pruebas aportadas al juicio. Si en gracia a discusión se admitiese que la piscina fue ampliada después del 2009 para ocupar el área de playa colindante con el Hotel Dann, tal afirmación iría en contra del hecho demostrado en el proceso, cual es, que Juan Diego Useche Ortegón permaneció en la zona de playa contigua al hotel por permiso temporal de ocupación hasta el 2014 cuando fue definitivamente desalojado.

De ahí que, si la supuesta obra hubiese tenido lugar entre el 2009 y 2014, habría sido este testigo, reconocido como víctima, quien habría dado cuenta del mismo. Es más, de haber existido la ampliación de la piscina con posterioridad al 2014 y antes de diciembre de 2016 -cuando arribaron los peritos del I.G.A.C. al Hotel Dann para realizar el levantamiento topográfico- es claro que tratándose de una construcción civil deben existir documentos tales como contratos de obra, estudios de suelo, licencia de construcción y demás permisos emitidos por las autoridades respectivas que demostraran su existencia, y estos no fueron allegados al proceso.

De otra parte, el *ad quem* estimó que el polígono Las Velas se ubicaba sobre una zona de playa con ocasión de la misiva enviada el 16 de diciembre de 2008 por Roberto Useche, Secretario de Hacienda distrital, a Marina Mendoza, Secretaria del Interior¹¹⁵, así como de la solicitud presentada por LUÍS ÉDGAR RESTREPO PINEDA el 19 de enero de 2009 a VIVIAN ELJAIEK JUAN¹¹⁶, dado que en ambas se daba a entender que sobre el predio en mención se había otorgado permiso de ocupación y estaba siendo ocupado por un tercero, pese a la compra realizada por el Hotel Dann Cartagena.

Si bien, no desconoce la Sala que el contenido de los citados documentos respaldaría la tesis de la Fiscalía, lo cierto es que está demostrado con suficiencia que el polígono Las Velas no se encuentra ubicado en el área de playa ocupada por el establecimiento Sunset Beach, información que era conocida por quienes suscribieron las peticiones.

¹¹⁵ *Ibidem*. Folio 633

¹¹⁶ Folio 1184 del cuaderno No. 16 del juzgado de primera instancia.

Por consiguiente, como uno y otro legajo expresan una finalidad común, cual es, procurar el desalojo de Juan Diego Useche Ortegón de la zona aledaña al Hotel Dann, las pruebas allegadas al juicio exponen otra hipótesis por la cual los implicados pudieron obrar en ese sentido.

En sesión de juicio oral del 22 de noviembre de 2019, Piedad Canchano Polo, como asesora contractual del hotel, relató que entre la gerencia del Hotel Dann y Sunset Beach se presentaron inconvenientes por el trato que éste dispensaba a los huéspedes que no hacían uso de los servicios del comercio, quejas por el ruido y el expendio de sustancias estupefacientes, situaciones que se agravaron en el 2008 cuando arribaron varios ciudadanos de un crucero y dejando sus pertenencias en el establecimiento, fueron víctimas de clonación de tarjetas, siendo este el motivo principal por el cual el hotel resolvió no suscribir más convenios con los propietarios de Sunset Beach.

A raíz de esto, agregó la testigo, Juan Diego Useche Ortegón les hacía saber que tenía una buena relación de amistad con el capitán de puerto Víctor Hurtado Irurita¹¹⁷, al punto de haberse sentido amedrentada por estos ciudadanos.

Por su parte, Juan Diego Useche Ortegón relató que al culminar la relación comercial con el hotel, entre septiembre y octubre de 2008, la abogada del Hotel Dann, Piedad Canchano Polo le exigió abandonar el terreno aduciendo que era propiedad del hotel y que tanto él como el capitán se exponían a una investigación penal y disciplinaria. Luego de lo cual recibió

¹¹⁷Audio de la sesión de juicio oral del 22 de noviembre de 2019. Minuto: 00:33:34 a 00:44:00.

diversas visitas de autoridades distritales encaminadas a verificar el área donde se encontraba y a pedir su restitución¹¹⁸.

En ese orden, para la Corte es plausible que LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, con cierta connivencia de las autoridades distritales, se haya valido de la negociación realizada sobre el polígono Las Velas para hacer creer a Juan Diego Useche Ortegón que había adquirido el área de playa aledaña que ocupaba con su establecimiento Sunset Beach, como única alternativa viable para culminar en definitiva los tratos comerciales que sostenían a causa de las desavenencias presentadas y lograr el desalojo definitivo de su inconveniente vecino.

Con independencia del reproche que este proceder pueda merecer, lo que interesa para el asunto concreto es que la existencia de esta alternativa para la comprensión de los citados legajos, mengua el poder suasorio conferido por el Tribunal para validar la teoría de cargo, quedando por ello sin fundamento ninguno los argumentos aducidos por el Juez colegiado para respaldar la pretensión condenatoria.

De lo expuesto, conviene recordar que según el artículo 63 de la Constitución Política los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables, en tanto que el artículo 1519 del Código Civil precisa que es objeto ilícito contractual todo lo que contraviene el derecho público de la Nación.

¹¹⁸ Audio de la sesión de juicio oral del 12 de diciembre de 2018. Minuto: 02:54:49 a 02:55:47.

En ese sentido, cuando se dispone la enajenación de un bien de uso público, se desconocería un requisito necesario para obligarse, cual es, que el acto o declaración de voluntad entre las partes recaiga sobre un objeto lícito, en virtud del artículo 1502 del Código Civil.

En el caso concreto, comoquiera que no se demostró que el polígono Las Velas corresponda a una zona de playa, bien de uso público, la venta del citado predio mediante escritura pública 408 de 2009, suscrita por JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ, en su condición de exalcaldesa de Cartagena y LUÍS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, como representante legal del Hotel Dann no versó sobre un objeto ilícito.

En su lugar, se acreditó que el denominado polígono Las Velas es un área de terreno no reconocida en los títulos de propiedad del Hotel Dann, sobre la cual se encuentra construida parte de la piscina y del salón de eventos del hotel desde 1971. Área sobre la cual el distrito de Cartagena, por las disposiciones del P.O.T. dispensó el tratamiento de bien baldío urbano, cuya venta estuvo regida por el Acuerdo 030 de 2006.

Es por ello que las supuestas irregularidades que el ente acusador expuso sobre el avalúo del predio, la ilegalidad del precio y la modalidad de venta encuentran respuesta en la aplicación que el distrito de Cartagena dio al citado Acuerdo.

Contrario a lo afirmado por la Fiscalía, para la enajenación del polígono Las Velas como bien baldío adscrito al Programa de Baldíos del distrito, en virtud del parágrafo 3° del artículo 5° del

Acuerdo 030 de 2006, se permitió la venta directa por estar acreditado que este venía siendo ocupado por el Hotel Las Velas, hoy Hotel Dann desde 1971, de manera que se cumplía el presupuesto de la citada disposición relativa a que ese beneficio sería conferido a quienes demostraran la tenencia por más de cinco años.

Asimismo, según el artículo 7° del Acuerdo 030 de 2006, el avalúo base para la cuantía de la venta “*será el catastral que los mismos tengan al momento de iniciarse la negociación*”, en tanto que la disposición final sería el valor comercial de zonas o sectores homogéneos, según la clasificación de zonas homogéneas de la autoridad catastral o por los avalúos comerciales practicados por el I.G.A.C. o peritos evaluadores miembros de la Lonja de propiedad Raíz.

Al respecto, obra en el plenario que para el 23 de septiembre de 2004 el valor catastral del mencionado lote correspondía a \$174.915.000¹¹⁹ por estar ubicado en la zona homogénea No. 1 del distrito de Cartagena, por ende, este valor según el Acuerdo constituía el avalúo base para la venta. En tanto que el avalúo comercial, final, realizado por RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO fue por \$207.187.500, es decir, superando el valor inicial en un 18,45%.

En lo que atañe a la supuesta ilegalidad del precio porque, a juicio de la Fiscalía, este fue castigado injustificadamente en un 75%, obedece a una inadecuada lectura del avalúo realizado por RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO.

¹¹⁹ Folios 1866 a 1868 del cuaderno No. 19 del juzgado de primera instancia.

En efecto, el procesado aseveró que si bien el metro cuadrado de los lotes cercanos al avaluado, en virtud de los propósitos y beneficios urbanísticos que presentaban estaban estimados en \$3.000.000, este valor no sería aplicable al polígono Las Velas, toda vez que carecía de independencia a causa de las limitaciones de sus linderos, la incapacidad de convertirse un lote urbanizable, su limitación productiva y de competencia en el mercado, pues sólo serviría para prolongar el lote existente de su vecino en colindancia de la parte de atrás.

Analizadas estas consideraciones y habiendo sido establecido que el polígono en comento corresponde a un área que ya venía siendo ocupada por el Hotel Dann desde hacía más de 20 años, en donde yacen parte de la piscina y del salón de eventos de este, cobran relevancia las conclusiones del procesado, en atención a que su particular ubicación, en efecto, solo podría beneficiar a su vecino en colindancia de la parte de atrás al permitirle legalizar la cabida efectivamente ocupada por la construcción, para acrecentar el terreno considerado como urbanizable sobre el cual funciona el hotel como tal.

Es por ello, entonces, que resulta una inadecuada inferencia lógica establecer el valor del metro cuadrado del polígono Las Velas a partir de la estimación de los demás inmuebles urbanizables del sector, pues existían demarcadas diferencias que lo impedían. Con todo, tal como lo destacaron los defensores y se aprecia en el plenario, ningún otro avalúo sobre el polígono fue aportado por el acusador para desacreditar el realizado por el procesado que, en últimas, fue superior al avalúo catastral del lote en cuestión.

De otra parte, aunque el ente acusador cuestionó que RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO contara con la calidad exigida por la norma para rendir el avalúo del polígono Las Velas, pretermitió con ello que este, según documento del 5 de septiembre de 2008 fue realizado por el citado procesado, pero también avalado por los ingenieros Luz María Rincón y Otto Sierra, miembros de Corpolonjas de Colombia, este último con facultades para avalar, respaldar y firmar avalúos comerciales a nivel nacional¹²⁰. Es más, destacando esta situación es que LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA lo allegó a la secretaría de hacienda distrital el 8 de septiembre siguiente¹²¹.

Por tanto, no habiéndose demostrado la materialidad del delito ni la responsabilidad de los procesados en este, la Corte revocará la sentencia impugnada, para confirmar, en su lugar, la absolución proferida por la primera instancia en favor de JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ y VIVIAN ELJAIK JUAN por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

3.3. Sobre el delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

Este tipo penal se encuentra previsto en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, así:

« El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el

¹²⁰ Ibidem. Folio 669 y Folio 2313 del cuaderno No. 21 del juzgado de primera instancia.

¹²¹ Ibidem. Folio 667.

equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado».

De la descripción típica de la conducta punible en cuestión se extrae que se trata de un delito clasificado por la doctrina como de sujeto activo calificado, dado que sólo puede ser cometido por un servidor público. En este debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia, jurídica o material de bienes públicos o privados, por razón o con ocasión de las funciones que desempeña, de manera que en desarrollo de esos deberes funcionales lleve a cabo el acto de apoderamiento en provecho suyo o de un tercero, a causa del cual deviene el correlativo detrimento injustificado del patrimonio estatal.

Como su consumación se verifica cuando se concreta la apropiación, es decir, cuando opera efectivamente la transferencia de los bienes del Estado en favor de quien se apodera de ellos, ha sido considerado como un delito de resultado¹²².

¹²² CSJ SP, 25 ene 2017. rad. 43044, CSJ AP, 21 feb. 2018, rad. 52124 y CSJ AP, 4 abr. 2018, rad. 52423.

Con respecto a la definición de los bienes del Estado, como objeto material de contenido normativo del tipo penal, el artículo 674 del Código Civil dispone que son bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República. Distingue los bienes de uso público de los fiscales, bajo el entendido que los primeros pertenecen a todos los habitantes del territorio, como las calles, plazas, puentes y caminos, en tanto que los segundos, son aquellos que pertenecen a una persona jurídica de derecho público y generalmente son empleados para el cumplimiento de las funciones públicas.

Son bienes de la Unión, también, los baldíos entendidos como *“todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales carecen de otro dueño”*, según el artículo 675 del mismo cuerpo normativo.

Con el fin de proteger y asegurar el destino de los bienes de uso público, el artículo 63 de la Constitución Política precisa que estos bienes son inalienables, es decir que se encuentran fuera del comercio y por ello no pueden ser vendidos, donados, permutados o, en general, ser objeto de esta clase de negocios jurídicos. Son inembargables, toda vez que sobre ellos no deben recaer medidas cautelares e imprescriptibles, dado que no son susceptibles de ser adquiridos por usucapión.

A diferencia de estos, los bienes fiscales siendo de propiedad del Estado, son administradas conforme al ordenamiento jurídico civil o comercial, de manera que tienen el carácter de enajenables

o embargables, no obstante, conservan la condición de imprescriptibles¹²³.

La relación de sujeción del servidor público para la administración, tenencia o custodia, jurídica o material de los bienes de uso público como bienes del Estado, como presupuesto para la configuración del delito de peculado por apropiación, surge del mandato previsto en el artículo 82 de la Constitución Política, según el cual es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público -que siendo un concepto más amplio, comprende los bienes de uso público¹²⁴- y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

Comoquiera que la descripción típica para el delito de peculado por apropiación incluye diversas respuestas punitivas a partir de la cuantía de lo apropiado y siendo objeto material de la conducta los bienes del Estado, la interrelación de ambas aristas supone que estos, para el legislador, sin distingo, son susceptibles de ser evaluados.

Si bien, podría oponerse que los bienes de uso público dado su carácter de inajenables carecen de valor, es claro que dicha condición está referida a la prohibición constitucional de que estos sean transados en el comercio, es decir, concretada a la limitación de su negociación bajo las reglas del libre mercado, lo que en manera alguna impide que para ellos pueda fijarse un valor.

¹²³ CE, SECC 1ª., 15 mar. 2018, rad. 05001233100020060367301

¹²⁴ Art. 5 de la Ley 9ª de 1989: Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses, individuales de los habitantes (...)

3.3.1. Análisis del caso concreto.

3.3.1.1. Sobre la prescripción del peculado por apropiación en favor de terceros.

En este acápite, conviene recordar que para la Fiscalía, la alcaldesa JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ junto con VIVIAN ELJAIEK JUAN, como garantes de la gestión pública permitieron que un tercero, en este caso, el Hotel Dann, se apropiara de 243,75 m² de playa marítima a cambio de \$207.187.500, suma que excedía los doscientos (200) s.m.l.m.v. para 2009, siendo LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA y DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA intervinientes, en tanto que RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO cómplice.

Con fundamento en esa imputación fáctica, el ente acusador calificó la conducta punible bajo la descripción del inciso 2° del artículo 397 del C.P., a partir de la cual, el Tribunal en sentencia de segunda instancia del 12 de abril de 2021 condenó a los procesados.

Ahora, como en forma reiterada ha establecido la jurisprudencia que para realizar los cómputos de la prescripción ha de tenerse en cuenta la calificación jurídica hecha en la sentencia¹²⁵, a partir de ello se realizará el estudio del fenómeno extintivo.

En esta ocasión, se tiene que el delito de peculado por

¹²⁵CSJ SP, 17 feb. 2021, rad. 58132; CSJ SP, 24 oct. 2019, rad. 47234; CSJ SP, 23 nov. 2016, rad. 45466; CSJ SP, 23 may. 2012, rad. 35256, CSJ SP, 13 may. 2009, rad. 31424, entre otras.

apropiación en favor de terceros agravado por el inciso segundo del artículo 397 del C.P., por el cual fueron condenados en segunda instancia los procesados, tiene una pena máxima de cuatrocientos cinco (405) meses de prisión.

Así mismo, que producida la interrupción del término prescriptivo con la formulación de imputación, este vuelve a correr de nuevo por un lapso que acorde con el canon 292 -inciso segundo- de la Ley 906 de 2004, no puede ser inferior a tres (3) años y, de acuerdo con el artículo 86 del C.P., no puede ser mayor a diez (10) años, salvo para los servidores públicos, en cuyo caso el límite será distinto de acuerdo a la fecha de comisión del delito, si fue cometido antes de la vigencia de la Ley 1474 de 2011, este será de trece (13) años y cuatro (4) meses.

En ese orden, formulada imputación el 25 de abril de 2011 se interrumpió el término prescriptivo, siendo que, para JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ y VIVIAN ELJAIEK JUAN, quienes fueron acusadas como autoras del delito de peculado por apropiación agravado, en su calidad de servidoras públicas la acción penal prescribiría el 25 de agosto de 2024.

En tanto que para DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA y LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA como intervinientes y RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO acusado a título de cómplice, la acción penal habría prescrito el 25 de abril de 2021 de no ser porque el *ad quem* profirió sentencia de segunda instancia el 12 de abril de 2021, esto es, 13 días antes de configurarse el fenómeno extintivo.

En ese orden de ideas, como la sentencia de segunda instancia suspende la prescripción de la acción penal por el término de cinco (5) años, como lo prevé el artículo 189 del C.P.P., tal como fue explicado en precedencia, los reparos expuestos por los recurrentes en este sentido no están llamados a prosperar.

3.3.1.2. Sobre la configuración del delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

Para la Fiscalía, la alcaldesa JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ junto con VIVIAN ELJAIEK JUAN, contando con la asesoría de DARIO GIOVANNI TORREGROZA LARA, vendieron a LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA, gerente del Hotel Dann, 243,75 m² de playa marítima, valuados por RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO, pese a su calidad de bien de uso público del Estado.

Al respecto, es del caso destacar que desde los albores del análisis del presente delito surge evidente que no fue acreditado que el predio vendido mediante escritura pública 408 del 23 de febrero de 2009, esto es, el polígono Las Velas, sea una playa marítima.

Queriendo decir lo anterior que, al verificar los elementos de la descripción típica del delito contra la Administración Pública, no se advierte que el ente acusador haya logrado acreditar que la conducta recayó sobre un bien de uso público, como objeto material de contenido normativo previsto en el tipo penal.

Ahora, no pasa desapercibido para la Sala que el *ad quem* también tuvo por demostrado que la supuesta playa fue vendida por un precio menor al comercial, en atención a que el metro cuadrado para la zona urbanística en la que está ubicado el polígono Las Velas era de \$3.000.000, según el avalúo realizado por RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO el 5 de septiembre de 2008, por tanto, al multiplicar esa cifra con la extensión del predio equivalente 243,75 m², arrojaba un valor de \$731.250.000, manifiestamente superior al precio cobrado por los procesados.

Al respecto, tal como se destacó líneas atrás, habiendo sido establecido que el polígono en comento corresponde a un área que ya venía siendo ocupada desde la construcción misma del entonces edificio Las Velas, hoy Hotel Dann, declarada como bien baldío por el distrito de Cartagena, se aprecian razonables las motivaciones que RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO expuso para estimar el precio comercial del bien en \$207.187.500, pues, en efecto, la falta de independencia en sus linderos con respecto al lote que acrecentaba, la imposibilidad de urbanización con la dotación autónoma de servicios públicos, así como la limitación productiva y de competencia del mercado y su reducida extensión, necesariamente incidían en la determinación del precio, no siendo por ello equiparable a las demás construcciones que caracterizaban la zona urbanística y turística de El Laguito, como lo adujo la Fiscalía.

Con todo, ningún otro avalúo sobre el polígono Las Velas, en concreto, o respecto de otros bienes en similar situación, fue aportado por el ente acusador para desacreditar el realizado por

el procesado que, en últimas, fue superior al avalúo catastral del lote en cuestión.

A propósito de lo expuesto, conviene recordar que según el artículo 7° del Acuerdo 030 de 2006, el avalúo base para la cuantía de la venta de los bienes baldíos sería el catastral al momento de iniciarse la negociación, mientras que la disposición final del predio se definiría a partir del valor comercial de zonas o sectores homogéneos, según la clasificación de zonas homogéneas de la autoridad catastral o por los avalúos comerciales practicados por el I.G.A.C. o peritos evaluadores miembros de la Lonja de propiedad Raíz.

Sobre el punto, obra en el plenario que para el 23 de septiembre de 2004 el valor catastral del mencionado lote correspondía a \$174.915.000¹²⁶ por estar ubicado en la zona homogénea No. 1 del distrito de Cartagena, en tanto que el avalúo comercial final, realizado por RAFAEL ENRIQUE CEBALLOS CALVO, Luz Marina Rincón y Otto Alfonso Sierra Reyes, miembros de Corpolonjas, fue por \$207.187.500, es decir que el precio final, en todo caso, excedió en un 18,45% la previsión fiscal que el distrito aspiraba a recibir con la venta del bien baldío.

En ese orden, carece de fundamento probatorio la aseveración del ente acusador y el Tribunal consistente en que el precio de venta del polígono Las Velas fue castigado injustificadamente, por el contrario, la Corte observa que este fue establecido a partir de criterios razonables, aunado a que no se acreditó que los procesados hubiesen obrado coludidos en la

¹²⁶ Folios 1866 a 1868 del cuaderno No. 19 del juzgado de primera instancia.

venta del polígono Las Velas para defraudar los intereses del distrito de Cartagena.

En conclusión, como el órgano persecutor no logró desvirtuar la presunción de inocencia de los enjuiciados, con fundamento en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, la Sala revocará, también, la condena impartida contra los procesados por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros agravado y, en su lugar, confirmará la absolutoria de primera instancia.

Por consiguiente, se ordena la libertad inmediata de JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ y VIVIAN ELJAIK JUAN, privadas de la libertad por cuenta de esta actuación, la que se hará efectiva siempre y cuando no tengan otros requerimientos de otra autoridad judicial.

Asimismo, se dispone a través del Juzgado de primera instancia la cancelación de las órdenes de captura emitidas en contra de DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA, LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA y RAFAEL ENRIQUE CEBALLO CALVO emitidas por el Tribunal Superior de Cartagena.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR los ordinales segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto de la decisión de segunda instancia proferida el 12 de abril de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena para, en su lugar, **CONFIRMAR** el fallo del 7 de octubre de 2020 proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Turbaco en cuanto absolvió a JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ y VIVIAN ELJAIK JUAN por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, y a DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA, LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA y RAFAEL ENRIQUE CEBALLO CALVO por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

SEGUNDO.- ORDENAR la libertad inmediata de JUDITH DEL CARMEN PINEDO FLÓREZ y VIVIAN ELJAIK JUAN, privadas de la libertad por cuenta de esta actuación, la cual se hará efectiva siempre y cuando no tengan requerimiento por cuenta de otras autoridades judiciales.

TERCERO.- CANCELAR las órdenes de captura emitidas en contra de DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA, LUIS ÉDGAR RESTREPO PINEDA y RAFAEL ENRIQUE CEBALLO CALVO emitidas por el Tribunal Superior de Cartagena. Actuación que deberá realizar el Juzgado de primera instancia

CUARTO.- Confirmar el numeral primero del fallo impugnado, en cuanto declaró la prescripción de la acción penal frente DARÍO GIOVANNI TORREGROZA LARA, LUIS ÉDGAR

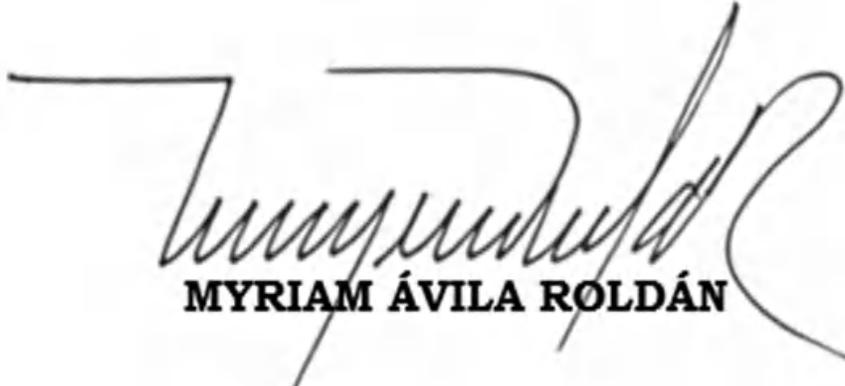
RESTREPO PINEDA y RAFAEL ENRIQUE CEBALLO CALVO, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.


HUGO QUINTERO BERNATE
Presidente


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA 13


MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

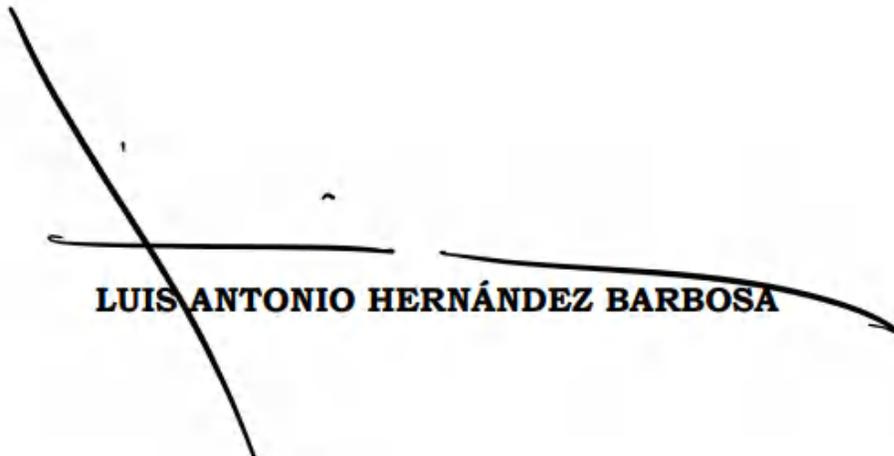

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



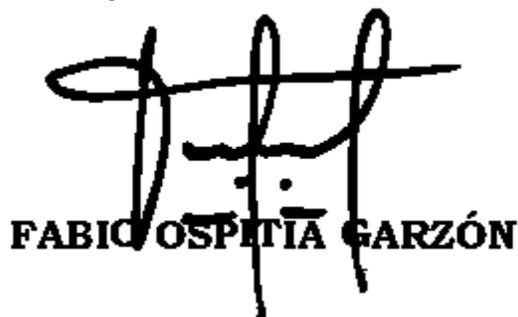
GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria