

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado Ponente

SEP 016-2023

Radicación N°46473

Aprobado Mediante Acta N° 10

Bogotá, D.C., primero (1º) de febrero de dos mil veintitrés
(2023)

VISTOS

Procede la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia a dictar el fallo que en derecho corresponda, dentro de la causa seguida en contra de los exgobernadores del departamento de La Guajira **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** y **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE**, quienes fueron acusados por la Fiscalía General de la Nación, como coautores de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 410) y peculado por apropiación en favor de terceros (art. 397).

IDENTIDAD DE LOS ACUSADOS

ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, identificado con la cédula de ciudadanía número 10.088.491 expedida en Pereira, nació el 16 de diciembre de 1956 en San Juan del Cesar (Guajira). Es sociólogo de profesión, convive en unión libre y es padre de cuatro hijos. Fue gobernador de la Guajira durante el periodo comprendido entre el 1° de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2000.¹

HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, identificado con cédula de ciudadanía número 19.164.386 expedida en Bogotá, nació en Riohacha (Guajira) el 30 de enero de 1950. Es abogado de profesión, casado y padre de cinco hijos. Fue gobernador de La Guajira durante el periodo comprendido entre el 1° de enero del 2001 y el 4 de julio del 2003.²

HECHOS

ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, en su condición de gobernador de la Guajira, **tramitó** y **celebró** el contrato de obra pública No. 238 de 25 de septiembre de 2000 con la Unión Temporal Fénix – UTF –, cuyo objeto era “*construir, ampliar y/o remodelar*” los (i) palacios municipales de El Molino y Hatonuevo, (ii) la construcción del terminal de paso y la plaza de mercado de San Juan del Cesar, (iii) construir la plaza de

¹ Folio 138 Cuaderno Fiscalía 2.

² Folio 140 Ibídem.

mercado de Maicao y (iv) construir el puente sobre el río Ranchería que comunica al municipio de Fonseca con el corregimiento El Hatico, por un valor total de \$3.806'681.964 pesos. Se le llama a juicio, porque en la tramitación y celebración de ese contrato se incumplieron varios requisitos legales y se causó un detrimento patrimonial al Estado.

Por su parte, se acusa a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, porque, cuando fue gobernador de La Guajira, incurrió en irregularidades en la etapa de ejecución y **liquidación** del contrato de obra pública No. 238 de 25 de septiembre de 2000, puesto que firmó dos contratos adicionales, un modificadorio, reconoció el restablecimiento del equilibrio económico y liquidó el contrato sin verificar los requisitos legales, con lo cual ocasionó un daño al erario.

ANTECEDENTES

1. Actuación procesal

1.1. Por una compulsas de copias ordenada por la Unidad de Delitos Contra el Patrimonio Económico de Riohacha, el despacho del Fiscal General de la Nación dispuso la apertura de investigación previa el 24 de mayo de 2006 en contra de ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, JAIME DARÍO ESPELETA HERRERA y HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE.³

³ Folios 389 a 393 Cuaderno Fiscalía 1.

1.2. El 28 de febrero de 2007 se declaró formalmente abierta la instrucción y se ordenaron una serie de pruebas.⁴

1.3. El 30 de agosto de 2011, una vez escuchados en indagatoria, la Fiscalía resolvió la situación jurídica de los procesados, mediante imposición de medida de aseguramiento a ÁLVARO CUELLO BLANCHAR y HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE. El ente acusador se abstuvo de imponerle alguna medida a JAIME DARÍO ESPELETA HERRERA.⁵

1.4. El 24 de julio de 2014 se declaró cerrada la instrucción,⁶ la cual quedó ejecutoriada el 23 de octubre siguiente, una vez se resolvió el recurso de reposición presentado por los defensores de los procesados.⁷

1.5. El 10 de marzo de 2015 se resolvió el mérito del sumario y se decidió acusar a ÁLVARO CUELLO BLANCHAR y HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE como presuntos coautores de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros.⁸ En la misma providencia se precluyó la investigación a favor de JAIME DARÍO ESPELETA HERRERA.

⁴ Folios 102 a 107 Cuaderno Fiscalía 2.

⁵ Folios 5 a 59 Cuaderno Fiscalía 4.

⁶ Folio 103 Cuaderno Fiscalía 6.

⁷ Folios 177 a 187 ibídem.

⁸ Folios 1 a 89 Cuaderno Fiscalía 7.

1.6. Una vez resuelta la reposición presentada por la defensa de los dos acusados, esta quedó ejecutoriada el 19 de junio de 2015.

1.8. Corrido el traslado de que trata el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal, el 11 de octubre de 2017 se llevó a cabo la audiencia preparatoria en el que se decretaron las pruebas a practicar en el juicio.⁹

1.9. Culminada la etapa probatoria, el 5 de mayo de 2022 se celebró la audiencia pública de juzgamiento en la que los acusados fueron interrogados y los demás sujetos procesales expusieron sus alegatos.

2. La acusación

2.1. Respecto ÁLVARO CUELLO BLANCHAR

1. El ente acusador sostiene que el exgobernador incurrió en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, puesto que vulneró los principios de planeación, economía, transparencia, publicidad y selección objetiva en el trámite y celebración del contrato No. 238 de 2000.

2. Le endilgan al exgobernador una transgresión al principio de publicidad, por la falta de correspondencia entre

⁹ Folios 174 a 200 Cuaderno Corte 1.

la autorización conferida por la Asamblea Departamental mediante la ordenanza 034 de 1999, el objeto de la licitación pública No.013 de 2000 – que se abrió a través de la Resolución 430 del 28 de abril de 2000 –, lo publicado en el Diario Oficial y lo finalmente contratado de manera directa.

Se reseña en el escrito que la ordenanza le concedió la facultad expresa al gobernador para contratar la construcción y adecuación del (i) palacio municipal de La Jagua del Pilar y (ii) de El Molino, (ii) la construcción del terminal de paso y la plaza de mercado de San Juan de Cesar y (iv) el diseño y la construcción de la plaza de mercado de Maicao. Sin embargo, cuando se expidió la Resolución 430 de 2000 – que abrió la licitación – no solo no se incluyó la construcción del palacio municipal de la Jagua del Pilar, sino que se adicionó la construcción del palacio municipal de Hatonuevo y la construcción del puente sobre el río Ranchería que comunica a Fonseca con el corregimiento de El Hatico, las cuales nunca fueron mencionadas.

En contraste, en la invitación a presentar ofertas que se publicó en el Diario Oficial sí se relacionó la construcción, ampliación y remodelación del palacio municipal de la Jagua del Pilar, la cual, como se mencionó, había sido omitida de la licitación. Además, en esta se incorporó la construcción de la plaza de mercado de Maicao sin decir nada acerca de su diseño – que era lo autorizado por la Asamblea –, a la vez que se omitió la construcción del puente sobre el río Ranchería.

Con esto, el persecutor sostiene que existió una vulneración al principio de publicidad consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, toda vez que los objetos del contrato son distintos en la resolución que abre la licitación y en la invitación a ofertar publicada.

3. El delegado de la Fiscalía sostiene que la Gobernación no contaba con los estudios y diseños “*reales*”, con lo cual se presenta una violación clara al principio de planeación por parte del acusado.

Se señala que la Gobernación de La Guajira firmó el contrato de consultoría LIC-SOP-001/2000 el 10 de marzo de 2000 con la sociedad “Consultores de Desarrollo S.A.”, por un valor de \$1.720’461.886, para cumplir el mandato de la Asamblea de contar con una gerencia de proyectos. Esto tenía como finalidad orientar los estudios de factibilidad, diseño, proyecto, análisis, trámite y ejecución de las obras de infraestructura del ente territorial. Posteriormente, el 11 de abril siguiente, el mismo gobernador decidió contratar a la firma “Consultores Regionales Limitada – CORE”, para que, por el término de 11 meses, supervisara la actividad de la gerencia de proyectos.

Afirma el ente acusador que, a pesar de que se contaba con esas dos asesorías, el proceso licitatorio se suspendió el 19 de mayo siguiente, por medio de la resolución No. 538, para

“realizar ajustes técnicos para la elaboración de los diseños”. Al día hábil siguiente, es decir, el 22 de mayo, a través de la resolución 543, se ordenó reiniciar la licitación sin que se hubiera indicado si los “ajustes técnicos” se habían realizado o, al menos, en qué habían consistido.

Aunado a lo anterior, se cuenta que el 8 de junio de 2000, el gobernador encargado, Jaime Espeleta Herrera, mediante la Resolución 660, ordenó la prórroga de la licitación pública No. 013 – que es sobre la que versa el contrato No. 238 de 2000 – por un término de 6 días, para, al día siguiente, a través de la Resolución 667, aplazar nuevamente el cierre de la convocatoria por otros 6 días. Posteriormente, el 9 de junio de 2000, el gobernador titular, ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, ordenó suspender todo el proceso por medio de la Resolución 784, pues el departamento requería realizar ajustes en los diseños de las obras y en su presupuesto. Ulteriormente, el acusado dispuso reanudar la licitación mediante la Resolución 1140 del 8 de agosto de ese mismo año, en la cual se estableció que el plazo vencería una vez transcurridos 5 días calendario después de publicada la resolución mencionada.

Pasado todo esto, las urnas se abrieron el 14 de agosto siguiente, en las cuales no se encontró ninguna propuesta. Por consiguiente, el 16 de agosto, a través de la Resolución 1160, se declaró desierta la licitación pública No. 013 de 2000.

Para la Fiscalía, todo el trámite relatado refleja un desconocimiento del principio de planeación. Las constantes suspensiones, reinicios y ampliación de los plazos dan cuenta de que, para el momento en que se inició el proceso, no se contaba con los diseños y requerimientos necesarios para promover la contratación. Se sostiene que el contrato se firmó sin contar con los estudios de necesidad y conveniencia reales, lo cual queda demostrado con la suspensión para adecuar los diseños y el presupuesto, tal y como quedó anotado en las Resoluciones 538 y 784 del 2000.

También afirma el persecutor que la violación al principio de planeación se refleja al momento de iniciar la ejecución de las obras. Lo entiende de esta manera al observar que la construcción de las obras contratadas se suspendió al día siguiente de que se habían iniciado, pues se tiene que el acta de inicio se suscribió el 27 de noviembre de 2000 y la primera acta de suspensión se firmó el 28 de noviembre del mismo año.

Para justificar la interrupción, se sostuvo que (i) se presentaron una serie de inconvenientes con el trazado y replanteo de los diferentes proyectos, (ii) que la comunidad de Hatonuevo no estaba de acuerdo con el lote en donde se iba a construir el palacio municipal, (iii) que no había sido posible la reubicación de los quioscos y los vendedores ambulantes que merodeaban por el lugar de construcción del terminal de paso y de la plaza de mercado de San Juan, (iv) que el alcalde y un grupo de personas pedían cambiar el lote para la plaza de mercado de Maicao, ya que este no tenía servicios públicos y,

(v) en relación con el puente sobre el río Ranchería, se indicó que era posible que la estructura sufriera un mayor deterioro con los trabajos de demolición, por lo que el contratista recomendó que solo se destruyera, para después hacer una nueva evaluación de la misma y, si era del caso, hacer unos nuevos diseños.

Se adujo también que no se tramitaron las licencias o planes de manejo ambiental, toda vez que la Corporación Autónoma Regional de La Guajira ordenó detener la construcción del puente sobre el río Ranchería, a través de la resolución No. 01386 del 15 de junio de 2001, porque la gobernación no había presentado el estudio de impacto ambiental.

Se tiene, además, que el 12 de septiembre de 2005, es decir, varios años después de liquidado el contrato, el personero de San Juan del Cesar le solicitó a la Secretaría de Obras del Departamento que le certificara los motivos por los cuales no se habían terminado las obras del terminal de aquél municipio.

Adicionalmente, considera vulnerado el principio de planeación por parte del exgobernador, por cuanto desatendió la autorización otorgada por la Ordenanza 034 de 1999 al incluir dentro del contrato 238 de 2000 la construcción del Palacio Municipal de Hatonuevo y del puente sobre el río Ranchería, las cuales no hacían parte de las obras autorizadas

por la Asamblea, y, a su vez, excluir del mismo contrato la construcción del Palacio Municipal de la Jagua del Pilar, que sí estaba contenida en aquella ordenanza.

4. Le endilgan al exgobernador una transgresión al principio de transparencia, por la falta de socialización de los proyectos dispuestos por la ordenanza 034 de 2000 al momento de firmar el contrato No 238 de 2000.

Lo anterior se evidencia con los reparos elevados por la comunidad de Hatonuevo frente al lote en donde se iba a construir el palacio municipal, los problemas con la reubicación de los quiscos y los vendedores estacionarios que ocupaban el espacio de construcción de la plaza de mercado y el terminal de paso de San Juan del Cesar, la falta de servicios públicos del lote en donde se pensó construir la plaza de mercado de Maicao y los inconvenientes presentados con la construcción del puente sobre el río Ranchería.

Tanto fue así, afirma el ente investigador, que después de celebrado el contrato se tuvo que hacer un modificatorio para excluir la construcción de la plaza de mercado de Maicao, pues las complicaciones nunca pudieron ser resueltas.

5. Además de todo esto, el persecutor acusa por vulneración a lo consagrado en los artículos 24 y 32 de la ley 80 de 1993, es decir, al principio de selección objetiva, al

momento de contratar a la sociedad Consultores del Desarrollo S. A., por cuanto no existe documento alguno que acredite el cumplimiento de este principio.

En el escrito deducen lo anterior de la afirmación realizada por el ingeniero Samuel Pulido Coy – de quien se dice es “*proveniente*” de la sociedad mencionada – en la que sostiene que él no participó en ningún proceso licitatorio, sino que fue invitado directamente a proponer y, posteriormente, procedieron a contratarlo.

7. En suma, la Fiscalía General de la Nación sostiene que de las circunstancias anteriores se advierte una clara violación a los principios de planeación, transparencia, publicidad y selección objetiva en la etapa precontractual y en la celebración del contrato No. 238 de 2000 por parte del exgobernador ÁLVARO CUELLO BLANCHAR.

8. En cuanto al peculado por apropiación a favor de terceros, la base de la acusación versa sobre el pago del anticipo realizado al contratista el mismo día que se comenzó la construcción de las obras y justo el día anterior a que se detuvieran. Así, recuerda el delegado que el acta de inicio de obra del contrato 238 de 2000 fue firmada el 27 de noviembre de ese año, para, el día siguiente, proceder a firmar el acta de suspensión del mismo.

Con fundamento en esto, el delegado concluye que el verdadero propósito de firmar aquella acta no era otro que el de pagar al contratista el valor del anticipo, correspondiente al 15.3% del valor total, lo cual equivalía a \$582'422.340 pesos. Lo entiende de esta forma, puesto que la cláusula décimo segunda del contrato disponía en la forma de pago que el departamento de La Guajira se comprometía a pagar el anticipo al contratista una vez este se hubiera legalizado.

Adicionalmente, el ente investigador señala que, al sumar los rubros señalados en aquella cláusula para las distintas obras contratadas, se alcanza un valor total de \$585.000.000, lo cual supera el 15.3% del monto establecido. No obstante, esta cifra sí coincidía con la suma asegurada por la administración en el certificado de disponibilidad presupuestal expedido el 5 de julio de 2000.

9. Se le endilga también al acusado que de lo pagado se relacionaron \$352.294.859 para el "*diseño y construcción de la plaza de mercado de Maicao*", \$76.206.615 para la construcción y adecuación del palacio municipal de Hatonuevo y \$45.921.271 para la construcción de terminal de paso y la plaza de mercado de San Juan del Cesar.

Frente a la plaza de mercado de Maicao, se tiene claridad que esta no pudo realizarse por la falta de servicios públicos del lote en el que se iba a construir. Esta situación, afirma la Fiscalía, era conocida por el gobernador, por lo que concluye

que, de ese modo, lo que se logró fue privilegiar los intereses del contratista, en perjuicio del erario y las necesidades de la población, en contravía de los fines de la contratación estatal.

Por su parte, se relata que en el acta de recibo final de la obra de Hatonuevo, firmada el 12 de octubre de 2002, el valor real ejecutado del contrato inicial equivale a \$212.206.613. Sin embargo, este palacio municipal no fue terminado, pues lo único que se construyó fue la estructura, las vigas aéreas y columnas. Por esta razón, se asevera que los dineros invertidos en esa construcción representan un detrimento patrimonial para el departamento de La Guajira.

Lo mismo sucede con el terminal de paso y la plaza de mercado de San Juan del Cesar. El acta de recibo final del 30 de noviembre de 2002 muestra un valor real ejecutado de \$1.207.919.286 para el contrato inicial y \$495.579.786 para el contrato adicional, lo cual corresponde a un total de \$1.703.499.072. No obstante, de acuerdo con el informe de policía judicial No. 2501 de 2006, para cuando fue liquidado el contrato - 12 de mayo de 2003 - esta obra no estaba en funcionamiento, por lo que se afirma que no se cumplió con el objeto contractual.

10. El ente persecutor también le reprocha al acusado que fue su conducta la que impidió el inicio de la ejecución de las obras. Así, señala que las dificultades para comenzar la construcción de la plaza de mercado de Maicao y el terminal de

paso de San Juan del Cesar no fueron ocasionadas por el contratista, sino por circunstancias no previstas por la gobernación al momento de celebrar el contrato.

Prueba de ello es que, al suspender la ejecución, se consignó que el sitio dispuesto para esas construcciones no había sido entregado por la entidad responsable o se presentaron inconvenientes en su cesión, lo que ocasionó varios retrasos.

De esta forma, se afirma que fue la violación a los principios de planeación y transparencia por parte del mandatario los que originaron el reconocimiento y pago de los restablecimientos del equilibrio económico del contrato a la Unión Temporal Fénix.

11. Es por todo lo anterior, que la Fiscalía General de la Nación sostiene que el exgobernador ÁLVARO CUELLO BLANCHAR incurrió en el delito de peculado por apropiación a favor de terceros.

2.2. Respecto HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE

1. A HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE se le atribuye la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por haber suscrito el contrato modificatorio No.1 y los contratos adicionales Nos. 1 y 2 del contrato 238 de 2000. Asimismo, por haber reconocido el restablecimiento del

equilibrio económico en dos oportunidades y, además, por haber liquidado aquel contrato sin verificar que se hubieran terminado las obras objeto del mismo.

2. Señala el delegado que el 13 de febrero de 2001, cuando comenzaba el mandato del acusado, se reinició la ejecución del contrato No. 238 – que había sido suspendido desde el 28 de noviembre de 2000 – sin que las razones que originaron la interrupción hubieran cesado. Esto condujo a que el 26 de marzo de 2001 se suscribiera el contrato modificadorio No.1, en el cual se redujo el valor del contrato a \$2.015.185.742, toda vez que se suprimió la construcción de la plaza de mercado de Maicao, porque no se pudieron superar los problemas que impidieron su iniciación. Con esto, se afirma en el escrito que se contravino la autorización otorgada por la Asamblea Departamental en la ordenanza 034 de 1999, dado que esa obra había sido consagrada expresamente como prioritaria.

Adicionalmente, ante la imposibilidad de continuar la ejecución, el 27 de agosto de 2001 se celebró el contrato adicional No. 1, en el cual se le adicionaron \$268'720.013 para la terminación de las obras, de tal forma que el valor total subió hasta los \$2.283'905.755. Posteriormente, el 3 de enero de 2002, se firmó un nuevo contrato adicional – No. 2 – mediante el cual se le inyectaron \$927'607.186, por lo que la cuantía aumentó hasta los \$3.211'512.941. En ambos contratos se amplió el plazo de entrega en 60 días.

Además de lo anterior, reseña la Fiscalía que el 22 de marzo de 2002 la gobernación expidió la resolución 230 en la que reconoció el restablecimiento del equilibrio económico del contrato y procedió a pagarle al contratista \$87'830.059.

Pasado esto, el interventor, Samuel Pulido Coy, y el contratista, La Unión Temporal Fénix, firmaron las actas de recibo final de (i) la construcción del puente sobre el río Ranchería, (ii) la remodelación del palacio municipal de El Molino, (iii) la construcción del palacio municipal de Hatonuevo y (iv) la construcción del terminal de paso y la plaza de mercado de San Juan del Cesar el 15 de abril, 30 de septiembre, 15 de octubre y 30 de noviembre de 2002, respectivamente. En todas las actas se consignó que las obras habían sido recibidas a satisfacción.

A pesar de lo anterior, el 9 de mayo de 2003, el acusado emitió la Resolución No. 399 en la que le reconoció al contratista un nuevo ajuste financiero. Indica el persecutor que, aunque se lee en el texto del acto administrativo que se le pagará a la UTF la suma de "*OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (288'000.000)*", de lo recolectado en la investigación se comprobó que la suma realmente cancelada fue de \$288'000.000, por lo que deduce que lo escrito en letras se trató un error de digitación.

En este punto, la Fiscalía no recrimina el uso de la figura del ajuste del equilibrio económico, sino que, por medio de los

contratos adicionales No. 1 y 2 y el restablecimiento financiero previo, ya se habían actualizado los precios a las variaciones del mercado, por lo que este último era innecesario e ilegal.

Ahora, el 12 de mayo de 2003, se firmó el acta de liquidación por parte del representante legal del contratista, el interventor y el secretario de obras públicas del departamento. Esta reflejó como valor del contrato la suma de \$3.211'512.941, que corresponden al valor inicial, menos el valor no ejecutado señalado en el contrato modificadorio No. 1 y lo sumado a través de los contratos adicionales Nos. 1 y 2; no se incluyó ninguno de los dos valores reconocidos por el desajuste financiero.

3. El ente persecutor también acusa a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, porque, como gobernador, avaló la liquidación del contrato, sin verificar que el objeto del mismo se hubiera cumplido.

En este sentido, se relaciona en el escrito el informe de policía judicial No. 0247 del 30 de enero de 2006, en el que se afirma que de las cinco construcciones que se planearon, solo dos de ellas fueron terminadas: (i) el palacio municipal de El Molino y (ii) el puente sobre el río Ranchería. Las otras tres no fueron culminadas, porque no se encontraron las cantidades de obra necesarias para ello.

Para sustentar este cargo, la Fiscalía menciona también el informe del CTI 08283 del 8 de agosto de 2006 que allegó registro fotográfico de las edificaciones inconclusas y el oficio que el personero de San Juan del Cesar le envió al secretario de obras del departamento el 12 de septiembre de 2005, en el que le solicita que le certifique los motivos por los que el terminal de paso y la plaza de mercado de ese municipio no fueron terminadas.

Como argumento adicional, el delegado recuerda que el propio acusado en su indagatoria admitió que solo dos obras fueron completamente finalizadas – el palacio municipal de El Molino y el puente sobre el río Ranchería –. Frente al palacio municipal de Hatonuevo, sostuvo que no se culminó por falta de presupuesto, mientras que el terminal de paso y la plaza de mercado de San Juan del Cesar quedó “*prácticamente terminada*”, pero no se pudo poner en funcionamiento, ya que los comerciantes no quisieron trasladarse. Incluso, el procesado contó que para la fecha en la que se atendió la diligencia no había sido posible la reubicación de los vendedores ambulantes.

Con todo, la Fiscalía le endilga la violación de los principios de eficacia y economía, puesto que, a pesar de que dos de las obras finalmente contratadas no se terminaron y, por lo tanto, nunca fueron entregadas a satisfacción, el exgobernador liquidó el contrato, dando a entender que el objeto se había cumplido a cabalidad. Aduce que el hecho de que DELUQUE FREYLE no hubiera suscrito aquella acta no le

disminuye su responsabilidad, toda vez que ese acto es indelegable, le compete al mandatario como ordenador del gasto, de tal forma que no asumir directamente esa función constituye una irregularidad adicional que robustece el reproche.

Se alega, además, que existió una irregularidad adicional, pues, aun cuando la cláusula trigésima primera del contrato establecía que la liquidación la efectuarían el gobernador del departamento y el contratista – al tenor de lo dispuesto en los artículos 60 y 61 de la ley 80 de 1993 –, el acusado no la firmó, con lo cual incumplió lo allí consagrado.

4. En cuanto al delito de peculado por apropiación, la Fiscalía General de la Nación basa su llamado a juicio en el hecho de que el exgobernador incurrió en una malversación de fondos públicos al permitir el reinicio de las obras sin que los motivos que produjeron su suspensión hubieran sido superados. Sostiene que esto trajo como consecuencia un detrimento patrimonial al Estado.

Lo anterior, puesto que, una vez comenzada de nuevo la ejecución, el mandatario firmó el modificadorio No.1 con el cual se cambió el objeto del contrato 238 de 2000. De esta forma, se suprimió la realización de la plaza de mercado de Maicao y, a su vez, se redujo la cuantía pactada. Sin embargo, como la gobernación ya había cancelado por concepto de anticipo \$585.000.000, se redistribuyó ese valor entre los demás

proyectos, de tal forma que aquella suma ya no representaba el 15.3% consignado inicialmente, sino que pasó a ser el 28.9016%.

Adicionalmente, la entidad territorial firmó dos contratos modificatorios para otorgarle más recursos al cumplimiento del objeto. Así, el 27 de agosto de 2001, DELUQUE FREYLE celebró el contrato adicional No. 1 por medio del cual se le concedieron \$268'720.013 más al contratista. Posteriormente, el 3 de enero de 2002, a través del contrato adicional No. 2, se amentó la cuantía en \$927'607.186, con lo cual, el valor total del contrato 238 ascendió hasta los \$3.211'512.941.

A su vez, también se reconoció el ajuste del equilibrio financiero sufrido por la Unión Temporal Fénix en dos ocasiones. En la primera, del 22 de marzo de 2002, fue favorecida con un total de \$87'830.059. En la segunda, celebrada el 9 de mayo de 2003 – después de que las obras habían sido recibidas a satisfacción – la Unión Temporal recibió \$288'000.000.

Con esto, se tiene que el procesado autorizó dos incrementos presupuestales al contrato que sumaron \$1.196'327.199 y dos restablecimientos del equilibrio económico por \$375'830.059.

5. De esta forma, el ente persecutor sostiene que, si de las cuatro construcciones que finalmente fueron pactadas, solo dos de estas fueron terminadas – el palacio municipal de El Molino y el puente sobre el río Ranchería – se produjo un claro detrimento patrimonial al Estado por parte del procesado.

Todo ello, con el claro incumplimiento de los deberes legales, ya que el 12 de mayo de 2003 se firmó, por parte del representante legal de la Unión Temporal, el interventor y el secretario de obras públicas, el acta de liquidación del contrato No. 238 de 2000, sin haber verificado que el objeto del mismo se hubiera cumplido a cabalidad.

Como consecuencia de esto, se argumenta en el escrito que, según el dictamen No. 2501 de 4 de septiembre de 2006, *“la obra contratada y no ejecutada ascendió a \$120'000.000,00; y la obra no contratada pero ejecutada a \$90'847.482,00., de lo cual surge una diferencia final de 29'726.027,00; y una divergencia de precios por un valor de \$140.268.389,00 sin que exista en principio ninguna explicación satisfactoria”*.¹⁰

De lo anterior, afirma la Fiscalía que estas dos últimas sumas – \$29'726.027 y \$140'268.389 – servirán como parámetro para determinar el valor del peculado.

¹⁰ Folio 58 Cuaderno Fiscalía 7.

3. Alegatos de conclusión

3.1. La Fiscalía

1. El delegado del ente persecutor expresó que existe certeza de que se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 232 de la ley 600 de 2000, en tanto las pruebas permiten dar por demostrada la estructuración de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y de peculado por apropiación, cometidos por los dos acusados con pleno conocimiento y voluntad y sin que existan causales de exculpación a su favor. Por lo tanto, solicitó a la Sala proferir sentencia condenatoria contra los exgobernadores llamados a juicio.

2. En lo que respecta a ÁLVARO CUELLO BLANCHAR y el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, reiteró que con su actuar vulneró los principios de planeación, transparencia, publicidad y selección objetiva tanto en la etapa precontractual como al momento de celebrar el contrato 238 de 2000.

En sus alegaciones rememoró el trámite que se siguió para firmar el contrato cuestionado de la misma forma en que lo presentó en el escrito de acusación. Relató el proceso desde la publicación en el diario oficial hasta las suspensiones que sufrió la construcción de las obras.

Reitera que existió una transgresión del principio de publicidad, ya que lo promulgado en el diario oficial no correspondió a lo estipulado en la resolución que abre la licitación. A su vez, también señala una violación al principio de planeación, pues el trámite comenzó sin contar con los diseños debidamente elaborados y no se contó con estudios de necesidad y conveniencia reales, lo cual queda en evidencia con las variadas suspensiones sufridas en la ejecución, la oposición que presentó la ciudadanía y las autoridades locales de Maicao y San Juan del Cesar. Asimismo, con el hecho de que la primera interrupción se presentó al día siguiente de que se firmara el acta de inicio y con la omisión del trámite de la licencia ambiental que produjo que la Corporación Regional de la Guajira detuviera las obras del puente sobre el río Ranchería.

Por otra parte, también le endilga al acusado la desatención al principio de transparencia, dado que los inconvenientes que se presentaron en Hatonuevo y San Juan del Cesar dan cuenta de una falta de socialización de los proyectos.

3. Frente a la conducta de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE respecto del delito consagrado en el artículo 410 del Código Penal, la Fiscalía le reprocha que, pese a que eran evidentes las irregularidades que se presentaron en la celebración del contrato 238 de 2000, este acusado siguió adelante con la ejecución del mismo, lo modificó, adicionó, reconoció el equilibrio económico y, finalmente, lo liquidó sin verificar el cumplimiento del objeto. Con estas acciones, se

afirma que se violaron los principios de eficacia y economía, así como los de planeación y transparencia.

En este sentido, en las alegaciones se vuelve a hacer un recuento de los hechos y circunstancias que rodearon cada una de las actividades realizadas por el exgobernador y se describe lo sucedido en los mismos términos a como se hizo en el escrito de acusación.

Se resalta que la construcción de lo contratado se reinició sin que los motivos que provocaron la suspensión hubieran cesado, como aconteció en los municipios de Maicao, Hatonuevo y El Molino. Además, se insiste en que, al liquidar el contrato, el procesado no se cercioró de que todo lo que se había pactado se hubiera cumplido, esto es, que se hubieran terminado y se hubieran puesto en funcionamiento todas las construcciones.

Al final, se le recrimina que la liquidación era un acto indelegable, que le competía directamente al gobernador como ordenador del gasto, de manera que no asumir esa función personalmente constituye una irregularidad adicional que robustece el reproche.

4. En lo que se refiere al peculado por apropiación, el delegado sostiene que el material probatorio recaudado da cuenta de cómo los dos acusados, como ordenadores del gasto,

defraudaron patrimonialmente al departamento de La Guajira, por cuanto con sus acciones permitieron la apropiación de recursos públicos a favor de terceros. Esto, por cuanto esa entidad territorial tuvo que pagar la construcción de unas obras que no se ejecutaron o que no cumplieron con la finalidad prevista.

La censura en contra de ÁLVARO CUELLO BLANCHAR nace del hecho de que la primera suspensión del contrato sucedió justo el día después de que se firmara el acta de inicio. Con esto, sostiene la Fiscalía, es posible deducir que la verdadera intención de dar comienzo a la ejecución no era otra que la de pagar el anticipo. Como fundamento de lo anterior, el ente persecuidor cita la cláusula décimo segunda del contrato, en la que se estipuló que el anticipo del 15.3% *“será cancelado por el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA al CONTRATISTA una vez legalizado este contrato”*.

Adicionalmente, dice que la celebración del contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales fue lo que permitió que terceros se apropiaran de dineros del Estado. Para el delegado, el juicio de responsabilidad se origina allí, pues la entidad territorial dispuso grandes recursos para pagar obras que no fueron terminadas. En ese sentido, no solo se refiere al pago del anticipo, sino también al valor total girado para la realización de cada una de las construcciones, sumando lo agregado por su sucesor mediante los contratos adicionales y los restablecimientos del equilibrio económico.

5. La responsabilidad de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE emerge del hecho de que con su actuar convalidó las irregularidades cometidas por su antecesor, al permitir recomenzar la ejecución sin que los problemas que originaron la interrupción hubieran sido superados. Por consiguiente, sus acciones condujeron a que la gobernación tuviera que sumarle \$1.572'157.258 a lo ya establecido como cuantía del contrato, con el objetivo de finalizar las obras. Esto sucedió a través de los contratos adicionales No. 1 y 2, con los cuales se destinaron \$1.196'327.199, y de los dos restablecimientos del ajuste financiero autorizados por el acusado, que le reconocieron al contratista \$375'830.059.

A lo anterior, el ente persecutor le agrega lo pagado a las dos consultorías que debían asesorar y vigilar todo el proceso, que corresponde a \$1.814'704.727 para la gerencia de proyectos y a \$25'040.181 para el ingeniero Nelson Molinares – además de lo que se le canceló a Samuel Pulido Coy por la interventoría, lo cual no pudo determinarse –.

Ahora, el delegado afirma que si solo dos de las obras contratadas fueron realmente terminadas – el palacio municipal de El Molino y el puente sobre el río Ranchería –, se tiene claro que existió una malversación de los recursos públicos.

6. Frente a la objeción presentada en contra del dictamen pericial No. 2501 de 4 de septiembre de 2006, que fijó el valor

de lo no ejecutado en \$29'726.027 y los sobrecostos en \$140'268.389, la entidad investigadora destacó lo consignado en el dictamen decretado por la Sala dentro del trámite de la objeción, en el que el investigador manifestó que, teniendo en cuenta que el primer informe *“basó su análisis directamente en los elementos materiales probatorios y no indirectamente en sus documentos de fijación (...) es claro que la directa realidad del estudio llevado a cabo por la perito de policía judicial es más preciso, detallado y lo suficientemente completo, dado el alcance definido por la misma (...) como para que los resultados tengan la validez que la justicia requiere”*.

Con base en esto, reseña que el nuevo análisis practicado arrojó como mayor valor cobrado en el acta de recibo final la suma de \$168'108.260.

7. En cuanto al aspecto subjetivo de los delitos enrostrados, la Fiscalía sostiene que de las explicaciones vertidas en la indagatoria queda claro que los dos acusados actuaron con dolo, y que no se trató de un simple descuido, pues ellos conocían las responsabilidades inherentes al cargo de gobernador del departamento de la Guajira. Por lo tanto, sabían su deber de actuar con transparencia y de respetar los principios de la contratación estatal.

8. A su vez, tampoco le quedan dudas al persecutor acerca de la antijuridicidad, pues alega que las pruebas allegadas al plenario dan cuenta de la efectiva lesión al bien jurídico de la administración de justicia. Esto, por cuanto se violaron los

principios legales del trámite contractual y se causó un daño a los recursos públicos.

9. Por último, afirma que los procesados tenían formación profesional, experiencia y capacidad para comprender la ilicitud de sus comportamientos, por lo que actuaron de manera libre y en ejercicio de su autodeterminación, con lo cual el requisito de la culpabilidad se encontraría satisfecho.

3.2. El Ministerio Público

1. Después de hacer un recuento de los hechos, los antecedentes procesales y los materiales probatorios más relevantes, el Ministerio Público sostiene que no existe duda acerca de la comisión, por parte de los dos acusados, de la primera conducta a ellos enrostrada: Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. En contraste, alega que dentro del expediente no concurren medios de convicción que permitan establecer más allá de toda duda que los exgobernadores incurrieron en el delito de peculado por apropiación a favor de terceros.

2. En seguida, afirma que ÁLVARO CUELLO BLNACHAR violó los principios de planeación, transparencia y economía al incluir dentro del objeto del contrato 238 la construcción del palacio municipal de Hatonuevo y la del puente sobre el río Ranchería, que no figuraban dentro de la Ordenanza 034 de 1999. Asimismo, dice que pretendió suplir esa falta de autorización con la firma de los contratos de consultoría 001

del 28 de febrero, 001 del 10 de marzo y el 002 del 11 de abril del año 2000.

3. Por su parte, el delegado considera culpable a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, porque, al haber autorizado el reinicio de las obras cuando los motivos que produjeron su suspensión seguían aún vigentes, se configuró una vulneración flagrante de los principios de planeación, economía y transparencia.

4. En cuanto al delito del artículo 397 del Código Penal, el procurador recuerda los argumentos expuestos al momento de calificar el mérito sumarial. Por lo tanto, insiste en que, contrario a la nitidez con la que se vislumbra la comisión del primer delito endilgado, la duda sobre la comisión del peculado por apropiación a favor de terceros no está completamente despejada.

Alega que, si bien es cierto, de acuerdo con el Informe Pericial No. IP0006838597, se determinó un mayor valor cobrado que alcanza los \$168'108.260, no está comprobada la realización de la conducta en el plano subjetivo, pues eso únicamente permite demostrar la tipicidad objetiva. Defiende esta postura al considerar que ese mayor valor era la consecuencia necesaria de haber tramitado y celebrado el contrato cuestionado con la "grosera" inobservancia de los requisitos legales y no, como lo afirma la Fiscalía, de una acción dolosa.

5. En suma, reitera que en el expediente no se observan los elementos de convicción suficientes para establecer sin duda alguna la comisión del reato de que trata el artículo 397 del estatuto punitivo, dado que el recaudo probatorio se limitó a determinar e identificar las irregularidades que se presentaron en la celebración del convenio investigado y la responsabilidad que de ello les incumbía a los dos exgobernadores vinculados.

En consecuencia, considera que, frente a los dos acusados, los requisitos estipulados en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 únicamente se encuentran satisfechos respecto del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por lo que solo se puede condenar por este delito. Por el peculado por apropiación se debe proferir sentencia absolutoria.

3.3. La defensa de Álvaro Cuello Blanchar

1. Una vez relacionadas las actuaciones procesales más relevantes, el apoderado de ÁLVARO CUELLO BLANCHAR señala en una aclaración previa que, para el momento de la firma del contrato 238 de 2000, aún regía el artículo 146 del Código Penal de 1980, puesto que la Ley 599 de 2000 cobró vigencia en julio del año 2001.

En ese sentido, explica que la norma exigía, para la configuración del tipo, que el servidor público cometiera la conducta “*con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero...*”. Sin la demostración de ese ingrediente normativo, los hechos carecen de tipicidad objetiva y subjetiva. Como en este caso no obra prueba que permita demostrar este interés, es imposible elevar una acusación por esta conducta en los términos del artículo 397 de la ley 600 de 2000. Dice, además, que la jurisprudencia que estableció la diferencia entre el aprovechamiento económico y el ilícito, y que consideró que este último estaba inmerso en la sola inobservancia de los requisitos legales esenciales fue emitida el 20 de mayo de 2003, dentro del radicado 18754. Por lo tanto, en aplicación del artículo 29 de la Constitución Política, la única forma de destruir la presunción de inocencia era comprobando el propósito ilícito.

2. Hecha esta aclaración, se ocupa del asunto en concreto. Así, sostiene que no hay dolo en la conducta del exgobernador, pues él no participó de manera directa en los trámites precontractuales: su actuación se limitó a la suscripción de los actos que la empresa Consultores de Desarrollo S.A. le fue entregando. Aduce que sus acciones no obedecieron a un acto de voluntarismo, sino que fueron la respuesta a la profunda crisis institucional y financiera por la que pasaba el departamento de la Guajira.

Afirma que la construcción del Palacio Municipal de Hatonuevo fue incluida en el objeto del contrato, ya que se adicionó al programa de obras prioritarias dentro de la Ordenanza 006 de 2000, que reformó la 034 de 1999. Por otra parte, explica que el puente de “*El Hatico*” – que pasa sobre el río Ranchería – fue incorporado siguiendo las conclusiones de la consultoría prestada por el ingeniero Nelson Molinares, como respuesta a la emergencia ocurrida por el derrumbe de su estructura. Como no podía contratarse por urgencia manifiesta por falta de recursos, Consultores del Desarrollo planteó sumarla a la licitación de las obras de equipamiento municipal.

Con esto, alega que todo lo realizado por su defendido fue diseñado, estudiado y proyectado por el consultor, de acuerdo con las precisas obligaciones que había contraído, las cuales, además, eran revisadas por el supervisor del contrato y por el Comité de Vigilancia y Seguimiento creadas por el mismo negocio jurídico. La buena fe y la confianza legítima amparan a ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, al tenor del artículo 83 de la Carta Política, pues su formación como sociólogo contrasta con la amplia experiencia de la sociedad consultora, lo que le generaba la creencia de que las disposiciones proyectadas por esa organización se ajustaban a las normas. Por lo tanto, cuando se preparó la licitación que le dio cumplimiento a la ordenanza mencionada, confió en que la consultoría lo adelantaría siguiendo todas las disposiciones de la ley 80 de 1993, de manera que los aplazamientos, suspensiones, ampliación de plazos, la declaratoria de desierta y la

adjudicación directa fueron entendidos por el acusado como normales en este tipo de procesos.

Sobre esta base, el defensor sostiene que existió un error de tipo en la conducta del exgobernador, puesto que actuó con el convencimiento errado de que con su acción no incurría en ningún ilícito. Insiste en que ÁLVARO CUELLO BLANCHAR nunca percibió indicios de posibles irregularidades en ninguno de los proyectos que Consultores del Desarrollo S.A. le presentó. Señala que la hiperinflación normativa vuelve “*enrevesada*” la administración pública colombiana, razón por la cual se contrató a la empresa consultora para que asumiera esa responsabilidad, por lo que son sus representantes los que deben responder al departamento y a los órganos de control por el incumplimiento de sus obligaciones.

3. En cuanto al peculado por apropiación, critica que la Fiscalía sostenga que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales fue la base para la comisión del punible del artículo 397 del Código Penal, pues afirma, primero, que frente a ese punible se endilgan actos de la fase de ejecución, los cuales no hacen parte del tipo y, segundo, que la suscripción del acta de inicio del 27 de noviembre no era necesaria para desembolsar el anticipo, por lo que la suspensión firmada al día siguiente es irrelevante.

Transcribe el apartado de la forma de pago del contrato, del que resalta que este se hará “*una vez legalizado ese contrato, contra cuenta de cobro y previa aprobación del DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA de la Garantía Única, acordado en el mismo contrato...*” y señala que no era necesaria el acta de inicio para pagar el anticipo. Igualmente, afirma que ese dinero ya se había girado al contratista antes del 27 de noviembre, dado que la póliza de garantía se expidió el 20 de octubre de 2000 y la cuenta de cobro se presentó posteriormente. Reprocha, además, que se tenga el pago del anticipo como un indicio en contra, pues es un acto ordinario de la actividad administrativa.

En seguida, indica que el ente acusador faltó al deber de investigación integral, ya que no averiguó sobre aquello que beneficiaba al procesado. Como fundamento, cita los literales A y D de la cláusula primera del contrato de consultoría LIC-SOP-001/2000 – Contrato con Consultores del Desarrollo S.A. – y sostiene que identificar el lote y gestionar el convenio con la alcaldía de Maicao era obligación de la empresa consultora, por lo que el exgobernador no es responsable de que se haya pagado un anticipo por esta obra.

Justifica que ese dinero superara el 50% del total convenido, porque en la cláusula décimo segunda del contrato 238 de 2000 se le asignaron \$352.294.859 a esa construcción específicamente, cuyos estudios y diseños estaban a cargo de la Unión Temporal Fénix. Insiste, además, en que lo cancelado no es un pago anticipado, pues los recursos solo pueden

usarse para cubrir gastos propios del contrato, al tenor de la cláusula décimo segunda, de lo cual el contratista debía constituir una garantía del 100% del valor – cláusula décimo cuarta –. También indica que obra en el expediente el acta de conciliación en la cual se pacta no construir la plaza de mercado de Maicao y el contrato modificadorio No.1, con lo cual se prueba que no se generó un detrimento patrimonial al departamento de la Guajira por este hecho.

Cuestiona la decisión de proferir resolución acusatoria, ya que esta pretende estructurar el delito de peculado por apropiación en favor de terceros partiendo del supuesto de que estaba demostrada la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, con base en actos propios de la fase de ejecución. En el mismo sentido, alega que el concurso heterogéneo de estos dos punibles no opera de manera automática, sino que se debe hacer una valoración fáctica frente a cada uno de los ilícitos. A su vez, insiste en que no existió dolo en la realización de la acción del exgobernador.

Por último, discute que la determinación del monto del peculado se base en el informe pericial No. 2501GIE/S.I./CTI, del 4 de septiembre de 2006, pues este ha sido censurado conjuntamente por la bancada de la defensa por cuanto:

i. No absolvió el cuestionario planteado por el Fiscal, al punto que solo examinó dos de las cuatro obras contratadas. Resalta, en relación con el palacio municipal

de El Molino, que de 89 ítems que conformaban las cantidades de obra, solo fueron evaluadas 32. Con respecto al terminal de transporte y a la plaza de mercado de San Juan del Cesar, solo se estudiaron 20 de 72 elementos. En ese sentido, se trasgrede lo preceptuado en el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal.

ii. El listado de precios básicos de la vigencia 2000 apócrifo, como quedó demostrado con las certificaciones del departamento y los testimonios de Manuel Magdaniel y Alejandro Builes.

iii. La perito “*supone o inventa*” los valores de AIU e IVA sobre la utilidad, los cuales no están en el mencionado listado de precios. También incluye ítems que no hacen parte de las obras e ignora otros y, además, modifica sus valores, para cuantificar el peculado.

iv. No alcanza el nivel de rigor necesario para ser un apoyo u orientación para el funcionario judicial, por lo que sus conclusiones no pueden ser tomadas como especializadas.

v. Contrario al objetivo del dictamen, solo produjo confusión y atentó contra el derecho de defensa del acusado.

4. Con todo, solicita a la Sala que profiera sentencia absolutoria en favor de ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, toda vez que no se cumplen los requisitos del artículo 332 de la Ley 600 de 2000, por ausencia de tipicidad subjetiva frente al

delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y ausencia probatoria en la demostración objetiva y subjetiva del tipo de peculado por apropiación en favor de terceros.

3.4. La defensa de Hernando David Deluque Freyle

1. Después de hacer una relación de los hechos y la calificación jurídica dada por la Fiscalía, la defensa comienza con la materialidad del tipo objetivo del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Así, señala que las vicisitudes que tuvo que afrontar su prohijado y que eran necesarias para desarrollar el contrato fueron consecuencia de los errores presentados en la etapa precontractual y contractual de la que él no hizo parte. También, dice que el ente persecutor endilga responsabilidades presentadas en la etapa de ejecución, las cuales están excluidas del ámbito de persecución de la norma. Al respecto, cita los reproches elevados por avalar el acta de reinicio de las obras del 13 de febrero de 2000, el contrato modificatorio No. 1, los adicionales Nos. 1 y 2 y las resoluciones por medio de las cuales se ordenó el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

De esta forma, sostiene que solo la censura relativa a la liquidación y pago del contrato 238 de 2000 se encuadra en la

descripción del punible y, frente a esto, el informe pericial No. 2501 GIE/S.I./CTI del 4 de septiembre de 2006 es sobre el cual se erige todo el juicio de responsabilidad en contra de su poderdante – tanto para el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales como para el de peculado por apropiación –. En ese sentido, exonera a su defendido el hecho de que los faltantes de obra y sobre costos se descubrieran en el 2006, es decir, tres años después de haber liquidado el contrato.

2. Respecto al cuestionamiento por haber autorizado el reinicio de las obras sin que las razones de la suspensión hubieran sido superadas, expresa que el exgobernador decidió impulsar el desarrollo de la obra, en lugar de decretar la caducidad o terminación del contrato, con el fin de evitar consecuencias más gravosas para el departamento. Sostiene que el contrato modificatorio No.1 no afectó el objeto contractual original.

Sobre los contratos adicionales No. 1 y 2 afirma que se aumentó el valor, pero siempre “*dentro del espectro de las obras*” inicialmente contratadas. A su vez, alega que con estas no se excedió el 50% de la cuantía inicial, pues se toma como referencia lo estipulado primigeniamente, mas no el valor después del modificatorio.

Insiste en que estas actuaciones hacen parte de la fase ejecutiva del acuerdo 238 de 2000, por lo que no puede enrostrarse responsabilidad por esto.

3. De las resoluciones de reconocimiento del restablecimiento económico, asegura que la Fiscalía General de la Nación presenta una censura “retórica”, ya que no especifica la manera como se buscaba favorecer al contratista o a los intermediarios. A su parecer, con las pruebas que se hallan en la foliatura está claro que el contratista sufrió costos imprevistos, dentro de los cuales se encuentran la extensión de la duración del contrato – que pasó de seis meses a dos años – y el aumento del IVA sufrido en el año 2001 – que subió un punto porcentual –.

Alega sobre la plaza de mercado de Maicao que, como inicialmente estuvo contemplada dentro de las obras a construir, la Unión Temporal Fénix tuvo que emplear tiempo, personal y logística hasta cuando se decidió excluirla. Frente al terminal de paso y la plaza de mercado de San Juan del Cesar, sostiene que, al no reubicar a los vendedores ambulantes por una falla en la planeación atribuible a la alcaldía, se generaron retrasos que aumentaron los costos. Asimismo, dice que el diseño inicial tuvo modificaciones necesarias para asegurar su funcionamiento, tal y como lo manifestó Samuel Pulido Coy en su testimonio. Transcribe apartes de esa misma declaración y de la ofrecida por Néstor Guillermo Mendoza García en las que se reseñan cambios a

los planos del Palacio Municipal de El Molino que, al igual que la obra en San Juan del Cesar, implicaron más materiales y más tiempo de duración de los trabajos.

Por su parte, dice que el puente sobre el río Ranchería tuvo que replantearse de nuevo, toda vez que existía una alta probabilidad de que la estructura sufriera un mayor deterioro debido a la demolición que debía hacerse, como quedó expresado en el acta de suspensión del 28 de noviembre de 2000. Según lo relatado por Samuel Pulido Coy, Benjamín Tomás Herrera Amata y Alejandro Magno Builes Suárez, esto ocasionó que Corpoguajira exigiera una nueva licencia ambiental, lo cual implicó mayores costos para el contratista.

Aduce que, por la ampliación del plazo inicialmente pactado, el Índice de Precios al Consumidor (IPC) afectó el equilibrio económico. Al haberse pactado por precios unitarios, se presentaron aumentos, pues el cálculo de la propuesta se hizo para seis meses de duración, conforme a lo expresado por Benjamín Tomás Herrera Amaya. Todo esto trajo consecuencias, según Samuel Pulido Coy, en los pagos por maquinaria, profesionales dispuestos, carga administrativa, entre otros.

Además, insiste en que el contratista pidió un reajuste por valor de \$125'898.824 y, por diligencia del exgobernador,

finalmente le fueron reconocidos \$87'830.059, lo cual es un valor muy inferior al pretendido.

4. Justifica la liquidación y pago del contrato en el hecho de que las obras fueron entregadas a satisfacción, de conformidad con lo pactado en el contrato 238 de 2000, junto con sus adicionales y modificatorios. Como apoyo relaciona el informe No. 2501 de 2006 en el que, a pesar de los reparos encontrados, no se consigna en "*en ninguna parte*" que las construcciones hubieran quedado inconclusas. También alega que el informe No. 639246 de noviembre de 2011 concluyó que todos los recursos fueron invertidos en su integridad, pues determinó que los recursos ejecutados alcanzaron la suma de \$3.211'509.282, lo cual, teniendo como cuantía \$3.211'512.941, arroja una diferencia de tan solo \$3.659.

Aclara que para el Palacio Municipal de El Molino se le solicitó a la gobernación un predio distinto al inicialmente previsto, por lo que el compromiso consistió en que el departamento proveería los recursos ofrecidos al comienzo, mientras que los adicionales vendrían a ser sufragados por la Alcaldía.

A su vez, afirma que el hecho de que el terminal de paso y la plaza de mercado de San Juan del Cesar estuviera en abandono es un asunto que se escapa del dominio del acusado.

5. Recuerda las objeciones presentadas al informe de policía judicial No. 2501GIE/S.I./CTI, del 4 de septiembre de 2006 y reitera que existen ocho objeciones que soportan su pretensión para que se desestime lo allí consignado. Estas son:

a. No se tuvieron en cuenta la totalidad de los planos estructurales y las memorias de cálculo de todas las obras.

b. Errores aritméticos que disminuyeron las mayores cantidades de obra entregadas en un valor cercano a los 35 millones de pesos.

c. Errores en la toma de datos respecto de la plaza de mercado y el terminal de transporte de San Juan, en los ítems “pañete exterior” y “zócalo media caña en granito”. Dice que el perito se equivocó al transcribir datos del acta de recibo final, por lo que los resultados son falsos.

d. Error en la toma de datos del Palacio Municipal de El Molino en: (i) levante en ladrillo para cuchilla – altura correcta a trabajar en cuchilla o culata (ii) columnas – altura correcta a trabajar en columnas, (iii) antepechos, pañete lineal exterior, zócalos, graniplast exterior, pañetes.

e. No se conoce el origen, creación, ni vinculación legal de listado de precios oficiales usado por el perito. El listado de precios es de referencia, no es fiable, porque tiene errores o inconsistencias.

f. Al comparar los precios finalmente pagados con el listado de precios oficiales, el perito considera el AIU en estos, pero no lo hace en el listado de precios unitarios oficiales, lo que genera conclusiones falsas, pues aumenta equivocadamente la diferencia entre unos y otros.

g. No se tuvo en cuenta el cambio del IPC del año 2001 al 2002.

h. No se tuvo en cuenta el aumento de un punto porcentual del IVA para el año 2001.

6. Respecto al informe pericial No. IP0006838597 del 3 de diciembre de 2021 – ordenado dentro del incidente de objeción al dictamen –, sostiene que el experto acepta como válido para todo el departamento el listado de precios de mercado realizado por miembros de la comunidad de El Molino y de allí saca conclusiones. En ese sentido, ese listado carece de la rigurosidad necesaria para ser un verdadero presupuesto, pues los habitantes de aquella ciudad no incluyeron los estudios y diseños, las especificaciones técnicas, los planos, ni lo relativo al cumplimiento de la norma NSR10, etc. Tampoco se sabe si ese listado incluye el IVA o el AIU, el valor de las estampillas, mano de obra, pólizas de seguro, entre otros.

En contraste, según los testimonios de Gary Espitia Camargo, Benjamín Tomás Herrera Amaya, Alejandro Magno

Builes Suárez y Ana Leonor Cepeda Torres, para la definición de los valores del mercado de ese contrato, se revisaron los precios manejados en la zona de construcción y se analizan los elementos que tendrían que ser “importados” de otros municipios o departamentos. Esa fue la labor de la gerencia del proyecto.

Alega una falta de imparcialidad por parte de los expertos que elaboraron los dos dictámenes, pues, María Patricia Restrepo Fierro, perito que realizó el primero de ellos – No. 2501 de 2006 – había hecho previamente el informe No. 0247 de 30 de enero de 2006, lo cual le genera un sesgo y un prejuicio evidente, mientras que el segundo fue suscrito por Bladimir Epsom Romero Cardozo de quien se puede predicar una tendencia a apoyar el trabajo de Restrepo Fierro, por pertenecer al mismo grupo de policía judicial y ser colega y compañero de trabajo de quien emitió el dictamen objetado.

Con todo, pide que se rechace de plano la experticia, dado que presenta errores graves en su metodología y conclusiones y por incumplimiento del inciso 2° del artículo 251 de la ley 600 de 2000.

7. Frente al peculado por apropiación, reitera que la única prueba con la que cuenta la Fiscalía General de la Nación para acusar a su defendido es el informe de policía judicial No. 2501 de 2006. Por consiguiente, afirma que para

la época en la que sucedieron los hechos, esto es, entre 2001 y 2003, no existía información que permitiera conocer de irregularidades relativas a las cantidades de obra o a los precios unitarios o a alguna afectación al patrimonio público.

Resalta que el exgobernador no firmó el acta de liquidación del contrato, pues fue el Secretario de Obras Públicas quien lo hizo a nombre del departamento, y que, como esta contaba con todas las actas de recibo parcial y final de la obra, se cumplió con lo dispuesto en la cláusula 31 del contrato 238 de 2000. Además, dice que en la redacción original del artículo 62 de la ley 80 de 1993 no se exige la presencia del jefe del ente territorial para la liquidación.

Como su defendido es abogado de profesión, no tiene la formación necesaria para identificar faltantes de obra o sobrepagos de los elementos usados. Por esta razón, dice que se basó en el principio de confianza, pues no participó en la etapa de estudios y diseños previos, en las etapas precontractual y contractual ni en las entregas parciales o finales de la obra. En estas fases intervino en representación del departamento Alejandro Builes, en calidad de secretario de obras públicas.

Al final, afirma que hay ausencia de dolo en la actuación de su prohijado y recuerda que en nuestro ordenamiento existe una prohibición de responsabilidad objetiva, por lo que

le pide a la Sala emitir sentencia absolutoria en favor de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE por los dos delitos por los que se le llamó a juicio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2018, que adicionó los artículos 234 y 235 numeral 5° de la Carta Política y el numeral 6° del precepto 75 de la ley 600 de 2000,¹¹ la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad de juzgar a Gobernadores.

El fuero de juzgamiento al que alude el numeral 5° de la norma superior es una garantía de carácter constitucional que obliga a un procesamiento especial radicado en determinados operadores jurídicos y del cual se goza desde el momento en que se asume el cargo, *“es decir basta la sola objetividad de comprobar la vinculación con el cargo para que los operadores judiciales especiales adelanten la investigación y juzgamiento”*.¹²

¹¹ Frente a la referencia al numeral 4 del artículo 235 de la Constitución Política que hace el artículo 75 de la Ley 600 de 2000, debe entenderse que está en realidad corresponde al numeral 5, pues la modificación fue introducida por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2018.

¹² CSJ SCP, 11 de julio de 2012, Rad. 39218.

En efecto, se acreditó que **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** ejerció como Gobernador del departamento de la Guajira para el periodo 1998-2000,¹³ mientras que **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE** lo hizo para el periodo 2000 – 2003.¹⁴

El párrafo del artículo 235 de la norma constitucional prevé que, en aquellos eventos en que los Gobernadores hubiesen cesado en el ejercicio de su cargo, la Sala conserva la competencia siempre y cuando el delito que se le impute tenga relación con las funciones desempeñadas.¹⁵

Esta Corporación ha reiterado que el fuero constitucional de los Gobernadores surge de dos posibilidades: i) que el imputado o sindicado de una infracción a la ley penal se desempeñe como tal, lo que exige la actualidad de la investidura o que, ii) después de haber cesado en sus funciones, la conducta que se le imputa tenga relación con las mismas.

En el presente asunto, los acusados ya no se desempeñan como titulares del ente territorial. Sin embargo, la Sala tiene competencia, pues las conductas que se les enrostran – contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros – se realizaron cuando tenían la

¹³ Folios 138 y 139 C. O. 2 Fiscalía

¹⁴ Folios 140 y 141 ibidem.

¹⁵ CSJ. AP. 1 sept. 2009, rad. 31652 y 15 nov. 2009, rad. 27032.

calidad de Gobernadores del departamento de la Guajira en sus respectivos periodos.

2. Requisitos para proferir sentencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, se podrá proferir sentencia condenatoria cuando de la valoración conjunta de los medios de prueba derive la certeza de la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del acusado. A este grado de conocimiento se arriba cuando *“es posible reconstruir históricamente lo acontecido – hechos jurídicamente relevantes – y se logra la identificación de los elementos necesarios para deducir la responsabilidad”*.¹⁶

En consonancia con lo anterior, la legislación procesal establece que el acervo probatorio recaudado durante el decurso procesal debe ser ponderado en conjunto, de acuerdo con los postulados que rigen la persuasión racional, esto es, las leyes de la ciencia, los principios de la lógica y las reglas de experiencia. A su vez, debe asignársele el mérito que a cada cual corresponda (art. 238 Ley 600 de 2000) a fin de establecer las adecuadas consecuencias jurídicas que de allí se deriven.

Siendo así, la Sala procederá a establecer si, con fundamento en los medios probatorios allegados, se acreditan con certeza las categorías de las conductas punibles y la consecuente responsabilidad de **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR**

¹⁶ CSJ SP, 23 Nov 2016, Rad. 44312.

y **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE**, quienes fueron acusados como presuntos autores responsables de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros.

Para el efecto, es preciso señalar que la Sala adelantará los juicios de cada procesado por separado. En primer término, se mencionarán las conductas por las cuales se acusó al aforado y la manera en que se tipifican. Seguidamente, se analizarán y valorarán en concreto los medios de prueba recolectados. Se expondrán posteriormente, siguiendo el orden racional, los argumentos que permiten conceder o no credibilidad a los medios de convicción y, en su análisis, se responderá a los alegatos de los sujetos procesales.

3. ÁLVARO CUELLO BLANCHAR

Se acusó a **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** como autor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 410) y peculado por apropiación en favor de terceros (art. 397).

De los punibles en particular

En primer lugar, es pertinente aclarar que los hechos por los cuales se procesa a **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** sucedieron entre el 9 de diciembre de 1999 – fecha en la que se expidió la Ordenanza 034 – y el 27 de noviembre de 2000 – día

en el que se suspendió la ejecución del contrato 238 -. En este sentido, el proceso es llevado por el rito de la ley 600 de 2000. Por esta misma razón, tampoco será aplicable el incremento punitivo decretado por la ley 890 de 2004.

Contrato sin cumplimiento de requisitos legales

1. La defensa del acusado alega que, para el momento en que sucedieron los hechos, la norma que regía el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales era la consagrada en el artículo 146 del Código Penal de 1980 y no la recogida en la Ley 599 de 2000, pues esta última, de acuerdo con su artículo 476, entró en vigor el 24 de julio de 2001¹⁷ y la última actuación de su defendido se desplegó en noviembre de 2000. En ese sentido, aquella norma exigía para la configuración del tipo que la conducta se cometiera con el “*propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero*”. Como en este caso no se acreditó esa intención, pues se acusó formalmente con base en el artículo 410 del Código Penal actual que eliminó ese ingrediente normativo, la acción es atípica y no puede proseguirse con el enjuiciamiento.

Al respecto, se debe aclarar que el propósito de obtener provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero por el que reclama el letrado se eliminó en la nueva redacción por innecesario. Es decir, a pesar de que la norma de 2000 no lo contiene de manera expresa, el mismo se entiende inmerso

¹⁷ La ley 599 de 2000 fue promulgada el 24 de julio de 2000 y el artículo 476 establece que su vigencia comenzaría un año después de su publicación.

dentro de sus características, por lo que no existió variación en la descripción del artículo 410 de la Ley 599. El hecho de que la primera jurisprudencia que reparó en el asunto haya sido la emitida el 20 de mayo de 2003, dentro del radicado 18754,¹⁸ no quiere decir que los elementos del delito cambiaron a partir de ese momento, sino que hasta entonces la Corte no había tenido oportunidad de pronunciarse. Por consiguiente, resulta indiferente para la adecuación típica que la acusación se haya proferido con base en la codificación del nuevo milenio, pues los requerimientos normativos son los mismos.

De lo anterior se extrae que las exigencias probatorias para adelantar la persecución penal no tienen que dirigirse específicamente para acreditar ese particular motivo, pues está claro que, si este no existiera, la contratación pública se hubiera adelantado cumpliendo los requisitos legales establecidos. Así lo ha sostenido esta Corporación cuando afirma que:

*“[L]a jurisprudencia penal tiene decantado que ‘el propósito de obtener provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero’, que consagraba el art. 146 del Código Penal en vigencia del cual sucedieron los hechos y que suprimió por innecesario el 410 del vigente, **se derivaba del simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal aplicables a la selección administrativa**, en consideración –se reitera– a que el objeto de protección del tipo penal es el principio de legalidad en la contratación estatal, cuyo quebrantamiento por el servidor público estructura objetivamente ese*

¹⁸ Aunque en la sentencia CSJ, 12 ago. 2002, rad. 18029 ya se trata el asunto.

tipo penal".¹⁹ (Negrilla fuera de texto).

En cuanto a la aplicación de uno u otro en beneficio del procesado por esa razón, esta Corte, desde su Sala de Casación, ha reiterado que esa es una favorabilidad apenas aparente, ya que, como se mencionó, la descripción típica contemporánea no prescinde de aquel interés ilícito, sino que lo considera inmerso dentro del mismo. Por lo tanto, se insiste en que el hecho de que en la nueva codificación no se incluyera la finalidad de obtener ese provecho, no quiere decir que ese requisito dejó de exigirse, sino que se entiende que una contratación pública que no cumplió con los requisitos legales obedeció a la intención de conseguir un beneficio ilegal para el contratante, el contratista o para un tercero:

*“Ciertamente, la jurisprudencia de la Sala ha precisado que esa modalidad conductual de celebración indebida de contratos que nuestro ordenamiento penal sustantivo tipificó en el Decreto 100 de 1980 en su Art. 146, modificado por el Art. 1° del Dto. 141/80, el 57 de la Ley 80/93, y 32 de la Ley 190/95, y actualmente lo hace en el Art. 410 de la Ley 599 de 2000, en ambas codificaciones tiene similar estructura; la diferencia entre una y otra estriba en que en la disposición de la legislación derogada, la conducta debía obedecer a la finalidad de obtener provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, mientras que en la nueva tipicidad se eliminó expresamente esa “ultrafinalidad”, lo que en principio haría suponer que la descripción actual es más exigente; **ventaja que sólo resulta ser aparente mas no real, pues la actual tipificación no excluye el propósito patrimonial que se configura por la***

¹⁹ CSJ, 5 ago. 2015, rad. 46201. Que reitera lo dicho en CSJ, 28 nov. 2007, rad. 26857. Ver también: CSJ, 17 jun 2004, rad. 18608; CSJ, 9 feb. 2005, rad. 21547; CSJ, 18 dic. 2006, rad. 19392; CSJ, 6 may. 2009, rad. 25495.

violación de los principios que regulan la contratación estatal".²⁰ (Negrilla fuera de texto).

De modo que los requerimientos normativos para la adecuación de la acción delictiva – y su consecuente persecución judicial – son iguales en uno y otro caso. Que el legislador no haya estipulado de manera expresa la intención de lograr una utilidad indebida no significa que se haya eliminado, sino que, simplemente, se entendió que el punible lo contenía implícitamente.

En todo caso, por aplicación del principio de legalidad, se adelantará el proceso con observancia del artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por los artículos 57 de la ley 80 de 1993 y 32 de la Ley 190 de 1995, pues el ámbito punitivo de la Ley 599 de 2000 no resulta ser más benévolo. Lo anterior, toda vez que aquel decreto establece una pena de multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, mientras que la redacción original ²¹ del Código Penal actual disponía una sanción pecuniaria de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así las cosas, en cuanto a la multa resulta aplicable la consagrada en el artículo 32 de la Ley 190 de 1995, por favorabilidad, esto es entre diez (10) y cincuenta (50) salarios

²⁰ CSJ, 28 nov. 2007, rad. 26857. Que reitera lo dicho en CSJ, 12 de ago. 2002, rad. 18029 y CSJ, 9 feb. 2005, rad. 21547. Ver también: CSJ, 17 jun. 2004, rad. 18608; CSJ, 15 abr. 2004, rad. 18454, entre otras.

²¹ Antes de la expedición de la ley 890 de 2004.

mínimos legales mensuales vigentes, conforme se consignará en el acápite correspondiente de esta providencia.

2. De la lectura del tipo penal se tiene que, para que una acción concreta se adecúe a lo consagrado en la norma, se requiere que un servidor público, en el ejercicio de sus funciones, **tramite, celebre o liquide** un contrato estatal sin haber verificado el cumplimiento de los requisitos esenciales dispuestos en la ley correspondiente.

Al ser un tipo penal en blanco, es necesario remitirse a normas que no se encuentran dentro del ordenamiento penal, con el fin de hallar allí el complemento necesario para comprender el supuesto de hecho y la conducta delictiva. En esta clase de punibles la consecuencia está debidamente descrita, pero no se define la acción concreta. La Corte constitucional los definió como aquellos *“en que el supuesto de hecho se encuentra desarrollado total o parcialmente por una norma de carácter extrapenal”*.²²

En ese sentido, la jurisprudencia de ese tribunal también ha determinado cuatro requisitos para que la remisión que se hace se adecúe a la ley. Así, dice que: *“En primer lugar, la remisión debe ser precisa; en segundo lugar, la norma a la cual se remite debe existir al momento de conformación del tipo penal. En tercer término la norma de complemento debe ser de conocimiento público y, finalmente,*

²² Corte Constitucional, sentencia C-121 de 2012.

debe preservar, como cualquier norma del ordenamiento, los principios y valores constitucionales".²³

Por su parte, la Sala de Casación Penal de esta Corporación señaló en la providencia CSJ SP, 12 de diciembre de 2005, radicado 23899,²⁴ que:

"[E]s preciso distinguir entre el núcleo esencial y el complemento. El primero, corresponde a la libertad de configuración normativa del legislador, en el sentido de señalar con claridad y precisión tanto los elementos básicos de la conducta punible, como la correspondiente punibilidad, además del reenvío expreso o tácito a otro precepto. El segundo, esto es, el complemento, especifica las condiciones en que tiene lugar aquél, ya sea de índole penal o extrapenal, pero siempre que tenga carácter general y sea expedido por quien tiene competencia para proferirlo.

El núcleo y el complemento integran una sola disposición esencial pero ambos deben sujetarse a las exigencias del principio de legalidad, esto es, deben ser previos a la comisión de la conducta punible (ley previa), no puede confiarse a la costumbre o a preceptos no expedidos por el legislador el señalamiento de los elementos estructurales del núcleo o la sanción (ley escrita) y tanto el núcleo como el complemento deben ser claros, ciertos e inequívocos (ley cierta)".

La razón de ser de estas tipificaciones radica en que existen quehaceres específicos estrechamente relacionados con otras ramas del ordenamiento que, por ser más dinámicas y activas que las leyes criminales, permiten una definición más

²³ Corte Constitucional, sentencia C-605 de 2006

²⁴ Reiterado en la SP14190, del 5 de octubre de 2016, rad. 40089.

adecuada a la que se pretende prohibir y proporcionan mejores formas de entender los daños al bien jurídico que se intenta proteger.

Ahora bien, para el caso en concreto, resulta ineludible remitirse a las leyes que regulan la contratación estatal, para definir si se dio cumplimiento a los requisitos legales o si, por el contrario, estos fueron quebrantados.

Del tipo objetivo

En vista de que la acusación elevada por la Fiscalía se dirige en contra de cuatro conductas diferenciadas, se presentará primero el análisis sobre las cuales no se encuentra mérito para atribuir responsabilidad penal y, posteriormente, se describirán aquellas por las que sí se materializó el tipo objetivo.

i. Conductas por las que se absuelve:

1. El primer reproche elevado por la Fiscalía General de la Nación en contra de ÁLVARO CUELLO BLANCHAR consiste en la desatención del principio de publicidad.

El artículo 209 de la Constitución Política dispone que la función administrativa se desarrolla con fundamento, entre otros, en la publicidad de las actuaciones estatales. Con esto, se promueve la transparencia y se permite el control ciudadano

de las actuaciones del Estado. Así lo ha entendido la Corte Constitucional cuando afirma que:

“... el principio de publicidad es una garantía constitucional que da seguridad a las relaciones jurídicas; facilita el control ciudadano de las decisiones de las autoridades; permite el ejercicio de varios derechos fundamentales y contribuye de manera esencial al adecuado desarrollo y realización de los fines del Estado”.²⁵

En materia de contratación estatal, lo que se busca es asegurar la libre concurrencia y materializar el deber de selección objetiva en aras de lograr la mayor eficiencia tanto en la escogencia del contratista como en la finalidad que se persigue. El mismo tribunal constitucional sostuvo en otra oportunidad que:

“La publicidad de los contratos como exigencia contractual tiene como finalidad realizar una comunicación masiva que tiene por objeto informar, persuadir y conseguir un comportamiento determinado de las personas que reciben esta información, principio que nuestra legislación sobre contratación estatal recoge en un conjunto de reglas que lo instrumentalizan, y que bien puede adicionar el legislador en ejercicio de su libertad de configuración en esta materia, al crear sistemas, catálogos y registros para hacerla más transparente y facilitar su vigilancia, como ocurrió en el presente caso, pues sin violar el principio de unidad de materia se armoniza todo el sistema”.²⁶

²⁵ Sentencia C-802 de 2006. Reiterado en la Sentencia C-711 de 2012.

²⁶ Sentencia C-384 de 2003.

Este mandato encuentra su desarrollo legal en los artículos 22.7, 30.3 y 30.8 de la Ley 80 de 1993.²⁷ Su intención es asegurar una adecuada comunicación con los ciudadanos, para que estos tengan la posibilidad de participar, concurrir y vigilar las actividades que la administración despliega para cumplir con sus funciones. Estas reglas están orientadas a motivar la intervención ciudadana dentro de un marco de igualdad y promover la realización de los fines constitucionales del Estado.

En el caso concreto, se cuestiona su desatención, por la falta de correspondencia entre la autorización conferida por la Asamblea Departamental mediante la ordenanza 034 de 1999, el objeto de la licitación pública No.013 de 2000 – que se abrió a través de la Resolución 430 del 28 de abril de 2000 –, lo publicado en el Diario Oficial y lo finalmente contratado de manera directa.

Se tiene que la ordenanza 034 de 1999²⁸ dispuso en su artículo 4° que se autorizaba al gobernador del departamento a contratar con cargo a las vigencias futuras la ejecución de determinadas obras, dentro de las cuales, en el punto 2.3 “Subprograma Equipamiento (sic) Municipal”, se relacionaron (i) la construcción y adecuación del Palacio Municipal de la Jagua del Pilar, (ii) construcción y adecuación del Palacio Municipal de El Molino, (iii) construcción del terminal de paso

²⁷ Todos en su redacción original.

²⁸ Folios 2 a 6 Cuaderno Anexo Fiscalía 2.

y la plaza de mercado de san Juan del Cesar y (iv) el diseño y la construcción de la plaza de mercado de Maicao.

Mediante la Resolución 430²⁹ del 28 de abril de 2000, la Gobernación abrió la licitación pública No. 013, con el fin de concretar el mandato recibido. Sin embargo, en su objeto, como lo señala el ente acusador, se omitió la construcción y adecuación del Palacio Municipal de la Jagua del Pilar y, en contraste, se incorporaron la construcción del Palacio Municipal de Hatonuevo y del puente sobre el río Ranchería que comunica al municipio de Fonseca con el corregimiento El Hatico.

La publicación de ese proceso se realizó el 8 de mayo de 2000 en la edición 43.997 del Diario Oficial³⁰ en la que equivocadamente se convoca a participar en la licitación No. 011 y, a diferencia de lo consignado en la Resolución 430, se invita a presentar ofertas para la construcción, ampliación y remodelación de los palacios municipales de la (i) Jagua del Pilar, (ii) El Molino y (iii) Hatonuevo, para la (iv) construcción de la terminal de paso y la plaza de mercado de San Juan del Cesar y para (v) la construcción de la plaza de mercado de Maicao. Es decir, en la publicación sí se relaciona la construcción del Palacio Municipal de la Jagua del Pilar, la cual no estaba contenida en el objeto de la licitación y no se menciona la construcción del puente sobre el río Ranchería. El

²⁹ Folio 23 Cuaderno Fiscalía 1.

³⁰ Folio 24 ibídem.

10 de mayo siguiente, en la edición 43.999 del Diario Oficial,³¹ se corrigió el número de la licitación que se abría, pero no se cambiaron las obras de la convocatoria.

Terminado el proceso licitatorio, se firmó el contrato de obra pública No. 238 del 25 de septiembre de 2000.³² En este se dispuso como objeto: *“La construcción, ampliación y/o remodelación de los palacios municipales de: El Molino y Hatonuevo, la construcción de la terminal de paso y plaza de mercado de San Juan del Cesar, la construcción de la plaza de mercado de Maicao y la construcción del puente sobre el río Ranchería que comunica a Fonseca con el corregimiento El Hatico”*. La construcción del Palacio Municipal de la Jagua del Pilar no hizo parte de las obras a realizar.

Como lo resalta la Fiscalía, efectivamente existió una incongruencia entre la publicación de la convocatoria y el objeto del contrato, pues, a pesar de que se anunció en el Diario Oficial la construcción del Palacio Municipal de la Jagua del Pilar, al final esta obra no se incluyó en el convenio celebrado. A su vez, la construcción del puente sobre el río Ranchería hacía parte de la apertura de la licitación, pero no se relacionó en la publicación oficial.

Sin embargo, tal desatención no reviste los elementos necesarios que conllevarían a una trasgresión del principio de

³¹ Folio 25 ibídem.

³² Folios 104 a 113 ibídem.

publicidad y, por consiguiente, no representan las características del delito enrostrado. Esto, por cuanto existieron diversos actos administrativos adicionales a los relacionados – incluyendo una nueva publicación de la convocatoria – en los que siempre estuvieron claras las construcciones para las que se invitaba a presentar ofertas, por lo que los fines perseguidos con la consagración del principio de publicidad no sufrieron ningún menoscabo.

Al revisar todo el proceso de adjudicación, se observa que se expidieron varias resoluciones que daban cuenta de que el objeto era el mismo y que no cambió con el tiempo. En todas esas providencias que se emitieron con ocasión de la licitación se conservó la misma relación de obras y no se presentaron cambios.

Así, se tiene que el 19 de mayo de aquel año, por medio de la Resolución 538³³, se suspendió la licitación pública No.13 para realizar ajustes técnicos. Tres días después, el 22 de mayo, la Resolución No. 543³⁴ ordenó que se reabriera el proceso a partir del 26 de mayo a las 3:00 p.m. Posteriormente, el 8 de junio de 2000, se promulgó el Adendo 1,³⁵ a través del cual se aclararon y modificaron algunos numerales del pliego de condiciones y, ese mismo día, mediante la Resolución 660,³⁶ se ordenó la prórroga del cierre del proceso – plazo que fue

³³ Folio 26 ibídem.

³⁴ Folio 27 ibídem.

³⁵ Folio 28 ibídem.

³⁶ Folio 31 ibídem.

ampliado de nuevo por la Resolución 667³⁷ del 9 de junio de 2000 -. El 14 de junio se emitió la Resolución 784³⁸ que suspendió por última vez el proceso. El último acto administrativo realizado antes del cierre de la licitación fue la Resolución 1140³⁹ del 8 de agosto, con la cual se estableció el cierre para los 5 días siguientes.

En todas esas resoluciones que se expidieron existió coincidencia absoluta respecto de las edificaciones que se pretendía contratar. En ellas siempre se estipuló que la licitación iniciada consistía en la construcción, ampliación y remodelación de los palacios municipales de (i) El Molino y (ii) Hatonuevo, (iii) la construcción del terminal de paso y la plaza de mercado de San Juan del Cesar, (iv) la construcción de la plaza de mercado de Maicao y (v) la construcción de puente sobre el río Ranchería que comunica a Fonseca con el corregimiento El Hatico.

Como se observa, no se ocultó ni encubrió la intención de la Gobernación, pues los proyectos siempre fueron los mismos y todo aquel que quiso participar tuvo claro de cuáles se trataba. En consecuencia, si la publicidad implica permitirle conocer a la sociedad el propósito de la administración, aquí se cumplió, a pesar del error en lo consignado en el Diario Oficial.

³⁷ Folio 34 *Ibidem*.

³⁸ Folio 33 *Ibidem*.

³⁹ Folio 32 *ibidem*.

Ahora bien, el reproche que postula la Fiscalía afirma que la vulneración al principio ocurre hasta la firma del contrato, lo cual sucedió una vez declarado desierto el proceso licitatorio el 16 de agosto de 2000.⁴⁰ No obstante, después de haber abierto las urnas y acreditado que no concurrió ningún proponente,⁴¹ la Gobernación procedió no solo a enviar invitaciones a participar a determinadas personas jurídicas, sino también a publicar de nuevo una convocatoria con el fin de promover la presentación de ofertas.

Dentro de la foliatura se observa que el 22 de agosto de ese año se publicó en el diario El Heraldó un aviso de prensa en los siguientes términos:

*“OBJETO DE LA INVITACIÓN: El Departamento de la Guajira, desea recibir ofertas para la contratación de ‘La construcción, ampliación y remodelación de los palacios Municipales de El Molino y Hatonuevo, La construcción de la Terminal de Paso y la Plaza de mercado de San Juan del Cesar y la construcción de la Plaza de Mercado de Maicao y la construcción del Puente sobre el Río Ranchería que comunica a fonseca (sic) con el corregimiento de El Hatíco’.”*⁴²

Adicionalmente, en esa misma fecha, se enviaron dos oficios dirigidos a la Constructora Mercurio EU⁴³ y a Ranpetrol Ltda⁴⁴ en los que se les convocaba a entregar propuestas para

⁴⁰ Folios 73 y 74 Cuaderno Anexo Fiscalía 2.

⁴¹ Folio 35 Cuaderno Fiscalía 1.

⁴² Folio 72 Cuaderno Anexo Fiscalía 2.

⁴³ Folios 68 y 69 ibidem.

⁴⁴ Folios 70 y 71 ibidem.

esta contratación en las que se referenció el mismo objeto que había sido publicado en el periódico.

Es decir, después de que se constató que no concurrió ninguna persona a la convocatoria, la Gobernación hizo un nuevo esfuerzo por lograr la adjudicación, para lo cual, como se ha venido relatando, se comunicó a toda la comunidad cuales eran las obras que se necesitaba construir. En este acto se respetó lo establecido en el proceso tramitado, por lo que nunca existieron dudas acerca del objeto de la misma.

Puede llegar a considerarse que, aunque se emitieron varios actos administrativos durante el primer llamamiento a presentar ofertas, la incongruencia entre las edificaciones publicadas en el Diario Oficial y las dispuestas en la resolución de apertura de la licitación produjo una confusión en los interesados por lo que no lograron concretar sus propuestas, lo que, a la postre, condujo que se declarara desierta la misma. Sin embargo, dentro de la foliatura existen testimonios que revelan que la falta de ofertas se debió a que se dispuso que el pago se realizaría con vigencias futuras, es decir, que la Gobernación de la Guajira no tenía en ese momento los dineros para pagar al contratista, por lo que este tendría que esperar a que se recaudaran. Eso hacía que no fuera considerada como una oportunidad atractiva, pues los interesados debían usar sus propios recursos en la ejecución del convenio. Así lo manifestaron Samuel Pulido Coy,⁴⁵ Néstor Guillermo Mendoza

⁴⁵ Folio 133 a 137 Cuaderno Fiscalía 3.

García,⁴⁶ Alejandro Magno Builes Suárez⁴⁷ y Gary Eberto Espitia Camargo⁴⁸ quienes coincidieron en esta afirmación.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente relatado, resulta claro que, a pesar de que en las primeras publicaciones realizadas en el Diario Oficial existieron errores en la descripción de las construcciones que se pretendía contratar, todos los demás actos administrativos que tuvieron relación con el proceso licitatorio relacionaron adecuadamente lo establecido en el acto de apertura de la licitación. En esto se evidencia que los administrados tuvieron la posibilidad de conocer las pretensiones del ente territorial y actuar de conformidad con ellas.

Recuérdese que el principio de publicidad es una garantía constitucional, por medio de la cual se le facilita a la comunidad en general la veeduría sobre las decisiones que tomen las autoridades, de la misma forma que apoya al adecuado desarrollo y cumplimiento de los fines del Estado.⁴⁹ A través de este, se pone a disposición de los ciudadanos las actuaciones del poder público para su debido escrutinio, y tiene como fin promover la transparencia y permitir la participación de quienes se encuentren autorizados.⁵⁰

⁴⁶ Folios 138 a 144 ibídem.

⁴⁷ Folios 161 a 166 ibídem.

⁴⁸ Folios 273 a 287 ibídem.

⁴⁹ Sentencia C-802 de 2006. Reiterado en la Sentencia C-711 de 2012.

⁵⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 ene. 2011, rad. 17767.

La comunicación de las licitaciones que se abren pretende no solo informar a la sociedad, sino conseguir de parte de quienes estén interesados un comportamiento determinado: la presentación de ofertas para la celebración del contrato. De esta forma, solo cuando definitivamente no se otorgó la posibilidad de conocer la intención de la Gobernación respecto de lo que se pretendía realizar es cuando se trasgrede el principio de publicidad.

De todo el acontecer fáctico que se relató, se observa que la Gobernación de la Guajira, en cabeza de ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, emitió sendos y numerosos actos administrativos de libre acceso en los cuales siempre se tuvo certeza sobre las obras que la entidad quería desarrollar. En ese sentido, que en las primeras publicaciones hechas en el Diario Oficial los días 8 y 10 de mayo de 2000 se hayan relacionado construcciones distintas a las dispuestas en la licitación no tiene la entidad necesaria para representar una vulneración del mandato superior, pues este error fue subsanado en todas las resoluciones que se emitieron durante el proceso licitatorio, además, por supuesto, de que posteriormente se promulgó un nuevo aviso de prensa que contenía el objeto tal y como se describió en el acto de apertura de la licitación.

Ahora, tampoco existe transgresión al axioma cuestionado, por el hecho de que las construcciones referenciadas tanto en la licitación como en el contrato difieran de aquellas que fueron dispuestas por la Asamblea

Departamental en la Ordenanza 034 de 1999. Es cierto que allí no estaban incluidas las construcciones del puente sobre el río Ranchería y el Palacio Municipal de Hatonuevo y, por el contrario, sí se ordenaba la adecuación del Palacio Municipal de la Jagua del Pilar. Pero esta discrepancia genera más un *desobedecimiento* o una extralimitación de facultades por parte del ordenador del gasto – que se analizarán al estudiar la violación al principio de planeación, según la postulación de la Fiscalía – y no una afrenta a lo estipulado en el artículo 209 de la Constitución Política, dado que la decisión tomada por el mandatario, independientemente de si cumplía o no lo mandado por la Corporación, fue promulgada y conocida por la comunidad, como se explicó en párrafos anteriores.

Por consiguiente, el cuestionamiento del ente acusador en contra del exgobernador por esta particular conducta no prosperará.

2. El ente persecutor endilga responsabilidad penal en contra del exmandatario, por la suspensión de la construcción del puente sobre el río Ranchería que comunica a Fonseca con el corregimiento de El Hatico que ordenó la Corporación Autónoma de La Guajira, ya que no se contaba con la licencia ambiental requerida.

En este punto no se observa transgresión al principio de planeación, pues, de lo hallado en la foliatura, se puede advertir que la falta de licencia ambiental se debió a que,

inicialmente, los trabajos consistirían en una reparación del mismo, por lo que no era necesario conseguirla. Sin embargo, por causas climáticas, al comenzar con la ejecución de la obra se vio la necesidad de plantear su reconstrucción total y, por consiguiente, la exigencia de la licencia ambiental nace después de la celebración del contrato. En ese aspecto coincidieron todos los testigos que declararon dentro del proceso.⁵¹ Así, por ejemplo, Manuel Félix Magdaniel Pabón, Secretario de Obras Públicas del Departamento entre 1999 y 2000:

*“... el puente sobre el ranchería era una emergencia, una calamidad, porque una zona de despensa agrícola estaba incomunicada, ese puente se le había caído un tramo, eso era una reparación, por lo que se determinó no requería estudio de impacto ambiental”.*⁵²

En el mismo sentido, Alejandro Magno Builes Suárez, Secretario de Obras Públicas del Departamento entre 2000 y 2002:

*“... con relación al puente, recuerdo que inicialmente se iba a refaccionar o arreglar una parte del puente que se había caído y como vía ya existente no necesitaba licencia ambiental”.*⁵³

Todo esto se constata, además, con el hecho de que en la primera acta de suspensión se dejó consignado, una vez

⁵¹ Ver las declaraciones de: Samuel Pulido Coy, Folios 133 a 137; Néstor Guillermo Mendoza García, folios 138 a 144; Gary Eberto Espitia Camargo, folios 273 a 287; Benjamín Tomás Herrera Amaya, folios 288 a 300 todos en Cuaderno Fiscalía 3.

⁵² Folios a 153 a 160 ibídem.

⁵³ Folios 161 a 166 ibídem. Reiterado en la declaración del 8 de abril de 2021, rendida ante esta Corporación, CD Folio 83, record 02:00:51, Cuaderno Sala de Primera Instancia 3.

visitado el lugar de las obras, que existía una gran posibilidad de que la estructura sufriera un mayor deterioro.⁵⁴ Por esta razón, los trabajos no pudieron comenzar y se debió escoger otra de las alternativas presentadas por el ingeniero Nelson Molinares, encargado de hacer el diseño.

Los trabajos se reanudaron el 13 de febrero de 2001, después de que se eligió el diseño que más se adecuaba al estado en que se encontraba el puente⁵⁵ y, según consta en la Resolución No. 01386 del 15 de junio de 2001,⁵⁶ Corpoguajira avocó el conocimiento de la solicitud de Licencia Ambiental el 14 de febrero siguiente, por solicitud presentada por la Gobernación de la Guajira.

Ahora, si bien es cierto que esta obra se suspendió el 15 de junio siguiente, porque el departamento no presentó el estudio de impacto ambiental, esto no implica una desatención al principio de planeación. Como se pudo ver en lo anteriormente relatado, la interrupción ordenada por la Corporación Autónoma se debió a circunstancias que se presentaron después de haber celebrado el contrato 238 de 2000, es decir, en su fase de ejecución. En consecuencia, lo acontecido con la construcción de este puente sobre el río Ranchería no puede ser objeto de reproche penal.

⁵⁴ Ver: Acta de Suspensión Folios 141 a 143 Cuaderno Fiscalía 1.

⁵⁵ Ver: Acta de reinicio de obra, folios 144 a 146 ibidem.

⁵⁶ Folios 153 y 152 ibidem.

3. El persecutor acusa al exgobernador por vulneración a lo consagrado en los artículos 24 y 32 de la Ley 80 de 1993, es decir, al principio de selección objetiva, al momento de contratar a la sociedad “Consultores del Desarrollo S. A.”, por cuanto no existe documento alguno que acredite que se realizó convocatoria pública.

La Ley 80 de 1993 dispone en sus artículos 24 y 29 – en su redacción original – que la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público. De esta forma, promueve por que la elección del contratista obedezca a factores de imparcialidad y conveniencia, antes que a favoritismos y preferencias.

El Consejo de Estado ha expresado que este principio es de suma importancia, pues está ligado al interés general, toda vez que persigue la escogencia de la mejor oferta que se haya presentado. Así lo ha considerado:

“[L]a objetividad en la elección de un contratista en cualquier proceso de selección que se trate, hace parte integral del principio de interés general, pues por medio de éste lo que se busca es seleccionar la propuesta que sea más favorable para la satisfacción de los intereses colectivos, siendo improcedente tener en cuenta alguna consideración subjetiva.

Luego, si lo que se busca mediante el principio al que se alude es la escogencia de la propuesta más favorable para la satisfacción de las necesidades o finalidades estatales, es evidente que para que la administración así pueda determinarlo debe realizar un ejercicio comparativo entre las diversas propuestas presentadas, para lo cual debe fijar reglas claras, objetivas y completas que permitan el libre

*acceso al proceso de selección de todos aquellos sujetos interesados en contratar con ella en condiciones de igualdad y libre competencia”.*⁵⁷

En este sentido, es deber de la administración permitir que todos aquellos que estén interesados en participar lo puedan hacer de manera libre y oportuna. Realizar maniobras para que solo un proponente concorra al concurso o a la licitación violaría este axioma de la contratación estatal.

De lo hallado en la foliatura, se encuentran elementos suasorios que permiten concluir que, para la selección de la gerencia de proyectos autorizada por la Asamblea Departamental mediante la Ordenanza 034 de 1999, se abrió una convocatoria pública a la cual se presentaron dos ofertas – incluyendo la de Consultores del Desarrollo S.A. –.

Así, obra en el expediente la Resolución No. 244⁵⁸ de 9 de marzo de 2000, firmada por ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, a través de la cual se le adjudica el contrato a Consultores del Desarrollo S.A. En esta, se lee que el departamento abrió el concurso público 001 de 1999, mediante la Resolución No. 2278 del 14 de diciembre de ese mismo año y, una vez concluido, se procedió a adjudicarlo a la consultora mencionada.

⁵⁷ Op. cit. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de enero de 2016, Expediente 49847.

⁵⁸ Folios 18 y 19 Cuaderno Anexo Fiscalía 5.

Pero si, además de esto, se atiende a lo establecido por el Consejo de Estado, según el cual, para garantizar la escogencia de la propuesta más favorable, es necesario realizar un ejercicio comparativo que, necesariamente, implica que exista más de una oferta, se tiene que en la Resolución No. 244 se explica que al proceso acudieron dos personas jurídicas, cada una con su propuesta independiente: Consultores del Desarrollo S.A. e Hidroestudios S.A. Así, solo una vez calificadas las propuestas y verificado cuál de las dos obtenía el mejor puntaje, se procedió a elegir a la ganadora.

Por lo anterior, no resulta cierto lo afirmado por la Fiscalía en su acusación, por cuanto en el expediente hay prueba de que en la escogencia de la gerencia de proyectos sí se cumplió con lo reglado en los artículos 24, 29 y 32 de la Ley 80 de 1993. De esta forma, no existe mérito para endilgar responsabilidad penal por esta conducta, toda vez que hay evidencia que demuestra que para la contratación de la gerencia de proyectos sí se respetó el principio de selección objetiva.

ii. Conductas que se adecúan al tipo penal:

1. La Fiscalía General de la Nación le reprocha al acusado la violación al principio de planeación.

Mediante este principio se propende por que el servidor público encargado de dirigir la actividad contractual la desarrolle cumpliendo adecuadamente las etapas y los procedimientos dispuestos para lograr el resultado más favorable para la administración, el contratista y los ciudadanos. Con esto, se intenta evitar la improvisación y el desorden en la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

Este axioma hace parte integral de los principios de economía y responsabilidad, según lo consagrado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 y el numeral 2 del artículo 26 ambos de la Ley 80 de 1993. De acuerdo con estos, analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, realizar los estudios y diseños, así como elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia antes del trámite de selección del contratista o de la firma del contrato es una obligación que debe cumplir el director de la administración.⁵⁹ Al respecto, esta Corte, en su Sala de Casación, ha expresado lo siguiente:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido repetidamente⁶⁰ que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable, antes de asumir compromisos específicos en relación con los términos de lo que podrá llegar a ser un contrato y por supuesto mucho antes de su adjudicación y

⁵⁹ Cfr. CSJ SP6809, 25 may. 2016, rad. 40605.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp.14287 y Sentencia de agosto 29 de 2007.

consiguiente celebración, la elaboración previa de estudios y análisis serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos y análisis técnicos; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de los contratos, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras y servicios que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores y constructores profesionales que estén en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar”.⁶¹

De este modo, se entiende que la planeación es una etapa determinante para la correcta ejecución y posterior liquidación del contrato. Este principio guarda una estrecha relación con

⁶¹ CSJ SP, 6 may. 2009, rad. 25495. Reiterado en CSJ SP, 12 dic. 2012, rad. 31508 y CSJ SP, 21 oct. 2013, rad. 41665.

los principios de interés general y legalidad, y permite que la escogencia del contratista, la celebración y ejecución del convenio no dependan del arbitrio, la discrecionalidad y la improvisación del mandatario de turno. En este se originan las características fundamentales que se verán reflejadas en las fases subsiguientes, esto es, la etapa precontractual concreta, la contractual y la postcontractual.⁶²

2. La Fiscalía le atribuye al acusado la violación a este principio, porque, a pesar de haber contado con una gerencia de proyectos que orientara el proceso licitatorio, este tuvo varias suspensiones, modificaciones y prórrogas que demuestran que, al abrir la convocatoria, no estaban elaborados los estudios previos exigidos por la ley. Esta situación condujo a que la ejecución fuera suspendida varias veces, dentro de las cuales se destaca que la primera de ellas sucedió al día siguiente de que se suscribió el acta de inicio. Por todo esto, se alega que no se elaboraron los estudios y diseños “reales” requeridos con anterioridad a la firma del contrato.

La ley 80 de 1993, en el numeral 12 del artículo 25, señala que “[c]on la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia”. Esto quiere decir que la administración debe abstenerse de convocar a los interesados a participar en un concurso de adjudicación si no ha definido

⁶² Cfr. CSJ SP6809, 25 may. 2016, rad. 40605.

adecuadamente el objeto a contratar ni ha determinado las especificaciones que se requieren para ello. Con esta disposición se procura tener claridad acerca de lo que pretende hacer el Estado, con el fin de concederle la oportunidad a los interesados de participar en el proceso, presentando sus propuestas, puesto que, si no se tiene certeza acerca de lo que se quiere construir, no es posible postular un proyecto que se ajuste a las necesidades de la contratación.

El 28 de abril de 2000, por medio de la Resolución 430,⁶³ el gobernador ordenó abrir la licitación pública No. 13, cuyo objeto era *“la construcción, ampliación y remodelación de los palacios municipales de : El Molino, y Hatonuevo, la construcción de la terminal de paso y la plaza de mercado de San Juan del Cesar y la construcción de la plaza de mercado de Maicao y la construcción del puente sobre el río Ranchería que comunica a Fonseca con el corregimiento de Hatico”*. Dentro del cuerpo de esta, se lee en el numeral 3° de la parte considerativa que *“en cumplimiento de las disposiciones legales que reglamentan el proceso licitatorio, como trámite precontractual, se han elaborado los estudios y diseños necesarios para celebrar, previo el trámite de rigor, el contrato que resulte de este proceso licitatorio”*. Con lo anterior se tiene claro que ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, al comenzar el **trámite** del contrato, conocía lo que la normatividad exigía – aspecto que se analizará a profundidad en el acápite del tipo subjetivo –.

A pesar de esto, el desarrollo fáctico posterior demuestra que no se contaba con los análisis completos y que, por

⁶³ Folio 23 Cuaderno Fiscalía 1.

consiguiente, se transgredieron las disposiciones normativas. Una vez observado el acontecer de todo el proceso licitatorio, su posterior declaración como desierto y la subsiguiente contratación de manera directa se tiene claro que, efectivamente, existió una violación al principio de planeación el cual, a la postre, terminó afectando toda la fase de ejecución del contrato. Para llegar a esta conclusión, basta, inicialmente, con observar el camino que se recorrió hasta la firma del contrato.

Se tiene que, a través de la Resolución No. 538 del 19 de mayo de 2000,⁶⁴ el proceso se suspendió con el fin de “*realizar ajustes técnicos necesarios en la elaboración de los diseños, en relación con la obra a licitar*”. Al día siguiente hábil, esto es, el 22 de mayo, mediante la Resolución No. 543,⁶⁵ se resolvió “*reiniciar el proceso licitatorio en consideración, estableciendo como fecha de reapertura el 26 de mayo de 2.000 a las 3:00 p.m.*”.

Esta situación resulta relevante, pues, primero, no se aclara en qué consistían las reformas que los pliegos necesitaban y, además, resulta cuestionable que estos se hubieran corregido en apenas un día hábil, ya que se trataba de la construcción de cinco obras distintas en municipios diferentes. Que en estos actos administrativos no se ofrezcan mayores explicaciones al respecto refleja que la administración no tenía claridad sobre los proyectos que quería contratar.

⁶⁴ Folio 26 ibidem.

⁶⁵ Folio 27 ibidem.

Posteriormente, el 8 de junio, se expidió el Adendo 1,⁶⁶ en el cual se aclaraban algunas observaciones presentadas a la licitación. Dentro de estas, se destaca la indicación del presupuesto fijado para el contrato y la ampliación del plazo de cierre del proceso para el 19 de junio a las 5:00 p.m. – acto que se concretó con la expedición de la Resolución No. 660⁶⁷ de esa misma fecha –. Al día siguiente, el 9 de junio, se emitió un nuevo acto administrativo – Resolución No. 667⁶⁸ – para decidir esto mismo, es decir, para ordenar la ampliación del plazo hasta el 19 de junio de 2000. Estas dos últimas, valga la pena mencionar, fueron suscritas por el gobernador encargado Jaime Espeleta Herrera.

Ahora, aunque ya se habían ajustado los planos y diseños, se había ampliado el término de finalización del proceso de selección, se habían contestado las observaciones presentadas y aclarado el presupuesto, el 14 de junio, apenas tres días hábiles después de la última actuación, se suspendió nuevamente la adjudicación con el fin de, se resalta, “*efectuar reajustes tanto en los diseños elaborados para las obras objeto de la presente licitación, como en el presupuesto de las mismas*”, a través de la Resolución No. 784.⁶⁹ Posteriormente, la Resolución 1140⁷⁰ reanudó la actuación, la cual se cerró el 14 de agosto siguiente, sin que se presentara ninguna oferta.⁷¹

⁶⁶ Folio 28 ibidem.

⁶⁷ Folio 31 ibidem.

⁶⁸ Folio 34 Ibidem.

⁶⁹ Folio 33 Ibidem.

⁷⁰ Folio 32 Ibidem.

⁷¹ Folio 35 Ibidem.

Finalmente, la construcción de las obras fue adjudicada por contratación directa a la Unión Temporal Fénix, con la firma del contrato No. 238⁷² del 25 de septiembre de 2000, después de que se declarara desierto⁷³ el proceso, se enviaran invitaciones a participar⁷⁴ y se recibieran propuestas.

Con lo visto, se evidencia que la Gobernación del Departamento de La Guajira abrió un proceso de selección incumpliendo lo dispuesto en el estatuto de contratación, pues, antes de iniciar aquel procedimiento no se habían elaborado adecuada y completamente los diseños que demanda la ley. Dentro de lo relatado, queda acreditado que no era cierto lo expresado por el gobernador en la Resolución 430 de 2000, pues “*los estudios y diseños necesarios*” no se habían completado “*previo el trámite de rigor*”. El incumplimiento de este requisito derivó en que la selección sufriera interrupciones, prórrogas, aplazamientos y modificaciones que bien se hubieran podido evitar si se hubiera acatado lo reglado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

De todo esto, se resalta que el aforado tuvo una participación directa a lo largo del trámite y, por supuesto, al momento de la celebración. Al revisar las actuaciones

⁷² Folios 104 a 113 ibídem.

⁷³ Folios 73 y 74 Cuaderno Anexo Fiscalía 2.

⁷⁴ No hay registros de que se haya invitado a la Unión Temporal Fénix a participar. Sin embargo, sí se recibió su propuesta y se evaluó junto con la presentada por el Consorcio del Norte. Ver: Evaluación Técnica y Calificación de Propuestas, Folios 41 a 47 Cuaderno Fiscalía 1.

administrativas se advierte que ÁLVARO CUELLO BLANCHAR emitió personalmente cinco resoluciones de las ocho que fueron expedidas durante el transcurso del proceso contractual. Así, se tiene que el exgobernador fue quien abrió la licitación mediante la Resolución 430 del 28 de abril de 2000, en la que, vale la pena recordar, se afirmó que *“como trámite precontractual, se han elaborado los estudios y diseños necesarios para celebrar”* el contrato resultante. Asimismo, fue él quien ordenó la reapertura de la licitación – a través de la Resolución 543 – apenas un día hábil después de que esta se hubiera suspendido para realizar ajustes técnicos a los diseños de las obras.

Adicionalmente, el propio mandatario suscribió la Resolución 784 de 14 de junio de 2000 – por la que se suspendió nuevamente el trámite con el fin de efectuar ajustes tanto en los diseños como en el presupuesto – y fue quien ordenó reanudar el proceso, por medio de la Resolución 1140 del mismo año. Aunado a esto, el exgobernador también expidió la Resolución 1160 que declaró desierta la licitación, para, finalmente, terminar firmando el contrato objeto de estas diligencias.

Con todo lo anteriormente relatado queda en evidencia que ÁLVARO CUELLO BLANCHAR actuó de manera personal durante el trámite y celebración del contrato 238, pues emitió directamente la mayoría de los actos administrativos promulgados en el transcurso del proceso y, asimismo, firmó personalmente el convenio. Su intervención no fue delegada –

salvo en ocasiones muy puntuales – por lo que él tuvo siempre el control del trámite licitatorio y estuvo al tanto de todo lo que acontecía con el mismo.

3. Argumenta el acusado que esos asuntos pertenecían a la órbita de actuación de la empresa Consultores del Desarrollo S.A., que fue contratada para asesorar al departamento. Sin embargo, Ana Leonor Cepeda Torres, quien para la época de los hechos era la subgerente de la sociedad y tenía a su cargo todo este proyecto, manifestó que, si bien la consultoría hacía los pliegos de condiciones, su labor consistía en asesorar a la entidad territorial, que era la que finalmente aprobaba el trabajo realizado. Esto fue lo que dijo en el desarrollo de la audiencia pública:

Magistrada Auxiliar: *Bueno. Vamos a abordar un tema similar, pero ya superado por la explicación que usted me acaba de dar. ¿Usted sabe las razones por las cuales se suspendió ese proceso? Primero ¿usted tuvo alguna participación en la elaboración del pliego de condiciones, para sacar la licitación pública de ese contrato de obra, el 238?*

Ana Leonor Cepeda Torres: *Sí, nosotros elaboramos un modelo de pliegos que le presentábamos a la Gobernación y a su staff. Ellos tenían un grupo de personas que estaban ahí atentos con nosotros revisando. Y hacemos un prepliego, ellos los revisaban, lo aprobaban y ese era el pliego, o se le hacía las modificaciones que ellos solicitaban, y ese era el pliego que se publicaba.⁷⁵*

Con esto, se advierte, entonces, que la Gobernación era la que tenía control sobre el proceso licitatorio y que Consultores del Desarrollo S.A., solo prestaba labores de asesoría y apoyo. Por esa razón, era la entidad territorial la que consideraba

⁷⁵ Declaración 9 de abril de 2021, CD RAD-46473-09-04-21-1 Record: 00:23:57, Folio 88 Cuaderno Sala de Primera Instancia 3.

cuando los pliegos estaban listos, al mismo tiempo que disponía el momento en que se abría la convocatoria. Las decisiones estaban en cabeza del mandatario.

Esta falta de planeación queda aún más en evidencia si se atiende al hecho de que, al día siguiente de iniciada la ejecución,⁷⁶ esta se tuvo que detener, pues no se pudo hacer el trazado y replanteo de los proyectos. Así quedó consignado en el acta de suspensión, firmada el 28 de noviembre de 2000, en la que se dejó constancia de:

“1. Que el día 27 de noviembre se firmo (sic) el Acta de Inicio a las obras del presente Contrato, pero al momento de comenzar el trazado y replanteo de los diferentes proyectos se presentaron una serie de inconvenientes que no permitieron comenzar con la ejecución de los mismos”.⁷⁷

Como se observa, la indebida elaboración de los planos y diseños no solo produjo interrupciones durante el proceso de selección y adjudicación, sino que trajo consecuencias inmediatas al momento de comenzar con la construcción. No se puede entender de otra manera, pues los asuntos de trazado y replanteo son aspectos que, si bien se elaboran al iniciar los trabajos, las circunstancias que impiden su desarrollo se prevén al momento en que se proyecta la edificación en el sitio concreto.

⁷⁶ Ver: Acta de Inicio obra, Folios 139 y 140 Cuaderno Fiscalía 1.

⁷⁷ Ver: Acta de suspensión de obra Folios 141 a 143 ibídem.

No debe olvidarse que el principio de planeación le impone la obligación al Estado de proyectar y anticipar todo aquello que resulte imprescindible para lograr sus fines, antes de la celebración misma del contrato, para evitar perjuicios al patrimonio público. Así lo ha afirmado esta Corporación:

*“El principio de planeación, ha dicho la Sala, resulta ser un requisito de la esencia de los contratos estatales, según dimana del artículo 25, numeral 12 de la Ley 80 de 1993, conforme al cual la administración está obligada a realizar los estudios, diseños y proyectos requeridos y elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia con antelación al procedimiento de selección del contratista o a la firma del contrato, exigencia que se explica en la medida que “la contratación administrativa no es, ni puede ser, una aventura, ni un procedimiento emanado de un poder discrecional, sino, por el contrario, es un procedimiento reglado en cuanto a su planeación, proyección, ejecución e interventoría, orientado a impedir el despilfarro de los dineros públicos”.*⁷⁸

La falta de planeación se ve concretada en esa justificación, para detener la ejecución del contrato, justo al día siguiente de que se comenzara con la obra.

4. Ahora bien, debe resaltarse que los estudios previos a los que hace referencia la norma no se reducen a la elaboración de los planos o bosquejos que se deben seguir para realizar las construcciones que se pretenden. Al tenor de la jurisprudencia,

⁷⁸ CSJ SP, 12 dic. 2012, rad. 31508. Reiterado en CSJ SP, 21 oct. 2013, rad. 41665 y CSJ SP6809, 25 may. 2016, rad. 40605.

dentro de esa categoría están incluidos todos los demás elementos imprescindibles para terminar el objeto del contrato. Así se ha dicho cuando se explica que estos deben determinar, entre otros:

*“(i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y **demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria**, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos y análisis técnicos...”*⁷⁹ (Negrilla fuera de texto).

En consecuencia, con anterioridad a la celebración del contrato, en virtud del principio de planeación, se exige que se adopten todas las medidas que se requieran para la culminación satisfactoria del objeto del mismo. En este caso, al tratarse de edificaciones, era imprescindible, por parte del ente territorial, conseguir los lotes sobre los cuales se iban a construir las obras y, en el específico caso del terminal de paso y la plaza de mercado de San Juan del Cesar, lograr la reubicación de los vendedores que ocupaban el espacio. Lo anterior, por cuanto estas fueron las razones por las cuales esas construcciones no lograron realizarse o ponerse en funcionamiento. Véase que, desde la primera interrupción, el

⁷⁹ Op. Cit. CSJ SP, 6 may. 2009, rad. 25495.

28 de noviembre de 2000, se dejó constancia de esta situación:⁸⁰

“En Riohacha a los veintiocho (28) días del mes de noviembre se reunieron las siguientes personas: el Ing. GARY ESPITIA CAMARGO, en representación de la UNION TEMPORAL FENIX contratista de la obra en referencia; la Ing. MERCEDES OTERO JULIO en representación de la firma interventora CONSULTORES DEL DESARROLLO y el Dr. ALEJANDOR BUILES SUAREZ, secretario de Obras Públicas del Departamento de La Guajira, para Suspender las Obras del presente Contrato dejando constancia de los siguientes hechos:

...

2. Que un grupo de personas vecinas del Municipio de Hatonuevo han solicitado la reubicación del sitio donde se ejecutarán los trabajos para la construcción del Palacio Municipal, exponiendo que el uso del lote debe ser para una zona de recreación debido a su cercanía con la parroquia del pueblo. Por lo anterior la Secretaria (sic) de Planeación Municipal solicitó no dar inicio a las obras hasta tanto se reuniera con el Alcalde Municipal para solucionar dicho inconveniente.

3. Que en el Proyecto de la Terminal de Paso y Plaza de Mercado de San Juan, no ha sido posible la reubicación de los Kioskos (sic) y las ventas estacionarias, lo mismo que de la Casa Campesina, lo que ha ocasionado la oposición de los usuarios al inicio de las obras.

4. Que un grupo importante de personas, en representación de los futuros usuarios de la Plaza de Mercado de Maicao, encabezados por el Alcalde electo, expresaron una serie de razones con el fin de cambiar la ubicación de dicha plaza:

⁸⁰ Se recuerda, una vez más, que las obras iniciaron el 27 de noviembre, es decir, el día anterior. Ver: Acta de Inicio de Obra Folios 139 y 140 Cuaderno Fiscalía 1.

- *Dentro de las razones aducidas se encuentra que los costos de la ampliación de la infraestructura de servicios públicos del Municipio, no se encuentran dentro de las obras a ejecutar en el proyecto, y el Municipio no tiene presupuesto para la ejecución de dichas obras.*
- *Por lo anterior los futuros usuarios propusieron reunirse con el Alcalde y algunos Concejales para evaluar otros posibles lotes”.⁸¹*

En este sentido, ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, como gobernador del departamento, debió asegurarse de que los sitios sobre los cuales se erigirían las edificaciones estaban disponibles y que contaban con todas las características necesarias. Como se ha venido diciendo, la administración debía cerciorarse desde la etapa precontractual que se contaba con todos los elementos necesarios para el adecuado cumplimiento del objeto del contrato.

Al revisarse el contrato de consultoría celebrado entre la Gobernación y Consultores de Desarrollo S.A., se observa que, dentro de la cláusula primera, literal A, de ese convenio, se acordó que la empresa entregaría la información técnica necesaria, “para que el **DEPARTAMENTO** pueda adelantar los procesos de adquisición o expropiación de predios, requeridos para el desarrollo de los proyectos”.⁸² Es decir, contrario a lo manifestado por el acusado en sus alegatos, esa responsabilidad no se trasladó a la gerencia de proyectos, sino que quedó en cabeza

⁸¹ Folios 141 a 143 ibídem.

⁸² Folios 6 a 12 Cuaderno Anexo Fiscalía 5.

de la entidad territorial y hacía parte de las obligaciones del mandatario, como representante legal.

ÁLVARO CUELLO BLANCHAR sostiene que el incumplimiento proviene de parte de los alcaldes de los municipios, pues ellos eran los que se habían comprometido con la entrega de los lotes.

En cuanto al Palacio Municipal de Hatonuevo, se tiene que existió un acuerdo interadministrativo firmado entre el alcalde y el gobernador para la adquisición del lote.⁸³ En este se acordó que el Departamento de la Guajira construiría con sus recursos el Palacio Municipal, mientras que la Alcaldía de Hatonuevo se encargaría de aportar el terreno, el cual, vale la pena mencionar, quedó plenamente identificado en el documento.

El problema surgió cuando la comunidad protestó por el uso que se le iba a dar, ya que consideraban que ese lugar podría ser utilizado para crear una zona de recreación. Esto lo confirman Gary Eberto Espitia Camargo⁸⁴ y Benjamín Tomás Herrera Amaya,⁸⁵ quienes relataron en sus declaraciones que, al celebrar el contrato, sí se contaba con el terreno, pero que, al comenzar las obras, los pobladores propusieron que se cambiara. Con esto, se advierte que el Departamento desplegó

⁸³ Folio 200 Cuaderno Anexo Fiscalía 6A.

⁸⁴ Folios 273 a 287 Cuaderno Fiscalía 3.

⁸⁵ Folios 288 a 300 ibidem.

las actuaciones exigidas para disponer del terreno en donde se construiría la edificación.

Por lo anterior, no se vislumbra aquí una vulneración al principio de planeación, toda vez que ÁLVARO CUELLO BLANCHAR sí realizó las acciones necesarias para adquirir el lote sobre el cual se construiría el Palacio Municipal. De lo descrito y hallado en el plenario, se vislumbra más una vulneración al principio de transparencia – de acuerdo con la acusación hecha por la Fiscalía – que se analizará más adelante.

Respecto del municipio de Maicao, dice la primera Acta de Suspensión que un grupo de ciudadanos, dentro de los que se resalta el propio Alcalde, le expresaron al Departamento que la ubicación de la plaza de mercado debería cambiarse, pues el sitio que estaba dispuesto no tenía acceso a servicios públicos y el municipio no contaba con el presupuesto para dotarlo de los mismos. Esta situación, que aconteció en noviembre del año 2000, bien pudo haber sido prevista durante la etapa precontractual: la cobertura de los servicios de agua, alcantarillado y luz era una característica con la que, evidentemente, debía contar la propiedad que albergaría la plaza de mercado.

Pero ese no fue el único inconveniente con el terreno. Sostiene Ovidio Mejía Marulanda, alcalde de Maicao entre los años 2001 y 2003, que, cuando se posesionó, funcionarios de

la Gobernación le comentaron que su antecesor se había comprometido a entregar el lote, pero que, al revisar lo entregado, se percató de que la administración municipal no contaba con este. Esto fue lo que dijo:

*“... Una vez, en el 2001, estoy posesionado como alcalde, sí fui visitado por funcionarios de la Gobernación para ponerme al tanto del requerimiento de un compromiso que se había hecho el señor alcalde anterior, el doctor Álvaro Guerrero Garrido, que se había comprometido ante el departamento de la Guajira, de colocar un lote para la construcción de esa plaza de mercado. Entonces, cuando llegamos allí al cargo, somos enterados de que, finalmente, se había contratado a través de una empresa, que no recuerdo su nombre, se había contratado para la construcción esta; dicho lote no existía, había apenas, se habían hecho unas conversaciones de compra, pero el señor alcalde del momento, es de conocimiento, tuvo problemas administrativos...”*⁸⁶

Como se observa, la Gobernación nunca garantizó la disponibilidad del terreno para construir la plaza de mercado. No solo se trata de que el lugar escogido no contaba con cobertura de servicios públicos esenciales, sino que, según se extrae del testimonio transcrito, el acuerdo con el mandatario local de entonces fue informal o, como lo relató Alejandro Magno Builes Suárez en su oportunidad, consistió en un “compromiso tácito”.⁸⁷ Al tratarse de un contrato de tal envergadura, resulta ser una trasgresión clara a los principios de la contratación estatal que la compra o expropiación no se

⁸⁶ Declaración de 8 de abril de 2021, Record: 00:19:50, CD Folio 83 Cuaderno Sala de Primera Instancia 3. Que repite lo manifestado en la declaración del 18 de febrero de 2011, rendida ante la Fiscalía General de la Nación, Folios 228 a 231 Cuaderno Fiscalía 3.

⁸⁷ Ver: Declaración del 8 de abril de 2021, Record: 02:08:19, ibídem.

haya garantizado durante la etapa precontractual o contractual. Esta situación conllevó a tener que modificar el contrato,⁸⁸ para eliminar esta edificación del objeto del mismo.

Con todo lo que se expuso con anterioridad, se tiene claridad que se incurrieron en graves trasgresiones a lo dispuesto en el estatuto de la contratación pública respecto del respeto al principio de planeación. Para mayor comprobación, se tiene que Néstor Mendoza García, interventor del contrato, así lo manifestó:

*“Todas esas situaciones pudieren (sic) ser previsibles en la etapa precontractual, ya que se tenía una gerencia encargada de este proceso, ..., al no ser previstas en la etapa precontractual alteran el desarrollo normal de las obras”.*⁸⁹

Y, además de este testimonio, se tiene que la perito María Patricia Restrepo Fierro – quien elaboró el informe pericial 2501 del 6 de septiembre de 2006 – concluyó en la exposición rendida ante esta Corporación que todo se debió a una mala planeación:

*“A la conclusión que llego es que se dio apertura a una licitación sin cumplir con los requisitos técnicos, como eran tener los lotes, las licencias y permisos y tener un presupuesto bien detallado y los planos para ejecutar las obras”.*⁹⁰

⁸⁸ Folios 147 a 149 Cuaderno Fiscalía 1.

⁸⁹ Folio 143 Cuaderno Fiscalía 3.

⁹⁰ Ver: Declaración del 9 de abril de 2021, CD RAD-46473-09-04-21-3 record: 00:39:00, Folio 88 Cuaderno Sala Primera Instancia 3.

No debe olvidarse que los recursos con los cuales se construirían las edificaciones provenían de la Gobernación de la Guajira y el acusado, como representante legal, debía velar por su adecuada utilización: no ponerlos en riesgo era su deber. Por esta razón, se insiste, debió corroborar, antes de la celebración del contrato, al tenor de principio de planeación, que todo lo requerido para la ejecución del mismo había sido completado.

5. La Fiscalía General de la Nación acusa al exgobernador por una violación al principio de transparencia, basado en las protestas que presentaron los habitantes de Hatonuevo y de San Juan del Cesar cuando se intentó comenzar con los trabajos.

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993 dispone, en su numeral 2°, que, en los procesos de contratación, la Administración debe otorgarle la oportunidad a todo aquel que esté interesado de conocer y controvertir los informes, conceptos o decisiones que se adopten, con el fin de que pueda expresar las observaciones que a bien tenga.⁹¹

El Consejo de Estado ha expresado, respecto de este principio, que:

“El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la

⁹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 mayo de 2012, Expediente 21489.

*actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general,*⁹² *la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes,*⁹³ ***la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc.***⁹⁴ (Subrayado fuera de texto).

Conviene aclarar que este principio no se reduce al concurso de adjudicación de un contrato estatal, sino que, además, propende por que la ciudadanía pueda pronunciarse y opinar sobre el objetivo que se busca con la celebración del convenio. Es decir, además de estar ligado al principio de selección objetiva, este axioma guarda relación con el principio de publicidad, según el cual la sociedad debe ser enterada de las actuaciones que pretenda desplegar la administración. Así, no solo los interesados en participar en la licitación pueden presentar sus observaciones al proceso, sino también todas aquellas personas que se vean directa o indirectamente afectadas.

Para este caso, está claro que, si el exgobernador hubiera permitido a los pobladores de Hatonuevo y de San Juan del Cesar discutir el lugar y la dimensión de las construcciones que se pretendían y, a su vez, logrado un acuerdo con todos aquellos que se verían afectados, no habrían ocurrido los

⁹² Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 2002.

⁹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2001, Expediente 12037.

⁹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de enero de 2016, Expediente 49847.

problemas que se presentaron y la ejecución de las obras no habría tenido ningún inconveniente.

El acusado manifestó en los diversos interrogatorios rendidos durante la investigación y el juzgamiento⁹⁵ que estas obras fueron concertadas con la comunidad, además de haber sido debidamente socializadas. Sin embargo, no hay prueba de que eso hubiera sucedido y, por el contrario, del “Informe de metodología para la formulación del proyecto departamental de interés comunitario”⁹⁶ se extrae que los procesos de participación de la comunidad se redujeron a analizar la necesidad de la construcción o a permitir una veeduría, pero no a concertar el lugar en el que se iban a realizar los trabajos o el traslado de los vendedores afectados.

Respecto de la plaza de mercado y el terminal de San Juan del Cesar, se consignó en el numeral quinto que habla de la participación comunitaria:

“La participación de la comunidad se dio ayudando a identificar el problema para realizar el proyecto, por que (sic) son los afectados, ven la necesidad apremiante de contar con unas plaza de mercado y terminal de paso que brinde condiciones de salubridad, seguridad y comodidad que merece todo ser humano”.⁹⁷

⁹⁵ Ver: Indagatoria, Folios: 165 a 179, Cuaderno Fiscalía 2; Ampliación de Indagatoria, Folios 280 a 287, Cuaderno Fiscalía 4 y el interrogatorio rendido en la Audiencia Pública, Record 00:11:05 a 01:03:30, CD Folio 193, Cuaderno Sala Primera Instancia 3.

⁹⁶ Folios 8 a 37 Cuaderno Anexo Fiscalía 2.

⁹⁷ Folio 11 Ibidem.

Como se observa, en la fase precontractual no se acordó nada acerca de la forma en que serían reubicados los puestos de ventas estacionarias, lo cual era un aspecto fundamental para la satisfactoria culminación de los trabajos. En esta fase, según lo encontrado en el plenario, apenas se identificó el problema y se planteó la solución, sin que se haya acordado lo fundamental: la manera en que los quiscos de los comerciantes serían trasladados a la plaza de mercado. De ahí que, al momento de comenzar con la ejecución del contrato, los que se vieron afectados presentaron su objeción, imposibilitando de esta forma iniciar los trabajos.

Por la especial circunstancia en la que se encontraba el lugar de la futura construcción, resultaba imprescindible que en la fase de tramitación del contrato se lograra un acuerdo de traslado con los vendedores estacionarios que trabajaban allí. No obstante, del informe realizado por la gerencia de proyectos se extrae que este aspecto no fue tratado, pues la participación de la población se limitó a identificar el problema. Dentro de lo que se desarrolló en aquella fase precontractual no se detalló la manera en que los mercaderes se reubicarían, su lugar de destino o la fecha en la que lo harían. Ninguna de las pruebas arrimadas al expediente dan cuenta de que esa concertación se hubiera concretado. Por el contrario, todos los medios suasorios aportados demuestran una clara desatención al principio de transparencia, pues estos aspectos jamás fueron convenidos.

Esta situación acarreó que esta obra no fuera utilizada y se encontrara abandonada después de entregada. Así consta no solo en las fotografías que hacen parte del informe pericial 2501GIE/S.I./CTI, del 4 de septiembre de 2006,⁹⁸ sino también en la ampliación de indagatoria rendida por el acusado en el curso de la investigación.⁹⁹

Sucedió lo mismo frente a la construcción del Palacio Municipal de Hatonuevo, en el que los habitantes del municipio pidieron que se cambiara la ubicación de este. En el mismo informe de metodología para la formulación del proyecto se dejó constancia de que la participación de la comunidad se limitaba a hacer veeduría de la obra. Así reza el documento:

*“La comunidad participa al organizarse y ejecutar de esa forma veeduría popular ciudadana”.*¹⁰⁰

De esto resulta evidente que los habitantes de Hatonuevo no contaron con los espacios adecuados para poder discutir el lugar en el que se levantaría el palacio municipal. La única prueba existente sobre la forma en que se vinculó a la comunidad se refiere apenas a una veeduría popular. La administración, en la etapa previa a la celebración del contrato, redujo la participación de los pobladores a la vigilancia de la

⁹⁸ Folios 78 a 89 Cuaderno Fiscalía 2.

⁹⁹ Folios 280 a 287 Cuaderno Fiscalía 4.

¹⁰⁰ Folio 21 Cuaderno Anexo Fiscalía 2.

obra, sin que se abriera la discusión sobre si el lote escogido era el mejor y más adecuado.

De haber obrado diferente no se habrían presentado las protestas de los ciudadanos que impidieron el inicio de los trabajos y, en consecuencia, la ejecución habría comenzado sin interrupciones.

Por lo tanto, no se vislumbra evidencia alguna en la que se pueda corroborar que estas dos obras fueron concertadas con los habitantes de cada municipio, porque, de ser así, no se habrían presentado las objeciones. No existen actas o constancias de reuniones con la comunidad para acordar el lugar de construcción tanto del Palacio Municipal de Hatonuevo ni de la plaza de mercado y el terminal de paso de San Juan del Cesar.

Y es que, de haber realizado la socialización respectiva, podría haber sido posible llegar a un acuerdo con los vendedores ambulantes de San Juan del Cesar para conseguir que se reubicaran o con los residentes de Hatonuevo para decidir cuál era el mejor lugar para construir la sede de la administración local. Estos dos inconvenientes son aspectos que se habrían podido evitar, si el exmandatario hubiera cumplido lo establecido en el numeral 2° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

En consecuencia, aquí también existió una trasgresión a los requisitos esenciales del contrato, con lo cual se configura el ilícito analizado.

En consecuencia, se encuentran los elementos necesarios para declarar acreditada la materialidad del delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, cometido por ÁLVARO CUELLO BLANCHAR.

Del tipo subjetivo

1. Una vez concretado que, efectivamente, la conducta cometida por el acusado se adecúa objetivamente a lo descrito en el artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980 se procederá enseguida a estudiar la concreción del tipo subjetivo. Esto, pues no debe olvidarse que, a pesar de que pudiera entenderse que el incumplimiento de los requisitos legales es un aspecto meramente objetivo, para poder declarar penalmente responsable a alguien es necesario que la acción se haya cometido con dolo.

En cuanto a este aspecto del delito, ha dicho la Sala de Casación que *“el dolo o tipo subjetivo de este comportamiento dice relación ahora con que el agente haya actuado con conocimiento y voluntad de que contrariaba la ley al contratar, esto es, de que con su proceder se apartaba de los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación administrativa...”*¹⁰¹

¹⁰¹ CSJ. 12 de junio de 2013, rad. 35560.

Vale aclarar que este punto abarca únicamente a aquellas conductas por las que en el acápite precedente se acreditó la materialidad del reato enrostrado.

2. En la foliatura obra prueba suficiente para acreditar que el acusado conocía la ley y, voluntariamente, decidió desobedecerla. En ese sentido, no hay razones para justificar un error de tipo ni existe mérito suficiente para acreditar que su actuación estaba amparada por la confianza legítima, como lo expresó el abogado en sus alegatos. Esta situación se refleja tanto en lo relacionado con el principio de planeación como en el de transparencia.

En ese sentido, vale la pena recordar que en la Resolución 430 del 28 de abril de 2000,¹⁰² el propio ÁLVARO CUELLO BLANCHAR expresa que los estudios y diseños necesarios para celebrar el contrato ya habían sido elaborados, “*en cumplimiento de las disposiciones legales que reglamentan el proceso licitatorio*”. Con esto, se tiene no solo que el acusado acepta conocer la reglamentación que cobija los procesos de contratación estatal, sino que, además, anuncia que han sido atendidos.

Aduce la defensa que el mandatario confió legítimamente en que lo que le presentaba Consultores del Desarrollo S.A. se ajustaba al ordenamiento, por lo que creyó equivocadamente

¹⁰² Folio 23 Cuaderno Fiscalía 1.

que con su actividad no incurría en delito alguno. Frente a esto, se recuerda que Ana Leonor Cepeda Torres, quien para la época de los hechos era la subgerente de la sociedad, manifestó en su testimonio que todo lo que hacía la empresa era aprobado por la Gobernación y que era esta la que decidía en última instancia cuando y de qué manera se publicaba la licitación.¹⁰³

A su vez, Manuel Félix Magdaniel Pabón explicó en la declaración que rindió ante la Fiscalía General de la Nación y en el testimonio que rindió en la Audiencia Pública que él, como Secretario de Obras Públicas del Departamento de la Guajira, mantenía informado al Gobernador sobre todo lo que elaboraba la gerencia de proyectos, a través de comités que se convocaban semanalmente. Esto fue lo que dijo:

*“[M]i función como Secretario de Obras en estas condiciones era e servir de soporte o punte (sic) institucional entre la gerencia y la Gobernación, se escogieron los proyectos concertado con las comunidades y la gerencia realizó los estudios de conveniencia, de factibilidad económica y técnica, y los diseños, así como organizar las licitaciones que se derivaran de las obras planteadas, yo debía brindarles toda la información necesaria y a su vez **mantener informado al Gobernador de las actividades de la Gerencia, había comités semanales**, fue un trabajo muy intenso mientras se desarrolló la parte precontractual...”*¹⁰⁴ (Subrayado fuera de texto).

¹⁰³ Declaración 9 de abril de 2021, CD RAD-46473-09-04-21-1 Record: 00:23:57, Folio 88 Cuaderno Sala de Primera Instancia 3.

¹⁰⁴ Ver: Folio 154 Cuaderno Fiscalía 3 y Declaración 8 de abril de 2021, CD RAD-46473-08-04-21-3 Record: 00:47:42, Folio 83 Cuaderno Sala de Primera Instancia 3.

Por lo tanto, se encuentra acreditado que el acusado estaba al tanto de lo que realizaba la consultoría encargada de adelantar la licitación. El exmandatario manejaba la regulación constitucional y legal que regía los asuntos de contratación estatal, pues hacía parte de sus funciones y, además, estaba informado acerca de todas las gestiones que iba desarrollando Consultores del Desarrollo S.A.

Al estar enterado de las actividades desplegadas por la consultoría, pudo haber actuado frente a la participación de la comunidad, toda vez que, como ya se reseñó, esta obedeció a una simple identificación del problema y a la constitución de una veeduría. En este sentido, no se entiende por qué no vinculó a la población de los municipios en la escogencia de los lotes para las edificaciones, si de la simple lectura del informe entregado por Consultores del Desarrollo S.A. se extrae que los ciudadanos no fueron cuestionados al respecto.

En consecuencia, no puede aquí el encartado pretender excusarse en su desconocimiento de las leyes de la contratación pública, pues era su deber, por ser el ordenador del gasto y ser quien, finalmente, tiene el poder de disposición de los recursos públicos, verificar que todos los requisitos exigidos para iniciar la contratación se hubieran seguido.

3. Recuérdese que el artículo 26-2 de la Ley 80 de 1993, preceptúa: *“Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas (...)”*, en tanto el numeral 5°

ibídem sostiene: “*La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla (...)*”.

Al respecto, esta Corporación ya ha sostenido que:

(...) el principio de confianza al cual se ha hecho alusión a lo largo del proceso y con mayor énfasis por la defensa en la audiencia pública, tiene sus límites en el principio de responsabilidad que tienen los gobernantes en su calidad de ordenadores del gasto, y en la vigilancia que debe ejecutar de los roles de sus subordinados¹⁰⁵.

Lo cual se complementa con la obligación que tiene el servidor público de cumplir con lo establecido en la ley:

(...) la contratación estatal demanda del servidor público ordenador del gasto y representante legal del ente oficial, una tutela estricta, un control en todas las fases de la contratación-tramitación, celebración y liquidación, lo cual implica la verificación del cumplimiento de las exigencias legales esenciales en cada una de esas etapas.¹⁰⁶

Por consiguiente, no tienen asidero las argumentaciones defensivas en torno a un posible error de tipo o una falta de responsabilidad basada en la confianza legítima, toda vez que está demostrado en la foliatura que ÁLVARO CUELLO BLANCHAR sabía lo que estaba sucediendo y conocía el sentido de las normas.

¹⁰⁵ CSJ SP, 21 jun. 2010, rad 30677.

¹⁰⁶ CSJ SP, 24 Feb. 2016, rad. 40627.

Como se observa, los argumentos defensivos no tienen respaldo probatorio ni caben dentro de deducciones jurídicas, por lo que no existen dudas de que la conducta fue cometida con dolo. El exgobernador quiso de manera deliberada, durante la etapa precontractual del contrato 238 de 2000, adelantar la licitación y celebrar el convenio, aun cuando no se cumplían los requisitos legales exigidos para ello.

A pesar de que sabía que los diseños y planes de factibilidad no estaban completos, de que no se había asegurado el lote sobre el cual se construiría la plaza de mercado de Maicao – pues el acuerdo con el alcalde fue completamente informal – y de que no se había logrado la concertación con las comunidades de Hatonuevo y de San Juan del Cesar acerca de las obras que allí se iban a construir, el mandatario decidió autónomamente **tramitar** y **celebrar** el contrato de obra pública No. 238 del 25 de septiembre de 2000.

Con esto, se completan los elementos necesarios para afirmar sin dudas que la conducta se adecúa típicamente en el delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Antijuridicidad

1. Para que una conducta sea entendida como delito, debe ser, además de típica, antijurídica. Esto quiere decir que tiene

que lesionar o poner en peligro, de manera real y efectiva y sin justa causa, el bien jurídico tutelado. Lo que pretende proteger el legislador con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es a la administración pública.

Los requisitos establecidos en las normas de contratación pretenden evitar que sean la arbitrariedad y el capricho del gobernante de turno las que guíen la forma en que la administración pública cumple su función. Así, lo que se busca es que los recursos que el Estado dispone para el cumplimiento de sus metas sea manejado de manera objetiva y transparente, como reflejo del uso democrático del erario.

Frente a los delitos que atentan contra la administración pública, la lesión ocurre cuando el servidor no actúa con sujeción a los principios que gobiernan la contratación estatal. El punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por sus características propias, no exige un perjuicio económico para concretar el daño antijurídico. Lo que se reprocha con este es la trasgresión a los principios y fines que rigen la administración pública, haciendo prevalecer el interés particular o la arbitrariedad.¹⁰⁷

Por consiguiente, lo que se busca aquí es proteger los postulados que guían la función pública y salvaguardar los

¹⁰⁷ CSJ SP4134, 6 abr. 2016, rad. 42001.

pilares sobre los que se erige la contratación estatal, con el objetivo de que sus etapas – trámite, celebración y liquidación – se desarrollen con respeto a la Constitución y a la Ley.¹⁰⁸

En este sentido, la conducta del procesado deviene antijurídica por haber desatendido el trámite legal del contrato No. 238 de 2000, específicamente los principios de planeación y transparencia, los cuales le imponían el deber de verificar que se contaba con todo lo requerido para la adecuada ejecución del contrato, con el fin de no poner en riesgo el patrimonio público, la imagen de la administración y el cumplimiento de sus fines.

Culpabilidad

1. Como bien se ha establecido, para que la conducta sea punible se requiere que esta sea típica, antijurídica y culpable. Por lo tanto, superado ya el análisis de la tipicidad – tanto objetiva como subjetiva – y la antijuridicidad, corresponde ahora determinar la última de aquellas categorías.

Se tiene que la culpabilidad se entiende como *“un reproche o censura contra quien, teniendo a mano la alternativa de lo jurídico-socialmente adecuado, opta libremente por lo que no lo es”*.¹⁰⁹ En ese sentido, esta se entiende como la recriminación realizada a un

¹⁰⁸ CSJ SP153, 18 ene. 2017, rad. 47100.

¹⁰⁹ CSJ SP, 9 sep. 2020, rad. 54497. Reiterado en CSJ SP3218, 28 jul. 2021, rad. 47063 y CSJ SP2649, 27 jul 2022, rad. 54044.

individuo que ha cometido una acción típica y antijurídica, pese a que podía actuar de otra manera. Es, en otras palabras, *“la censura ético-jurídica que explica la respuesta penal a un injusto típico, en tanto significa que su realización fue una decisión libre de quien podía haber asumido un comportamiento lícito”*.¹¹⁰

Por esta razón, se recrimina la conducta concreta del acusado de tal forma que su punición se fundamente en que pudo haber ajustado su comportamiento a la ley y, a pesar de eso, no lo hizo.¹¹¹

Está claro que ÁLVARO CUELLO BLANCHAR contaba con todas las facultades necesarias para poder determinar su actuación de tal manera que se respetaran los principios de la contratación pública. Su capacidad de entendimiento le permitía razonar que al no respetar los principios de planeación y transparencia se estaba lesionando a la administración pública y, aun así, optó libremente por proseguir con la actuación.

El acusado comprendía que con sus acciones traicionaba la confianza que la sociedad había depositado en él y, a pesar de eso, determinó su conducta para lograr el cometido.

¹¹⁰ CSJ SP2649, 27 jul 2022, rad. 54044

¹¹¹ *Ibidem*.

Por todo lo anterior, la Sala encuentra acreditados los requisitos establecidos en la Ley para considerar, sin lugar a dudas, que el exgobernador cometió el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, al haber violado los principios consagrados en el estatuto de contratación y, en consecuencia, haber lesionado a la administración pública.

Peculado por apropiación

1. La Fiscalía General de la Nación acusó a ÁLVARO CUELLO BLANCHAR por el delito de peculado por apropiación. En este sentido, se tiene que la redacción original del artículo 397 del Código Penal disponía que:

“El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este 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 seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el 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”.

Acorde con esta descripción, la conducta punible requiere para su estructuración: i) un sujeto activo calificado que debe ostentar la condición de servidor público; ii) la apropiación en provecho personal o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este 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; y iii) la competencia funcional o material para disponer de éstos.

Respecto de esta figura la jurisprudencia del órgano de cierre ha señalado:

“El delito de peculado por apropiación custodia la administración pública en su esfera patrimonial y pretende garantizar la efectiva utilización del erario, para así conjurar su pérdida como consecuencia de actuaciones fraudulentas cometidas por sus servidores o propiciadas por éstos en favor de terceros. El verbo rector que define la configuración de la conducta es el de apropiar, el cual si bien es cierto delimita el ámbito de aplicación del injusto, no debe examinarse aisladamente respecto del contenido del interés jurídico que busca amparar el legislador. Es decir, la tipicidad no puede circunscribirse a la mera verificación de la subsunción gramatical de una acción en el modelo descriptivo incorporado en la disposición legal, como lo auspicia el recurrente, sino que además debe corroborarse en cada caso concreto si el comportamiento prohibido previsto en el tipo resulta idóneo para afectar el bien jurídico tutelado”.¹¹²

Sobre el sujeto activo calificado, la misma Corporación ha decantado que en este *“debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica no necesariamente originada en una asignación de competencia, basta con que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional”*.¹¹³ Entonces, el acto de

¹¹² Cfr. CSJ SP, 21 oct. 2009, rad. 29655.

¹¹³ CJS SP18532, 8 nov. 2017, rad. 43263.

apropiación puede ocurrir bien como consecuencia de la disponibilidad directa de los recursos, o debido al ejercicio de un deber funcional que faculta al servidor público para decidir sobre el destino de los bienes de la misma naturaleza.¹¹⁴

La disposición del servidor público sobre bienes puede ser material o jurídica,¹¹⁵ como lo ha previsto la jurisprudencia de la Sala Penal de esta Corporación.¹¹⁶ La disponibilidad sobre bienes del erario o bienes públicos está vinculada al ejercicio de los deberes funcionales del servidor, en el marco de los cuales administra de manera efectiva recursos del Estado, al disponer de su titularidad.¹¹⁷

En cuanto al momento consumativo del tipo penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha advertido que es un delito de resultado, el cual se perfecciona cuando se produce la apropiación patrimonial, como consecuencia de la decisión ilícita, es decir, *“cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público”*.¹¹⁸

¹¹⁴ CSJ SP, 6 mar. 2003, rad. 18021.

¹¹⁵ CSJ SP2184, 15 feb. 2017, rad. 47348.

¹¹⁶ CSJ SP, 15 jul. 2015, rad. 43839.

¹¹⁷ CSJ SP5053, 21 no. 2018, rad. 53277; CSJ SP, 6 mar. 2003, rad. 18021; CSJ SP, 6 sep. 2007, rad. 27092; CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 36387; CSJ SP, 10 oct. 2012, rad. 38396; CSJ SP, 4 mar. 2015, rad. 45099 y CSJ SP, 15 jul. 2015, rad. 43839.

¹¹⁸ CJS SP18532, 8 Nov. 2017, rad. 43263.

Así lo ha indicado la Corporación:

«Está suficientemente decantado por la doctrina y la jurisprudencia que el delito de peculado por apropiación es de carácter instantáneo, por manera que se consuma cuando quiera que el bien público es objeto de un acto externo de disposición o de incorporación al patrimonio del servidor público o de un tercero, que evidencia el ánimo de apropiárselo.¹¹⁹

(...)

Ahora bien; hay asuntos en los que el momento consumativo de la conducta punible se identifica con el de proferimiento de la decisión judicial, como cuando esta por sí sola “sustraer el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga”.¹²⁰ No así cuando la realización de la conducta prohibida es producto de un acto complejo en el que converge la voluntad del juez que ilegalmente ordena el pago de lo no debido, pues en estos casos, la consumación acaece cuando ese acto de disposición jurídica se concreta en acciones que distraen el bien del patrimonio del Estado, despojándolo así de su función pública.

El delito, como expresión del comportamiento humano, requiere para su consumación la ejecución de todos los actos propios de la descripción típica. En este orden, la emisión de una decisión contraria a derecho que reconoce ilegalmente una acreencia a cargo del Estado constituye un acto ejecutivo que da inicio a la conducta desvalorada de peculado, pero no la colma. En consecuencia, si el fallo no se concreta en actos materiales de disposición sobre el erario, la conducta se queda en su fase tentada por ausencia de uno de los elementos esenciales del peculado por apropiación: el adueñarse para sí o para otro de bienes de naturaleza pública”.¹²¹

¹¹⁹ CSJ AP, 18 abr. 2012, rad. 38188.

¹²⁰ CSJ SP, 10 oct. 2012, rad. 38.396.

¹²¹ CSJ SP9235-2017, 28 jun. 2017, rad. 49020 y SP364-2018, 21 FEB 2018, rad. 51142.

De igual forma, ha precisado:

*“El delito de peculado por apropiación custodia la administración pública en su esfera patrimonial y pretende garantizar la efectiva utilización del erario, para así conjurar su pérdida como consecuencia de actuaciones fraudulentas cometidas por sus servidores o propiciadas por éstos en favor de terceros. El verbo rector que define la configuración de la conducta es el de apropiar, el cual si bien es cierto delimita el ámbito de aplicación del injusto, no debe examinarse aisladamente respecto del contenido del interés jurídico que busca amparar el legislador. Es decir, la tipicidad no puede circunscribirse a la mera verificación de la subsunción gramatical de una acción en el modelo descriptivo incorporado en la disposición legal, como lo auspicia el recurrente, sino que además debe corroborarse en cada caso concreto si el comportamiento prohibido previsto en el tipo resulta idóneo para afectar el bien jurídico tutelado”.*¹²²

2. Para el ente persecutor el hecho de que la suspensión de la ejecución del contrato haya sucedido al día siguiente de que esta hubiera comenzado indica que lo que realmente se pretendió con esto fue pagar el anticipo pactado para apropiarse de esos recursos. Asevera que la firma del contrato No. 238 de 2000 sin el cumplimiento de los requisitos legales fue lo que permitió que terceros se adueñaran del patrimonio del Estado.

¹²² CSJ. sentencia de 21 de octubre de 2009, rad. 29655,
Página 111 de 168

Para el delegado, el juicio de responsabilidad se origina allí, pues la entidad territorial dispuso grandes recursos para pagar obras que no fueron terminadas. En ese sentido, no solo se refiere al pago del anticipo, sino también al valor total girado para la realización de cada una de las construcciones.

Ahora, una vez revisado el acervo probatorio allegado al proceso – tanto en la fase de instrucción como en la de juzgamiento – se anuncia desde ya que no existe mérito suficiente para declarar penalmente responsable al exgobernador por el delito enrostrado.

3. En primer lugar, se tiene que la única acción por la cual cabría la posibilidad de elevar un reproche en contra de ÁLVARO CUELLO BLANCHAR radica en el pago del anticipo, pues era el único monto sobre el cual tenía la disponibilidad jurídica. Si bien es cierto que, con la celebración del contrato No. 238 de 2000, el aquí investigado comprometió vigencias futuras, debe tenerse en cuenta que, para la efectiva erogación de estas, el contratista debía informar a la entidad territorial del avance de las obras. En ese sentido, para el momento de esos pagos, el procesado ya había abandonado el puesto de Gobernador y no tenía la capacidad efectiva de autorizar el desembolso de esas sumas; esta facultad recaía en aquel que lo sucedió.

Al observar la forma de pago establecida en el contrato, se lee que el saldo restante – una vez sufragado el anticipo – se

cancelará, “*previa presentación de las actas de obras mensuales debidamente aprobadas por la INTERVENTORÍA contratada con las cuales el CONTRATISTA emitirá las facturas del respectivo corte de obra...*”.¹²³ Esto quiere decir que para poder desembolsar esos valores, el contratista tenía que elaborar actas periódicas que reflejaran el avance de las construcciones, las cuales debían ser entregadas al interventor junto con la factura correspondiente. Solo si el interventor aprobaba lo entregado, era posible para el ordenador del gasto abonar el dinero.

Ahora, al revisar la actuación, se tiene que la fase de ejecución del contrato no comenzó realmente sino hasta el 13 de febrero del año 2001,¹²⁴ fecha para la cual el periodo de CUELLO BLANCHAR ya había terminado. En consecuencia, para aquel momento, el poder de disponibilidad jurídica del patrimonio de la Gobernación de la Guajira recaía sobre el nuevo mandatario: HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE.

Con esto, se tiene que ÁLVARO CUELLO BLANCHAR no pudo haber cometido el delito de peculado por apropiación por los pagos realizados en la fase de ejecución y liquidación no solo porque estos no fueron realizados, autorizados o validados por él, sino porque, para entonces, ya no ostentaba los requisitos de disponibilidad jurídica que el tipo penal exige para su configuración.

¹²³ Folio 106 Cuaderno Fiscalía 1.

¹²⁴ Ver: Acta de reinicio de obra, folios 144 a 146 Cuaderno Fiscalía 1.

4. En segundo lugar, se observa que, al revisar el contenido del contrato, para el pago del anticipo no era necesario iniciar las obras. Es decir, no se encuentra fundamento para sostener que el acta de inicio se firmó con el único fin de que el contratista se apropiara de esos dineros – tal y como lo afirma la Fiscalía – pues esto dependía de la legalización del contrato y no del comienzo de la fase de ejecución.

La cláusula décima segunda del Contrato No. 238 de 2000 dispuso el pago del anticipo para el momento en que el contrato estuviera legalizado, previa entrega de la cuenta de cobro y de la aprobación, por parte del Departamento, de la garantía única. Así quedó pactado:

“FORMA DE PAGO. *El DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA se compromete a pagar al contratista el valor del contrato resultante de la presente invitación de la siguiente manera: a. Un anticipo equivalente al 15.3% del valor contractual, el cual será cancelado por el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIARA al CONTRATISTA una vez legalizado este contrato, contra cuenta de cobro y previa aprobación por el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA de la Garantía Única, acordada en el mismo contrato...*”¹²⁵

Se tiene, entonces, que el convenio establecía tres requisitos para el desembolso del anticipo: i. la legalización o perfeccionamiento del contrato; ii. el paso de la cuenta de cobro por parte del adjudicatario y iii. que la entidad territorial aprobara la garantía de cumplimiento entregada por el contratista. Como se observa, el inicio de la ejecución de las

¹²⁵ Folio 106 Cuaderno Fiscalía 1.

obras no hacía parte de las exigencias que debía cumplir el constructor para hacerse acreedor del anticipo.

Ahora, la primera exigencia debe entenderse conforme a lo regulado en el estatuto de contratación. En este, en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 – que se encuentra en concordancia con el precepto 39 que lo precede –, se deja claro que los contratos públicos “*se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve por escrito*”. Por lo tanto, aquel elemento inicial para proceder con dicho pago se cumplió adecuadamente el 25 de septiembre de 2000, pues fue cuando se suscribió el contrato objeto de estas diligencias.

Frente a la tercera condición, dentro de la foliatura se encuentra la prueba de que se cumplió con esta el 19 de octubre de ese mismo año. Así, se tiene que la Unión Temporal Fenix presentó para aprobación las pólizas Nos. 2000613633¹²⁶ y 2000610722¹²⁷ expedidas por la Compañía Agrícola de Seguros S.A., las cuales fueron aprobadas por la entidad territorial mediante la Resolución No. 431 de 2000.¹²⁸

Si bien no se halla constancia de que el contratista haya pasado la cuenta de cobro de la que trata la citada cláusula, es bien entendido que en todos los trámites gubernamentales se

¹²⁶ Folio 147 Cuaderno Anexo Fiscalía 3.

¹²⁷ Folio 146 ibídem.

¹²⁸ Folio 145 ibídem.

exige, antes de realizar cualquier pago, la radicación de la cuenta de cobro respectiva.

Con lo anterior, se evidencia que no tiene asidero el reproche elevado por la Fiscalía, en cuanto a que el acta de inicio se firmó con el fin de pagar el anticipo y, por consiguiente, de apropiarse de esos dineros. De lo relatado se acredita que la suscripción de esa acta no tiene ninguna relación con la materialización de dicho desembolso, toda vez que el contratista se había hecho acreedor de este mucho antes de que comenzara con la ejecución. Al revisar las exigencias, se tiene que la última se cumplió el 19 de octubre de 2000, mientras que el acta de inicio se firmó el 28 de noviembre siguiente.

5. Ahora, por concepto de anticipo se desembolsaron \$582'422.340, de los cuales \$352'294.859 debían ser destinados a la construcción de la plaza de mercado de Maicao, la cual, como se sabe, nunca se construyó – por lo cual podría considerarse que existió una apropiación de este específico monto -. Sin embargo, obra dentro del expediente constancia de que, una vez se decidió excluir esta edificación del objeto del convenio, se distribuyó ese pago inicial entre las demás obras que se pretendía construir.

Así, se lee en la cláusula segunda del contrato modificadorio 1¹²⁹ que esos \$352'294.856 se redistribuyeron entre las demás construcciones. De esta forma, el valor final pagado como anticipo para cada una de las obras quedó de la siguiente manera: i. Construcción del puente sobre el río Ranchería \$235.528.708; ii. construcción del Palacio Municipal de Hatonuevo \$76.206.615; iii. Construcción del Palacio Municipal de El Molino \$143.639.337; y iv. Construcción del terminal de paso y la plaza de mercado de San Juan del Cesar \$127.047.680. Al sumar esa nueva repartición se alcanzan los \$582'422.340 pagados.

Igualmente, el informe No. 639246 FGN.CTI.DN.GFDCSJ del 1 de noviembre de 2011,¹³⁰ que tuvo por objeto determinar si el departamento de La Guajira sufrió un detrimento patrimonial por los hechos aquí juzgados, no encontró menoscabo alguno causado por la cancelación de ese primer pago. De sus conclusiones no se extrae la causación de un perjuicio patrimonial para la Gobernación por haber entregado esos dineros iniciales ni una malversación de estos.

Por lo tanto, está desvirtuado que lo cancelado como anticipo se extrajo de las arcas del Estado sin un destino claro, pues, este dinero fue amortizado en la construcción de las obras y, una vez suprimida la plaza de mercado de Maicao, el

¹²⁹ Folios 147 a 149 Cuaderno Fiscalía 1.

¹³⁰ Folios 181 a 190 Cuaderno Fiscalía 4.

contratista tuvo que utilizar los recursos entregados por esa razón para la realización de los demás proyectos.

6. En suma, le asiste razón al defensor aquí, cuando sostiene que la comprobación del desembolso del anticipo no basta para confirmar la comisión del delito. En este punto, como también lo alegó el Ministerio Público, era necesario que se acreditara la manera en que se materializó el peculado y, en caso de ser así, se corroborara el aspecto subjetivo del mismo.

En el giro ordinario de los negocios de la contratación pública se ve con bastante frecuencia que se le otorgue al contratista un adelanto del valor del contrato, con el fin de que comience la ejecución con esos recursos y no tenga que financiar por cuenta propia la construcción mientras se logra pagar una parte de esta o el total de la misma.

De todo lo que se resaltó en precedencia, no solo no se alcanzan los criterios necesarios para afirmar que existió un apoderamiento ilícito de los recursos que la Gobernación de la Guajira había destinado para la ejecución del convenio No.238 de 2000, sino que, por el contrario, existen elementos que apuntan a la dirección opuesta, que no es otra que la de que no hubo peculado.

En consecuencia, la Sala absolverá a ÁLVARO CUELLO BLANCHAR por el delito consagrado en el artículo 397 del

Código Penal – 133 del Decreto Ley 100 de 1980 – por el cual fue acusado por la Fiscalía General de la Nación.

4. HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE

Se acusó a **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE** como autor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 410) y peculado por apropiación en favor de terceros (art. 397).

De los punibles en particular

En primer lugar, es pertinente aclarar que los hechos por los cuales se procesa a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE sucedieron entre el 13 de febrero de 2000 – fecha en la que se reinició la ejecución del contrato 238 de 2000 – y el 13 de mayo de 2003 – día en el que este se liquidó –. En consecuencia, este proceso es llevado por el rito de la ley 600 de 2000. Por esta misma razón, tampoco será aplicable el incremento punitivo decretado por la ley 890 de 2004.

Contrato sin cumplimiento de requisitos legales

En vista de que la liquidación del contrato se realizó el 13 de mayo de 2003 y es este acto el que se encuentra cobijado dentro del ámbito del juzgamiento del tipo penal, será aplicable en este caso lo dispuesto originalmente en la Ley 599 de 2000.

El artículo 410 del Código Penal sanciona el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales con penas de prisión, multa e inhabilitación para ejercer cargos públicos al servidor público que, por razón del ejercicio de sus funciones, tramite un contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de estos. Así fue dispuesto textualmente por el legislador:

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

Dicho delito, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, es de sujeto activo determinado y conducta compuesta alternativa, la cual integra dos modalidades de ejecución. La primera, consiste en incumplir los presupuestos previstos por la ley para el trámite del negocio contractual, lo que involucra todos los pasos que ha de seguir la administración hasta su celebración. La segunda se refiere a celebrar el contrato, omitiendo la verificación del cumplimiento de los condicionamientos legales para su perfeccionamiento, dentro de los que se incluyen aquellos relativos a la fase precontractual y los relacionados con la liquidación.

En atención a la forma desconcentrada en que se cumple la función pública al interior de una entidad estatal, la ley ha distinguido la conducta que ejecutan los servidores públicos en quienes recae la competencia de tramitar el contrato, de la que cumple el representante legal o el ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación. Este último es quien debe comprobar el acatamiento de las exigencias legales esenciales en la etapa previa, por ser el funcionario autorizado por la Carta Política y la ley para disponer de los recursos del ente territorial.

El bien jurídico tutelado es la administración pública, cuyo titular es el Estado, y su finalidad es salvaguardar su buen nombre, en atención a que las atribuciones desarrolladas por los servidores públicos deben cumplirse de acuerdo con los principios de transparencia, moralidad y probidad contenidos en el artículo 209 superior. La lesión se produce al momento en que el acto contrario a la ley se produce y entra al mundo jurídico.

Enmarcados bajo tal entendimiento, la Sala procederá a abordar el examen de la actuación y la eventual responsabilidad del acusado. Para ello, se ponderarán en conjunto las pruebas obrantes en el proceso frente a las reglas de la sana crítica y a los criterios previstos en la ley Procesal Penal.

Del tipo objetivo

1. La Fiscalía General de la Nación acusó a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE por la comisión de este delito, por haber liquidado el contrato sin que se respetaran los requisitos que la ley establece.

Afirma el delegado que el procesado trasgredió los principios de eficacia y economía al haber habilitado la validez del contrato No. 238 de 2000, pese a las protuberantes irregularidades que se presentaron en su trámite y celebración. Se le endilga responsabilidad por no haber verificado el cumplimiento del objeto del convenio antes de proceder a su liquidación.

En ese sentido, se tiene que el principio de eficacia tiene sustento constitucional en los artículos 2º y 209 – entre otros –. Este consiste en que la Administración debe cumplir adecuadamente sus propias determinaciones, es decir, debe lograr la efectiva consecución de los fines que el Estado persigue. De esta forma, de las entidades territoriales se predica la obligación de actuar y *“hacer una real y efectiva ejecución de las medidas que se deban tomar en el caso que sea necesario, en armonía y de conformidad con el debido proceso”*.¹³¹ El Consejo de Estado, por su parte, también se ha referido a este como una herramienta dispuesta por el ordenamiento que tiene

¹³¹ Sentencia C-826 de 2013. Ver también T-733 de 2009.

como propósito garantizar que la función pública cumpla con sus propósitos. Así lo ha definido:

“Otro de los principios reconocidos por la Constitución Nacional y la Ley 1437 de 2011 es el principio de eficacia. Este principio guía el comportamiento de la administración, constituye una herramienta para alcanzar los fines del Estado y le impone a las autoridades la obligación de atender las necesidades de los ciudadanos y adoptar las acciones necesarias para alcanzar la materialización de sus derechos. Por consiguiente, no pueden estas asumir una actitud pasiva o estática ante situaciones que afecten negativamente los derechos e intereses de la ciudadanía.

En relación a este principio, la doctrina nacional ha indicado:

“La eficacia como principio del Estado social y democrático del derecho, se refiere a la actitud o cualidad exclusiva y específica de la administración pública, en cualquiera de sus manifestaciones, para alcanzar los resultados presupuestados o buscados por el ordenamiento jurídico”.

(...)

Ahora bien, dado que el principio de eficacia rige el desenvolvimiento material de la administración, en su aplicación se hayan implicados los fenómenos de planeación, de presupuestación pública y consiguientemente el conocimiento previo de los conceptos entre los cuales ha de producirse el resultado mínimo buscado por la administración pública (...).¹³²

Por su parte, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 consagra el principio de economía. Con este, se pretende orientar a la Administración con el fin de *“asegurar la eficiencia de la Administración en la actividad contractual, traducida en lograr los máximos resultados, utilizando el menor tiempo y la menor cantidad de recursos con los menores costos para el presupuesto estatal”*.¹³³

¹³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de septiembre de 2016, expediente 2291.

¹³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 15324.

De esta forma, se propende por que el Estado invierta el patrimonio público de la mejor forma posible, evitando siempre su despilfarro o dilapidación. Por esta razón, es imperativo para el ordenador del gasto proteger el erario y asegurar la consecución de los fines perseguidos con su utilización.

2. Al observar lo ocurrido al momento de liquidar el contrato, se evidencia que se trasgredió el ordenamiento jurídico, toda vez que el exgobernador no verificó, aunque era su deber hacerlo, que el objeto del contrato No. 238 de 2000 se hubiera cumplido a cabalidad. Por esta razón, se anuncia desde ya que HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE será condenado por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, consagrado en el artículo 410 del Código Penal.

La Fiscalía construye el reproche con base en todas las actuaciones que desplegó el exgobernador antes de proceder a la liquidación del convenio por el que se juzga. De esta forma, relata varias decisiones que se tomaron en el marco de su ejecución, para concluir que el acusado faltó a sus obligaciones y, por consiguiente, cometió el delito contra la administración pública. Por esta razón, conviene resaltar que, tal y como lo afirma la defensa, estas no hacen parte del ámbito de protección del tipo penal, por lo que no se le juzgará por esto. El juicio de responsabilidad nace del acto de liquidación del Contrato No. 238 de 2000, el cual sí está consagrado en la descripción típica. Esa es la conducta por la que el ente acusador solicita la condena y será por esta por la que se

emitirá sentencia. La descripción de los demás actos servirá para describir la manera en que se llegó a cometer el ilícito.

Conviene destacar inicialmente que el reinicio de las obras¹³⁴ era una actividad que se requería para impulsar el cumplimiento del objeto y, en especial, para procurar el avance de la construcción del puente sobre el río Ranchería. Como ya se relató con anterioridad, era necesario reconstruir ese paso, toda vez que el corregimiento de El Hatico quedaba incomunicado de Fonseca – el municipio más cercano – con lo cual la comunidad se encontraba sufriendo un gran perjuicio. Al tratarse de una emergencia,¹³⁵ resulta evidente que retomar esos trabajos era prioritario.

Situación parecida se presenta con la suscripción del contrato modificadorio No. 1,¹³⁶ que suprimió la plaza de mercado de Maicao. Como se constató al estudiar la responsabilidad de ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, esta obra fue proyectada sin que se hubiera asegurado el lote sobre el cual se pretendía construir.¹³⁷ En consecuencia, nunca se pudieron iniciar los trabajos, lo cual conllevó a que se eliminara del convenio. Por lo tanto, la suscripción del contrato modificadorio No. 1 – con el cual se redujo el valor total a \$2.015'185.752 – por parte del procesado fue un intento por remediar los problemas causados por la falta de planeación.

¹³⁴ Ver: Acta de Inicio folios 139 y 140 Cuaderno Fiscalía 1.

¹³⁵ Ver: Declaración de Manuel Feliz Magdaniel Pabón, Folios a 153 a 160 Cuaderno Fiscalía 3.

¹³⁶ Folios 147 a 149 Cuaderno Fiscalía 1.

¹³⁷ Ver página 88 y ss. ut supra.

Para evitar el daño patrimonial con esta decisión, el anticipo que se había pagado se redistribuyó entre las que quedaron y a la cuantía total se le redujo lo asignado inicialmente para la plaza de mercado de Maicao – cómo se explicó al estudiar la responsabilidad de ÁLVARO CUELLO BLANCHAR –.¹³⁸

En este sentido, estas dos actuaciones no son relevantes para dirigir el juicio de reproche, pues, como ya se mencionó, las particularidades que se presentaron en las etapas precontractual y contractual ameritaban una intervención por parte de la administración. Por esta razón, no tienen la entidad suficiente para demostrar la comisión del delito.

3. En contraste, lo ocurrido con los contratos adicionales Nos. 1 y 2 y los restablecimientos al equilibrio económico del contrato sí permiten acreditar la realización de la conducta punible.

Para comenzar, está probado dentro del proceso que la falta de planeación durante las etapas previas y concomitantes a la suscripción del contrato No. 238 de 2000 generaron una serie de problemas que se reflejaron en la etapa de ejecución. Uno de esos fue que el presupuesto que se proyectó no era suficiente para terminar las edificaciones.¹³⁹ Por esta razón, fue que se decidió aumentar la cuantía del convenio, tal y como se

¹³⁸ Ver página 114 y ss. ut supra.

¹³⁹ Ver: Declaración de María Patricia Restrepo Fierro del 9 de abril de 2021, CD RAD-46473-09-04-21-5 record: 00:25:00, Folio 88 Cuaderno Sala Primera Instancia 3.

lee en el cuerpo de los contratos adicionales Nos. 1¹⁴⁰ y 2.¹⁴¹ El propósito era poner en funcionamiento las obras.

El exgobernador, al percatarse de las falencias en las provisiones financieras hechas para el cumplimiento del objeto, pretendió remediarlas aumentando la cuantía del contrato. Así, a través del primer adicional, se otorgaron \$268'720.013 que debían ser usados en el Palacio Municipal de El Molino¹⁴² y en el puente sobre el río Ranchería.¹⁴³ Mediante el segundo de los adicionales, se concedieron \$927'607.186 que serían distribuidos entre el puente sobre el río Ranchería,¹⁴⁴ el Palacio Municipal de El Molino¹⁴⁵ y el terminal de paso y la plaza de mercado de San Juan del Cesar.¹⁴⁶ En total se agregaron \$1.169'327.199 para que el objeto del contrato pudiera ser cumplido a cabalidad.

Además de lo anterior, la Gobernación le reconoció al contratista en dos oportunidades el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, ya que incurrió en mayores costos por las fallas en la planeación que produjeron que las obras tardaran más de lo previsto. Por medio de la Resolución No. 230 de 2002,¹⁴⁷ el procesado le otorgó al contratista la

¹⁴⁰ Folios 157 a 159 Cuaderno Fiscalía 1.

¹⁴¹ Folios 162 a 164 ibidem.

¹⁴² \$47'062.082.

¹⁴³ \$221'657.931.

¹⁴⁴ \$301'470.239.

¹⁴⁵ \$130'557.094.

¹⁴⁶ \$495'579.853.

¹⁴⁷ Folios 82 a 84 Cuaderno Fiscalía 1.

suma de \$87'830.059 y, mediante la Resolución 399 de 2003,¹⁴⁸ le fueron otorgados otros \$288'000.000 adicionales.

Como se observa, el acusado era consciente de la necesidad de solucionar los problemas presupuestales y, con el fin de lograr que se cumpliera el objeto, dispuso de más recursos para el contrato. Sin embargo, contrario a lo que argumenta la defensa en sus alegatos, existe prueba dentro del plenario que muestra que las edificaciones de los municipios de Hatonuevo y San Juan del Cesar no fueron finiquitadas y, a pesar de eso, HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE procedió a liquidar y pagar el contrato, con lo cual incurrió en el ilícito enrostrado.

Para comenzar, existe en el expediente una carta enviada por el personero de San Juan del Cesar a la Secretaría de Obras del Departamento de la Guajira el 12 de septiembre de 2005¹⁴⁹ en la que le solicita *“se sirva certificar a este despacho cuales son los motivos por el cual (sic) no se han terminado los trabajos de la obra del terminal del municipio”*. Argumenta su solicitud, por cuanto *“dicha obra fue iniciada hace varios años y a la fecha por estar inconclusa está generando una serie de problemas que atentan contra la salud, la seguridad, etc. de los habitantes de esos barrios”*.

Adicionalmente, el informe del C.T.I. No. 0247 UPJ/CTI del 30 de enero de 2006¹⁵⁰ relata claramente que en *“visita*

¹⁴⁸ Folios 3 y 4 Cuaderno Fiscalía 3.

¹⁴⁹ Folio 9 Cuaderno Anexo Fiscalía 1.

¹⁵⁰ Folios 11 a 19 Cuaderno Fiscalía 1.

*practicada a los sitios donde fueron ejecutadas las obras del proyecto, se pudo observar que de cinco construcciones inicialmente contratadas, tan solo dos de ellas fueron terminadas, como son el Palacio Municipal de El Molino y el puente sobre el río Ranchería; lastres (sic) obras restantes no fueron culminadas debido a que no se contrataron las cantidades de obra necesarias para concluiras”.*¹⁵¹

Todo esto corroborado mediante el álbum fotográfico No. 08283 del 8 de agosto de 2006¹⁵² en el que se anexaron fotos que acreditan que, efectivamente, las construcciones de Hatonuevo y San Juan del Cesar no se pusieron en funcionamiento. En estas se observa que a la plaza de mercado y el terminal de paso de San Juan del Cesar le faltan las ventanas y la fachada,¹⁵³ que presenta fallas en su estructura¹⁵⁴ y que, en general, se encuentra en un estado que impide su uso.¹⁵⁵ Por su parte, del Palacio Municipal de Hatonuevo se observa que lo único que se construyó fue el *esqueleto*, es decir, el piso y las columnas, sin muros ni techos.¹⁵⁶ Esta es una construcción que es, a todas luces, inutilizable.

Ahora, es cierto que al palacio municipal de Hatonuevo no se le inyectaron más recursos de los que se le concedieron en el contrato No. 238. Pero, si el exgobernador estudió todo el

¹⁵¹ Folio 18 ibídem.

¹⁵² Folios 77 a 98 Cuaderno Fiscalía 2.

¹⁵³ Ver Imágenes 06, 07 y 09 ibídem.

¹⁵⁴ Ver imagen 27 ibídem.

¹⁵⁵ Ver imágenes 02, 22, 23, 24, entre otras ibídem.

¹⁵⁶ Ver imágenes 57, 58, 59, 60, 61 y 62 ibídem.

contrato para darle más presupuesto a las obras que lo necesitaban, se entiende que estimó que para esta específica edificación eran suficientes los dineros que se habían presupuestado.

No puede excusar al exgobernador el hecho de que las irregularidades se hayan descubierto en el 2006 y no antes, como lo afirma el abogado en sus alegatos. Lo anterior, pues esto no significa que estas hubieran ocurrido después de la liquidación, sino que, por el contrario, demuestra aun una mayor falta atribuida al acusado, toda vez que era su deber advertir que las obras no cumplían el propósito planteado desde el mismo momento en que fueron entregadas y, por supuesto, antes de la liquidación del contrato.

4. A su vez, resulta necesario aclarar que, a pesar de que HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE no firmó el Acta de Liquidación, esta obligación recaía sobre él, por lo que, aunque fue otro funcionario de la gobernación el que adelantó esa diligencia, el exgobernador no quedó exonerado de su responsabilidad.

Esta Corporación ha decantado en varias oportunidades que la actividad que finiquita la relación contractual entre una entidad territorial y un particular se encuentra dentro del marco de las atribuciones legales que le competen únicamente al representante legal de la entidad.¹⁵⁷ Por lo tanto, el hecho de que el acusado haya designado a un empleado de la

¹⁵⁷ Cfr. CSJ SP869, 11 mar. 2020, rad. 53908 y CSJ SP, 18 dic. 2006, rad. 19392, entre otras.

administración para que firmara por él el acta de liquidación no traslada la responsabilidad a este último, como lo pretende hacer valer el apoderado del acusado.

En este caso sucedió que quienes suscribieron el acta de liquidación a nombre de la Gobernación de la Guajira fueron Samuel Pulido Coy, en su calidad de interventor, y el Secretario de Obras Públicas del Departamento. Sobre esta práctica también se ha pronunciado la jurisprudencia, expresando que quien ejerce labores de supervisión no ostenta facultad legal para realizar dicho acto. Así ha sido explicado:

“El interventor de un convenio de interés público carece, entonces, de la facultad o competencia legal para efectuar la liquidación. Y ello es así, en la medida en que si bien aquél ejerce labores de supervisión sobre el cumplimiento del objeto contractual, en la liquidación bilateral, son las partes quienes determinan el estado general de ejecución de las obligaciones a su cargo y su resultado definitivo, para así hacer los reconocimientos a que haya lugar y, consecuentemente, declararse a paz y salvo.

(...)

Por consiguiente, en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales está descartada la posibilidad de que al interventor se le atribuya, a título de autor, responsabilidad por la inobservancia de requisitos legales para liquidar el contrato, como quiera que, por parte de la administración, el competente para efectuar la liquidación es el servidor público que actúa como contratante, bien por mandato legal o por acto de delegación. Y, finalmente, quienes

liquidan por mutuo consentimiento son las partes contratantes".¹⁵⁸

Situación similar se presenta cuando en lugar del representante legal de la entidad o del interventor participa algún secretario del despacho. En estos eventos tampoco procedería exonerar al ordenador del gasto por el simple hecho de no figurar como firmante del acta de liquidación. Como se extrae de los precedentes citados, la terminación de una relación contractual solo le compete al director de la Administración.¹⁵⁹

En consecuencia, no son de recibo las exculpaciones ofrecidas por el defensor en sus alegatos, pues, aunque su representado no figure dentro del acta de liquidación, esta actividad estaba dentro de sus obligaciones tal y como lo ha explicado esta Corporación, al tenor de lo dispuesto por los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993.

5. El Contrato No. 238 de 2000 tenía por objeto "La construcción, ampliación y/o remodelación de los palacios municipales de: El Molino y Hatonuevo, la construcción de la terminal de paso y plaza de mercado de San Juan del Cesar, la construcción de la plaza de mercado de Maicao y la construcción del puente sobre el río Ranchería que comunica a Fonseca con el corregimiento El Hatico" (negrilla fuera de texto). Por lo tanto, no se entiende cómo el exgobernador, ante el evidente e indiscutible incumplimiento del objeto del

¹⁵⁸ CSJ SP712, 25 ene. 2017, 48250.

¹⁵⁹ Cfr. CSJ SP1138, 6 abr. 2022, rad. 59738.

convenio y a pesar de que se dispusieron más recursos de los inicialmente presupuestados para la terminación de las obras, procedió, el 13 de mayo de 2003,¹⁶⁰ a liquidar el contrato.

Y es que si, para aumentarle la cuantía al contrato, el exgobernador se basó en la necesidad de poner en funcionamiento las obras, no se entiende cómo autorizó la liquidación del convenio sin percatarse de que, efectivamente, el objeto había sido cumplido a cabalidad. En este punto era esperable que HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE verificara que **todas** las obras contratadas habían sido terminadas a satisfacción, lo cual, como ya se constató, no sucedió, pues dos de estas fueron entregadas en un estado inservible.

Esta conducta resulta a todas luces violatoria de los principios de eficacia y economía. Recuérdese que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el principio de eficacia, consagrado en los artículos 2° y 209 de la Constitución Política, *“le impone a las autoridades la obligación de atender las necesidades de los ciudadanos y adoptar las acciones necesarias para alcanzar la materialización de sus derechos. Por consiguiente, no pueden estas asumir una actitud pasiva o estática ante situaciones que afecten negativamente los derechos e intereses de la ciudadanía”*.¹⁶¹

¹⁶⁰ Folios 185 a 193 Cuaderno Fiscalía 1.

¹⁶¹ Op. cit. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de septiembre de 2016, expediente 2291.

Por su parte, con el segundo axioma, estipulado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, se pretende guiar al Estado y conminarlo a que busque “asegurar la eficiencia de la Administración en la actividad contractual, traducida en lograr los máximos resultados, utilizando el menor tiempo y la menor cantidad de recursos con los menores costos para el presupuesto estatal”.¹⁶²

En este caso se observa que la actitud del acusado fue completamente pasiva, pues no acudió a los mecanismos que ofrece el ordenamiento jurídico para hacer cumplir el propósito del convenio investigado. De acuerdo con el mandato constitucional y legal que establecen estos principios, la administración estaba en la obligación de asegurarse de que todas las edificaciones que se había acordado construir cumplieran los requerimientos necesarios para ser puestas en funcionamiento. Mucho más cuando se aumentaron los recursos en dos oportunidades, con la intención de lograr el fin planteado en el contrato.

Si el acusado intentó remediar los problemas de financiamiento, lo esperable era que verificara que la plata adicional otorgada se había invertido adecuadamente. Era su responsabilidad verificar eso. Por esta razón es que, al no hacerlo, se acredita la adecuación típica objetiva de la conducta desplegada, en tanto se incumplieron los requisitos legales que exigía el contrato para su liquidación.

¹⁶² Op. cit. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 15324.

Del tipo subjetivo

1. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico está claro que, para determinar el encuadre típico de una conducta, se requiere que se examine la existencia del elemento subjetivo de esta. Para el caso del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, es necesario que la acción delictiva haya sido cometida con dolo, esto es, con pleno conocimiento y voluntad de la acción que se realizaba.

Como ya fue explicado anteriormente,¹⁶³ de acuerdo con el artículo 410 del Código Penal, la conducta es dolosa cuando el agente sabía que con su proceder se apartaba de los principios y las normas constitucionales y legales que orientan la contratación administrativa al tramitar, celebrar o **liquidar** un contrato.¹⁶⁴ Por lo tanto, corresponde ahora estudiar si HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE conocía los requisitos exigidos para la liquidación del contrato No. 238 de 2000 y, a pesar de eso, decidió voluntariamente no acatarlos.

2. En este sentido, se tiene que el exgobernador estaba al tanto de que las fallas en la etapa precontractual producían un déficit financiero que impedía terminar las obras con la cuantía inicialmente establecida. Por esa razón, como ya fue señalado, decidió realizar dos adiciones presupuestales al convenio, mediante la firma de dos contratos modificatorios¹⁶⁵ y, de esta

¹⁶³ Ver página 95 y ss. ut supra.

¹⁶⁴ Op. cit. CSJ. 12 de junio de 2013, rad. 35560.

¹⁶⁵ Folios 157 a 159 y Folios 162 a 164 Cuaderno Fiscalía 1.

forma, disponer de los recursos necesarios para la puesta en funcionamiento de las obras. Adicionalmente, le concedió al contratista, también en dos ocasiones,¹⁶⁶ el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pues su actividad se vio perjudicada por errores imputables a la administración.

Ahora, a pesar de esto, al momento de liquidar el contrato no verificó, como era su deber hacerlo, que, efectivamente, todas las obras que se habían contratado hubieran quedado listas para su utilización. Ya quedó demostrado dentro del plenario que dos obras no fueron terminadas antes de cerrar el contrato y, para el momento en que se le levantó el reproche, estaban en estado de abandono.

Por consiguiente, con los cuatro actos administrativos con los que se refinanció la cuantía del convenio, se acredita que HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE era consciente de que las construcciones debían ser entregadas en un estado que permitiera su puesta en funcionamiento. El acusado sabía que el objeto del contrato No. 238 de 2000 era permitir que la comunidad se beneficiara con esas obras, pues ya había quedado establecido, desde la expedición de la ordenanza 034 de 1999, que estas eran necesarias.

Por todo esto resulta claro que el acusado se apartó de sus deberes voluntariamente y, de esta forma, procedió a

¹⁶⁶ Folios 82 a 84 Cuaderno Fiscalía 1 y Folios 3 y 4 Cuaderno Fiscalía 3.
Página 136 de 168

liquidar el contrato sin asegurarse de que todo el objeto por el cual se había contratado había sido entregado según lo pactado.

3. El principio de confianza alegado como justificación no puede ser de recibo, pues, de acuerdo con los numerales 2 y 5 de la Ley 80 de 1993, los servidores públicos deben responder por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, dado que la responsabilidad de dirección de la actividad contractual es del jefe de la entidad, la cual no podrá ser trasladada.¹⁶⁷

Esta Corporación ha reiterado¹⁶⁸ que el ordenador del gasto posee el deber legal de vigilar y supervisar el rol de los subalternos, sin que pueda eximirse de responsabilidad, incluso, cuando se presenta delegación o desconcentración funcional. Así ha sido explicado:

*“La aplicación del principio de confianza que deriva de la realización de actividades que involucran un número plural de personas y que presupone que cada responsable de una parte de la tarea puede confiar en que los restantes responsables del proceso han llevado a cabo su labor correctamente, encuentra como uno de sus límites precisamente aquellos eventos en que se deba objetar, y en este caso, corregir los errores manifiestos de otros, si como, cede ante las hipótesis en que el interviniente en la labor que se surte mediante división de tareas tiene asignado como rol de vigilancia de la correcta realización de los demás roles”.*¹⁶⁹

¹⁶⁷ Cfr. CSJ SP1138, 6 abr. 2022, rad. 59783.

¹⁶⁸ Cfr. CSJ SEP00029, 10 mar. 2021, rad. 00003 y CSJ SP, 22 jun. 2016, rad. 42930, entre otras.

¹⁶⁹ CSJ SP18532, 8 nov. 2017, rad. 43263.

Por lo tanto, no se configura el principio de confianza planteado por la defensa como causal de exclusión de la responsabilidad del acusado, pues, como se acaba de observar, para que este opere es necesario que el acusado hubiera cumplido el deber legal de vigilar y corregir el proceder de los funcionarios que procedieron a realizar la liquidación, lo cual fue omitido intencionalmente, de tal manera que no puede aducir en este estadio, para evadir la responsabilidad, que confió en que ellos habían cumplido cabalmente con sus atribuciones.

Como se observa, los requisitos de conocimiento y voluntad requeridos para la comprobación del dolo de la conducta se encuentran debidamente acreditados dentro del plenario, por lo que se puede afirmar de esta su plena adecuación típica. En este sentido, se evidencia que HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE cometió el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales de manera dolosa.

Antijuridicidad

1. Como ya se mencionó, las normas de contratación pública intentan evitar que la arbitrariedad sea la que guíe las funciones del Estado. Con esto se propende por un uso democrático del patrimonio estatal, de tal forma que este sea manejado de manera transparente y eficiente.

En los casos de los delitos que atentan contra la administración pública, el daño al bien jurídico se origina cuando el servidor desatiende los principios establecidos en la ley y actúa de manera caprichosa. En estos, según la descripción que trae el Código Penal en su artículo 410, no se exige que se cause un perjuicio económico para concretar la lesión. Lo que se recrimina aquí es la trasgresión de los axiomas y reglas que orientan los procesos de contratación administrativa, pues se traiciona la confianza depositada por la sociedad en el encargado de proteger el erario.¹⁷⁰

En el presente caso se tiene acreditado que el acusado trasgredió los principios de eficacia y economía, con lo cual se le causó una lesión al bien jurídico de la Administración Pública. De lo hallado en el plenario se comprobó que dos de las obras cuya construcción fue contratada – el Palacio Municipal de Hatonuevo y la plaza de mercado y el terminal de paso de San Juan del Cesar – no fueron terminadas y, por tanto, no se pudieron poner en funcionamiento, a pesar de los esfuerzos económicos que tuvo que hacer la Gobernación de la Guajira.

Por consiguiente, la antijuridicidad material de la conducta cometida por el acusado encuentra su fundamento en las pruebas debidamente aportadas al proceso. En consecuencia, se estudiará lo concerniente a la culpabilidad,

¹⁷⁰ Cfr. CSJ SP4134, 6 abr. 2016, rad. 42001 y CSJ SP153, 18 ene. 2017, rad. 41000.

último estadio necesario para predicar la responsabilidad penal por este punible.

Culpabilidad

1. Como ya se explicó,¹⁷¹ la culpabilidad es un reproche que se eleva en contra de quien, pudiendo comportarse conforme a lo jurídicamente adecuado, decide libremente por no hacerlo. Es la recriminación realizada a una persona que ha cometido una acción típica y antijurídica, pese a que podía actuar de manera distinta.

Por consiguiente, se censura la acción desplegada por el acusado de tal forma que su punición se fundamente en que pudo haber ajustado su comportamiento a la ley y, a pesar de eso, no lo hizo.

En el presente caso, está claro que HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE ostentaba las cualidades necesarias para entender y comprender la ilicitud de su conducta, pues su trayectoria le permitía conocer y anticipar las consecuencias de trasgredir el ordenamiento jurídico. Él sabía que autorizar la liquidación del contrato cuando dos de las cuatro obras no habían sido entregadas de acuerdo con lo pactado, desembocaba en un incumplimiento de los requisitos legales.

¹⁷¹ Ver página 103 y ss ut supra.

De esta forma, era perfectamente predicable esperar un proceder ajustado a la norma por parte del acusado, pues contaba con las facultades necesarias para actuar según lo esperado por la sociedad de un servidor público. Por este motivo, no caben dudas de que la acción punible fue cometida con plena culpabilidad y, en consecuencia, se configuran los requisitos establecidos en el artículo 9° del Código Penal. Por ende, se hallan verificadas todas las exigencias para sostener que HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE es culpable y responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, consagrado en el artículo 410 del mismo cuerpo normativo.

Peculado por apropiación

Del tipo objetivo

1. Como ya fue explicado anteriormente,¹⁷² la conducta punible requiere para su estructuración de un sujeto activo calificado que ostente competencia para disponer del patrimonio público y de la apropiación en provecho personal o de un tercero de bienes del Estado. La apropiación, por su parte, puede ocurrir como consecuencia de la disponibilidad directa de los recursos o debido al ejercicio de un deber funcional. En cuanto al momento consumativo, este se perfecciona cuando se sustrae efectivamente del haber público dineros con la intención de hacerlos propios o de un tercero. Lo relevante de

¹⁷² Ver páginas 102 y ss. Ut supra.

este último aspecto es que se impida a la administración seguir manejando los recursos que administraba el servidor oficial.¹⁷³

De acuerdo con lo anterior, para la configuración del tipo penal es imprescindible que se acredite que dineros del erario fueron despojados de la entidad debido al incumplimiento de la obligación de cuidarlos por parte del encargado de custodiar su administración. De esta forma, aquel que ostentaba el compromiso de protegerlos debe tener participación en la comisión de la conducta, ya sea de forma activa (dolosa) o pasiva (culposa), ya que sin su intervención no se podría hablar de un delito de peculado.

2. En el Informe IP0006838597 del 3 de noviembre de 2021¹⁷⁴ – y su aclaración¹⁷⁵ –, practicado en el trámite de objeción al dictamen 2501GIE/S.I./CTI del 4 de septiembre de 2006,¹⁷⁶ se afirma que las cantidades de obra cobradas por el contratista no fueron las mismas que se hallaron directamente en las obras, por lo que hubo recursos desembolsados por la Gobernación que no fueron usados para terminar las construcciones.

La referida experticia concluyó que la diferencia entre el valor cobrado de acuerdo con el Acta de recibo final y el costo

¹⁷³ Ver: CSJ SP2184, 15 feb. 2017, rad. 47348; CSJ SP, 15 jul. 2015, rad. 43839; CSJ SP5053, 21 no. 2018, rad. 53277; CSJ SP, 6 mar. 2003, rad. 18021; CSJ SP, 6 sep. 2007, rad. 27092; CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 36387, entre muchas otras.

¹⁷⁴ Folios 160 a 193 Cuaderno Objeción Dictamen Pericial 1.

¹⁷⁵ Ver: Folios 222 a 231 Cuaderno Objeción Dictamen Pericial 2.

¹⁷⁶ Folios 22 a 40 Cuaderno Fiscalía 2.

real según el presupuesto de referencia fue de \$168'108.206. De esta forma, se estableció que existió una malversación de recursos públicos en medio de la liquidación del Contrato No. 238 de 2000.

Con el dictamen IP0006838597 se corrigieron los errores aritméticos y las equivocaciones ocurridas en la toma de datos que se presentaron en el informe 2501 del 2006, y que fueron alegados por la defensa tanto en el trámite de objeción como en la audiencia pública. Además, se explicó que tener los planos completos no es indispensable para tomar las medidas, pues, si lo que se pretende es verificar qué fue lo que se utilizó en la construcción, lo relevante es observar la obra en sí misma.

Sobre esto, tiene razón el perito, pues lo que persigue el análisis es corroborar lo que el contratista realmente utilizó. Asegurar que solo con los documentos completos puede realizarse un análisis fiable es desconocer que en este trabajo de investigación lo verdaderamente importante es observar la edificación propiamente dicha: si hay discrepancia entre los diseños y lo efectivamente realizado, primará esto último, pues fue por lo que cobró el constructor. Incluso, podría hacerse esa verificación sin ningún plano o memoria descriptiva, toda vez que, se repite, lo que se pretende es confirmar lo que realmente se hizo.

Adicionalmente, se lee dentro del cuerpo del dictamen que, para lograr el resultado final, el experto actualizó todos los

valores arrojados por la verificación de acuerdo con el IPC y el aumento del IVA ocurrido en el 2001.¹⁷⁷ Por consiguiente, tampoco le asiste razón al letrado del acusado, en cuanto todos esos factores sí fueron incluidos en el listado de precios oficiales y en la cuantificación de los valores finales. Esto se observa en la Tabla 14,¹⁷⁸ en la cual se señala como valor de la diferencia en los costos directos \$128'572.283, el cual, al incluirle el AIU refleja la cuantía final de \$168'108.260.

3. Sin embargo, también obra en el expediente el Informe No. 639246 FGN.CTI.DN.GFDCSJ del 1 de noviembre de 2011 que tuvo por objeto “*determinar el detrimento patrimonial para el Estado con motivo de los hechos aquí investigados*”.¹⁷⁹ En este se observa que el perito, después de acudir a las secretarías de Obras y de Hacienda de la gobernación de La Guajira, concluye que no fue posible identificar un perjuicio material para el departamento.

Al reparar en los resultados de esa experticia, se advierte que los pagos hechos por la administración al contratista, tanto a manera de anticipo como todos los demás, fueron amortizados durante las fases de ejecución y liquidación, por lo que **no se halla faltante alguno**. Así, se lee en el cuerpo del dictamen que “*el valor total de contrato de obra No. 238-2000 quedo (sic) por un valor de \$3.211.512.941 y que se ejecuto (sic) la suma de \$3.211.508.282, presentadose (sic) una diferencia de \$3.659*”. Es

¹⁷⁷ Ver: Folios 179 y 188 y ss Cuaderno Objeción Dictamen Pericial 1. En especial las Tablas 11, 12 y 13.

¹⁷⁸ Folio 193 ibidem.

¹⁷⁹ Folios 181 a 190 Cuaderno Fiscalía 4.

decir, de los elementos suasorios recolectados en la investigación no se pudo establecer si la Gobernación sufrió un perjuicio material al haber destinado ese presupuesto para la construcción de esas obras.

En ese mismo sentido, tampoco encontró que no se hubiera destinado a los proyectos algún monto de los que fueron desembolsados para tal fin – el resultado arroja un faltante de \$3.659, el cual es, a todas luces, insignificante en un contrato de tal magnitud –. Por esta razón la materialidad de la apropiación no está clara y no existe certeza acerca de si ocurrió o no una apropiación.

Como se observa, obran en la foliatura medios suasorios que se contradicen y que generan dudas acerca de la concreción objetiva del apoderamiento ilícito de los recursos. Los dos expertos convocados llegaron a inferencias contrapuestas que impiden corroborar o determinar con total seguridad que la acción delictiva realmente ocurrió.

De esta forma, en el expediente no existen los elementos necesarios que corroboren con certeza la comisión de la conducta punible de peculado por apropiación. De lo aportado tanto en la fase de instrucción como en la de juzgamiento hay evidencias que presentan conclusiones opuestas, por lo cual no se alcanzan los requisitos establecidos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000. Por esta razón, no es posible predicar la

realización objetiva del delito consagrado en el artículo 397 del Código Penal.

Del tipo subjetivo

1. En el presente asunto la Sala tampoco encuentra debidamente comprobados los elementos subjetivos mínimos, para predicar la adecuación del tipo penal enrostrado al exgobernador. De lo allegado al plenario no se halla evidencia suficiente para predicar que el encartado actuó de forma dolosa. No se corroboró la intención del actor.

Lo anterior, toda vez que la actividad de la Fiscalía se concentró en investigar la ilicitud en el trámite, celebración y liquidación del contrato No. 238 de 2000 y no profundizó en averiguar lo acontecido con los dineros públicos: se indagó sobre el delito de la contratación pública, sin ahondar suficientemente en lo relacionado con el peculado. Por esto, el ente persecutor describe una apropiación ilegal como consecuencia de la trasgresión a los principios de la contratación estatal y deriva la comisión de este último como consecuencia necesaria de la concreción del primero, sin diferenciar las características que le son propias a cada uno.

Al respecto, se tiene que la jurisprudencia de esta Corporación ya ha decantado que al juzgar por estos dos punibles dentro de una misma actuación se requiere que se analice detalladamente cada uno de ellos, pues tienen

ingredientes distintos y persiguen finalidades diferentes. Concluir que el peculado nace por haber firmado un contrato sin el lleno de los requisitos es equivocado. Así lo expresó la Sala de Casación:

“Para el efecto, debe partir por destacar que en razón de su naturaleza, los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación comportan una naturaleza independiente y autónoma.

Ello, para significar que, si bien, pueden concurrir en concurso heterogéneo o incluso en relación de medio a fin, de allí no puede concluirse que la materialización del primero necesariamente conduzca al segundo, o que este último solo se explica en función del otro”.¹⁸⁰

Y más adelante prosiguió:

“Vale decir, si se advierte la ejecución objetiva y subjetiva de un delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, no necesariamente ello implica asumir interés subjetivo y actos objetivos dirigidos a afectar el patrimonio estatal, en cuanto, requisitos necesarios del delito de peculado.

*Perfectamente, es necesario resaltar, **el dolo puede ir dirigido, no a afectar patrimonialmente al ente oficial, sino apenas a que determinado contrato omita en lo sustancial las exigencias legales que lo signan**, como judicialmente se tiene ampliamente documentado”.¹⁸¹*

2. Dentro de las presentes actuaciones, la Fiscalía General de la Nación acusó a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE

¹⁸⁰ CSJ SP2705, 11 jul. 2018, rad. 51574.

¹⁸¹ *Ibidem*.

por el delito de peculado por apropiación, toda vez que, en su criterio, la actividad desplegada por él frente al contrato No. 238 de 2000 permitió que terceros se apoderaran de dineros públicos. Todo esto basado en las diferentes decisiones que tomó durante la ejecución del citado convenio y al momento de liquidar el mismo.

En el llamamiento a juicio se afirma que la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales – por el que ya se definió su responsabilidad – fue el medio utilizado por el procesado para lograr que terceros desfalcaran a la Gobernación de La Guajira. El ente persecutor presenta el desarrollo de aquel punible como el fundamento sobre el cual se erige la actividad de apropiación ilícita de DELUQUE FREYLE y por la cual considera que debe ser condenado. Sostiene que la materialización del reato del artículo 397 del Código Penal se deriva de la efectiva realización del consagrado en el artículo 410 que le sigue.

Expresa el escrito acusatorio que “[e]l doctor *HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE* por su parte, con su conducta también concurrió a la malversación del patrimonio público, pues tan pronto se posesionó, autorizó el reinicio de las obras, sin superar las causas que dieron origen a la suspensión de las mismas, por haberse presentado una serie de inconvenientes que no dejaron siquiera comenzar el trazado de los diferentes proyectos...”¹⁸². Y en seguida describe todos los acontecimientos que rodearon la ejecución del

¹⁸² Folio 68 Cuaderno Fiscalía 7. En los alegatos de conclusión se usan términos muy similares. Ver: folio 22 Cuaderno Sala Primera Instancia 4.

contrato aquí cuestionado y que fueron relatados cuando se hizo el juicio por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales,¹⁸³ sin hacer alguna mención especial o concreta sobre los aspectos del peculado.

Posteriormente reseña las conclusiones del dictamen pericial No. 2501GIE/S.I./CTI del 4 de septiembre de 2006, para sostener que el Departamento de La Guajira realizó una inversión millonaria por unas obras que “*no fueron terminadas o no cumplieron la finalidad prevista en el contrato 238 de 2000 simplemente porque no entraron en funcionamiento, por falta de planeación y transparencia en todo el proceso de contratación*”.¹⁸⁴

Al final, colige que “***las múltiples irregularidades surgidas en desarrollo de la ilegal contratación, en la forma como se ha venido reseñando en esta resolución, permiten inferir que en este caso los doctores ÁLVARO CUELLO BLANCHAR y HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, como ordenadores del gasto, actuaron con conocimiento y voluntad de apropiarse a favor de terceros (Unión Temporal Fénix, Consultores del Desarrollo S.A., ingenieros contratistas y/o interventor) dineros del erario que les fueron confiados, en perjuicio del patrimonio departamental***”¹⁸⁵ (negrilla fuera de texto).

En términos bastante similares, la Fiscalía elevó la solicitud de condena por medio de sus alegatos finales. En estos

¹⁸³ Se refiere al contrato modificatorio No.1, a los contratos adicionales Nos. 1 y 2 y a los dos restablecimientos del equilibrio económico del contrato.

¹⁸⁴ Folio 71 Cuaderno Fiscalía 7.

¹⁸⁵ Folio 72 ibidem.

no se incluyeron argumentaciones que permitieran estudiar la efectiva comprobación del dolo del procesado, sino que este se siguió basando en lo sucedido con la contratación ilegal.

3. Como se observa, el fundamento presentado por el persecutor para inferir que el exgobernador actuó con la intención de que terceros se apropiaran de recursos del erario es el simple hecho de haber celebrado un contrato sin el cumplimiento de requisitos legales. No se señala dentro del pliego acusatorio ni en los argumentos de cierre de qué forma se corrobora la materialidad del peculado, sino que, simplemente, se presenta como una consecuencia necesaria de lo acontecido con el contrato No. 238 de 2000.

Se resalta la conclusión a la que llega, en la que afirma sin dubitaciones que, por las anomalías producidas durante la contratación, se puede “*inferir*” que la conducta se desarrolló con dolo. De esta forma construye el juicio de adecuación típica subjetiva del peculado sobre la materialidad del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sin detallar ninguno de los ingredientes específicos. Dentro de todas las pruebas allegadas al proceso, tanto en la fase de investigación como en la etapa de juicio, no se presentó ninguna que respaldara esta aseveración, por lo que no existen medios de convicción que puedan ser controvertidos y analizados. A su vez, tampoco se referenció elemento alguno que apuntara en esa dirección durante las alegaciones finales. Por el contrario, frente a este aspecto se guardó silencio.

Con esto, se tiene, entonces, que el persecutor pretende demostrar la intención de apropiación por eventos acaecidos durante la comisión del primer ilícito. En ese sentido, si se pretendía acreditar que el aspecto doloso de la contratación ilegal se extendía hasta el apoderamiento prohibido, era necesario que se probara de qué manera este se materializaba y cuál era el conocimiento y la voluntad insertos en la acción desplegada por el exgobernador.

La Sala insiste aquí en que los reatos de los artículos 397 y 410 del Código Penal son tipos autónomos que exigen una corroboración concreta e individual, basada en el acervo probatorio recolectado, pues sus componentes normativos son completamente distintos. La Ley los consagró en ubicaciones diferentes, toda vez que su estructuración, ámbito de protección y exigencias de adecuación pretenden proteger al bien jurídico de lesiones diferentes y comportan una actuación disímil por parte del sujeto activo.¹⁸⁶

Al tratarse de delitos desiguales con características especiales, la configuración de uno no conlleva indefectiblemente a la materialización del otro, así como tampoco sirve para que por razón del primero se colija el segundo. En el ámbito probatorio cada componente de los dos punibles debe estar debidamente demostrado y, en esa medida, la argumentación que soporta su adecuación también debe ser independiente.

¹⁸⁶ Cfr. CSJ SEP00050, 6 may. 2021, rad. 44368.

4. Ahora, de lo que se encuentra en el expediente tampoco puede inferirse que el acusado liquidó el contrato 238 de 2000 sin verificar la terminación de las obras con la *intención* de que el contratista se apropiara de dineros públicos.

Como ya se relató en la descripción del tipo objetivo, no hay certeza acerca de si verdaderamente ocurrió el delito de peculado, pues se cuenta con medios de conocimiento que apuntan en direcciones opuestas.¹⁸⁷

Igualmente, tampoco se podría deducir el dolo en la actuación por el propio acto de liquidación, pues, al analizar el acta que da por terminado el contrato se observa que existen constancias de ejecución que reflejan que todo el presupuesto destinado para la realización de las obras fue amortizado en su construcción. En el cuerpo de aquella acta¹⁸⁸ se detallan los montos desembolsados, la fecha de los mismos y la edificación en la que fueron invertidos. Por lo tanto, el exgobernador contaba con elementos que evidenciaron que el contratista destinó todos los recursos a él entregados al cumplimiento del objeto del contrato y, por consiguiente, no es posible predicar conocimiento alguno que le permitiera advertir la comisión del delito en el acto de liquidación del contrato.

Del mismo modo, tampoco se deduce la voluntad de entregarle los recursos del Estado a la Unión Temporal Fénix

¹⁸⁷ Ver página 141 y ss. ut supra.

¹⁸⁸ Folios 185 y 193 Cuaderno Fiscalía 1.

por la firma de los contratos adicionales o los restablecimientos del equilibrio económico del contrato, puesto que, como ya se explicó,¹⁸⁹ los errores en la planeación del convenio fueron los que ocasionaron constantes problemas en la fase de ejecución que derivaron en varias suspensiones e interrupciones de los trabajos que se realizaban.

De esta manera, acierta el Ministerio Público en sus alegatos, al afirmar que no se cuenta con prueba alguna que demuestre el aspecto subjetivo del delito de peculado, por lo que, aunado a la falta de certeza de la concreción objetiva del delito, no es posible erigir juicio de responsabilidad penal.

En consecuencia, se absolverá por este punible.

De las penas a imponer

i. Álvaro Cuello Blanchar

Se tiene que la conducta por la que se emite fallo de condena en contra de ÁLVARO CUELLO BLANCHAR corresponde al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

De acuerdo con el marco legal fijado, se tiene que el artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980 – modificado por la

¹⁸⁹ Ver página 122 y ss. ut supra.

Ley 80 de 1993 y la Ley 190 de 1995 – establecía una pena de prisión de entre cuatro (4) y doce (12) años y una multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años.

Teniendo como base lo anterior, se procederá ahora a establecer los cuartos de movilidad, sobre los que se fijarán los extremos punitivos. Así, restando el extremo mínimo al máximo de las correspondientes penas se obtiene una diferencia de noventa y seis (96) meses de prisión, cuarenta y ocho (48) meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Estos montos al ser divididos en 4 arrojan los cocientes de veinticuatro (24) meses de prisión, doce (12) meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, de donde se obtienen los cuartos de movilidad así:

PENA	PRIMER CUARTO	SEGUNDO CUARTO	TERCER CUARTO	CUARTO MÁXIMO
PRISIÓN	48 a 72 meses	72 meses y 1 día a 96 meses	96 meses y 1 día a 120 meses	120 meses y 1 día a 144 meses.
INHABILITACIÓN	12 a 24 meses	24 meses 1 día a 36 meses	36 meses 1 día a 48 meses	48 meses 1 día a 60 meses
MULTA	10 a 20 smlmv	20 a 30 smlmv	30 a 40 smlmv	40 a 50 smlmv

Corresponde ahora dar cumplimiento a la voluntad legislativa consignada en artículo 67 del estatuto de penas, según el cual *“Solo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurran únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo, cuando concurran exclusivamente de atenuación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61”*. En este precepto relacionado se explica que, dentro de los límites señalados, el juez determinará la pena a imponer de acuerdo con la gravedad y modalidad del hecho punible, el grado de culpabilidad y las circunstancias de atenuación o agravación, además de la conducta del procesado.

En este sentido, el Código Penal de 1980 dispone en el artículo 64 la buena conducta anterior como circunstancia de menor punibilidad. Esta se refiere a una cosmovisión amplia de todo un comportamiento previo a la comisión del delito que abarca un sinnúmero de factores. Dentro del expediente, solo existe un elemento que se refiere al comportamiento del procesado antes de desplegar la acción punible, el cual es la carencia de antecedentes. Por lo tanto, como quiera que no obra en el expediente nada que controvierta esta circunstancia, se aplicará ese presupuesto de menor punibilidad. Ahora, como tampoco se reportan circunstancias de mayor punibilidad de las que trata el artículo 66 del mismo estatuto, no hay ningún criterio que lleve a imponer una pena superior al mínimo del primer cuarto que corresponde a 48 meses de prisión.

Como ya se reseñó, el artículo 61 dispone que la pena a imponer en concreto se fija teniendo en cuenta la gravedad y modalidad del hecho punible, el grado de culpabilidad y las circunstancias de atenuación o agravación, además de la conducta del procesado.

Estos criterios constituyen un plus comportamental que no se encuentra recogido en el tipo penal, ni en las circunstancias de agravación específicas o genéricas. Son comportamientos o circunstancias especiales que amplían la graduación del injusto, pero que no fueron tenidas en cuenta por el legislador en su proceso de configuración del delito y sus agravantes.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 del Decreto Ley 100 de 1980, de lo aportado a la foliatura no se presentan elementos que reflejen una gravedad de la conducta ni un grado de culpabilidad mayor al ya reprochado en el tipo. A su vez, la personalidad del exgobernador no refleja la necesidad de partir de un punto superior al mínimo, con el fin de reprochar con más firmeza el delito cometido. Por esta razón, de acuerdo con las circunstancias de atenuación y agravación ya mencionadas, se impondrá la pena mínima de cuarenta y ocho (48) meses de prisión.

Como penas acompañantes de la principal de prisión, y bajo las mismas consideraciones, se impondrá al acusado la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, por

doce (12) meses y una multa de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ii. Hernando David Deluque Freyle

La conducta por la cual se emite fallo de condena en contra de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE corresponde al delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Como se estableció en su oportunidad, este se encuentra consagrado en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000. Este, para el momento de los hechos, tenía establecida una pena de prisión que oscila entre cuatro (4) y doce (12) años de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Hasta esta fase de la dosificación punitiva tienen aplicación los límites sancionatorios consignados en el dispositivo legal, albergando además los agravantes y atenuantes específicos, que para el caso no tienen presencia en la acusación presentada por el ente persecutor.

Restando el extremo mínimo al máximo de las correspondientes penas se obtiene una diferencia de noventa y seis (96) meses de prisión, ochenta y cuatro (84) meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Estos montos al ser divididos en 4 arrojan los cocientes de veinticuatro (24) meses de prisión, veintiún (21) meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y treinta y siete punto cinco (37,5) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, de donde se obtienen los cuartos de movilidad así:

PENA	PRIMER CUARTO	SEGUNDO CUARTO	TERCER CUARTO	CUARTO MÁXIMO
PRISIÓN	48 a 72 meses	72 meses y 1 día a 96 meses	96 meses y 1 día a 120 meses	120 meses y 1 día a 144 meses.
INHABILITACIÓN	60 a 81 meses	81 meses 1 día a 102 meses	102 meses 1 día a 123 meses	123 meses 1 día a 144 meses
MULTA	50 a 87,50 smlmv	87,51 a 125 smlmv	125,1 a 162,5 smlmv	162,51 a 200 smlmv

Corresponde ahora dar cumplimiento a la voluntad legislativa consignada en el inciso segundo del artículo 61 del estatuto de penas, según el cual *“El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva”*.

Atendiendo que para este punible no se dedujeron circunstancias de mayor punibilidad y se predica la de menor punibilidad de carencia de antecedentes penales contenida en el artículo 55-1 del Código Penal, la pena se ubicará dentro del primer cuarto que oscila entre 48 y 72 prisión.

Ahora bien, la pena a imponer en concreto se fija teniendo en cuenta los aspectos determinados en los incisos 3° y 4° del artículo 61 del Código Penal, esto es:

“La mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto”.

“Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.”

Le compete, entonces, al Juzgador ponderar aquellas circunstancias que resulten acreditadas en el proceso, y no correspondan con las que hacen parte de la estructura del delito ni coincidan con los agravantes o atenuantes específicos o con las circunstancias de mayor o menor punibilidad, pues de ellas ya ha dado cuenta el legislador al fijar los extremos punitivos y señalar los cuartos en que se debe ubicar el fallador.

Esta discrecionalidad reglada y fundamentación razonable, permiten al fallador valorar aquellas circunstancias fácticas que estando acreditadas en el proceso no correspondan con las que estructuran el tipo penal, pues solo generarían una múltiple valoración desbordando el principio de

estricta legalidad de la pena vulnerando por esta vía la prohibición del non bis in ídem¹⁹⁰.

De acuerdo con las situaciones acreditadas en la actuación, no se advierte que de ellas se deriven comportamientos del acusado que desborden el injusto por el que se emite decisión de condena, y que puedan ser consideradas en esta fase de tasación concreta de la pena como fundamento para fijarla superando el tope inferior del cuarto mínimo, por lo que se impondrá la pena de cuarenta y ocho (48) meses de prisión.

Como penas acompañantes de la principal de prisión, y bajo las mismas consideraciones, se impondrá al acusado la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por sesenta (60) meses y multa de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De los mecanismos sustitutivos de la pena

En este punto, dado que, tanto el artículo 68 del Decreto Ley 100 de 1980 como el artículo 63 original de la Ley 599 de 2000, prohíben conceder algún mecanismo sustitutivo de la condena de prisión cuando la pena impuesta exceda los tres años, no se podrá otorgar este beneficio.

¹⁹⁰ Cfr. CSJ, sentencia 14 mar. 2007. Rad. 25666.

A su vez, tampoco resulta viable su reconocimiento por favorabilidad, acogiendo la reforma que le introdujera el artículo 29 de la ley 1709 de 2014, pues a pesar de que con aquella modificación se aumentó de tres a cuatro años el límite para conceder el beneficio, para entonces ya estaba vigente el artículo 68A original, en el que se prohíbe objetivamente conceder este beneficio frente a los delitos contra la administración pública.

Adicionalmente, se agrega la prohibición introducida por el artículo 32 del Código Penal actual que, al reformar el artículo 68A, excluyó los beneficios y subrogados penales a los condenados por delitos contra la administración pública. Esta restricción ha venido manteniéndose desde la expedición de los artículos 28 de la ley 1453 de 2011; 13 de la ley 1474 de 2011; 32 de la ley 1709 de 2014; 4 de la ley 1773 de 2016 y 6 de la ley 1944 de 2018.

Prisión domiciliaria

Frente a este sustituto, vale precisar que respecto de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE se emite fallo de condena por la liquidación del contrato realizada el 13 de mayo de 2003, en vigencia de la ley 599 de 2000.

Por su parte, atendiendo la época de realización de la conducta punible por la cual se emite fallo de condena contra de ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, esto es entre el 9 de

diciembre de 1999 y el 27 de noviembre de 2000, previo a la entrada en vigencia de la ley 599 de 2000, el artículo 41 del decreto ley 100 de 1980 consagraba como penas principales para los imputables las de prisión, arresto y multa.

Atendiendo que bajo esta égida normativa no se contemplaba el instituto de la prisión domiciliaria como pena principal, resulta necesario integrar al caso la ley 599 de 2000, a través de la figura de la retroactividad de la ley penal favorable, como quiera que de no acudir a esta figura, el procesado CUELLO BLANCHAR tendría que soportar en prisión la pena impuesta, incluso siendo de menor cantidad que la que se irroga a DELUQUE FREYLE, a pesar de que con posterioridad a la comisión del delito el legislador dispuso el sustituto de la prisión domiciliaria como pena principal, como alternativa a la pena de prisión intramural.

En cuanto a la prisión domiciliaria, aplicando la regulación de la ley 599 de 2000 a los dos procesados, se dispone que esta podrá ser concedida bajo la condición de que i) la sentencia se imponga por delito cuya pena mínima prevista en la ley no supere cinco (5) años de prisión, y ii) que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Indiscutible resulta que en el presente asunto se cumple a cabalidad el requisito objetivo, como quiera que la pena de prisión mínima prevista para el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es la de 4 años.

Respecto del aspecto subjetivo, es preciso analizar lo que corresponde a los reportes de antecedentes penales. En este punto, se tiene que dentro del expediente se certificó que ninguno de los dos procesados contaba con antecedentes.¹⁹¹

Establecido que en la actuación no figuran antecedentes que indiquen que los procesados requieren tratamiento penitenciario, a pesar de que dentro de este trámite encaminaron su comportamiento al desconocimiento del ordenamiento jurídico realizando comportamientos que afectaron la administración pública, no puede desconocerse que esos hechos tuvieron acaecimiento hace más de 20 años, sin que ninguno de los dos procesados haya registrado nuevas violaciones a la normativa penal. Así, resulta evidente que no representan un peligro para la comunidad, lo cual hace innecesaria la internación carcelaria, para que la pena cumpla sus fines resocializadores y preventivos – artículo 4° inciso 2°.

Advertido que no se cuenta en el trámite con medios de conocimiento que conduzcan al convencimiento de que ÁLVARO CUELLO BLANCHAR y HERNANDO DAVID

¹⁹¹ Folio 145 Cuaderno Fiscalía 2.

DELUQUE FREYLE pondrán en peligro a la sociedad al cumplir la sanción impuesta en su residencia, como tampoco que se sustraerá al cumplimiento de la pena, resulta procedente reconocer el sustituto de prisión domiciliaria en su favor.

Para gozar del mecanismo sustitutivo de la pena reconocido, los sentenciados deberán prestar caución de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, mediante depósito judicial o póliza judicial por el mismo monto.

De igual manera, deberán suscribir diligencia de compromiso que contenga las obligaciones consagradas por el numeral 3° del canon 38 sustantivo penal, sustituto penal que será vigilado por el despacho de ejecución de penas competente y el INPEC.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 600 de 2000, esta medida se hará efectiva una vez cobre ejecutoria la presente providencia, ya que sobre los acusados no se impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad durante la actuación procesal.

Sobre los efectos civiles del delito

Tanto el Decreto Ley 100 de 1980 como la Ley 599 de 2000 exigen que en el fallo condenatorio se emita pronunciamiento en relación con los perjuicios que se encuentren debidamente

demostrados durante el proceso, buscando retornar las cosas al estado previo a la comisión del reato cometido.

Revisada la actuación, no se demostró la existencia de perjuicios económicos derivados del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales enrostrado a los exgobernadores.

En cuanto a las expensas, al no haberse presentado demanda de parte civil, no hay lugar al establecimiento de gastos requeridos para el adelantamiento del proceso.

Respecto de las agencias en derecho, no se asumió por la Gobernación de la Guajira la defensa de sus intereses ni en nombre propio ni a través de apoderado, los cuales demandaran gastos de honorarios o el empleo de tiempo y actividades dirigidas a atender el proceso, por lo que no habrá lugar a tasación alguna.

Por razón de lo expuesto, la **SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero: ABSOLVER a ÁLVARO CUELLO BLANCHAR y a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE por el punible de peculado por apropiación por el cual fueron acusados.

Segundo: CONDENAR a ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, como autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de doce (12) meses y multa de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Tercero: CONDENAR a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, como autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de sesenta (60) meses y multa de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuarto: NO CONDENAR a ÁLVARO CUELLO BLANCHAR y a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE al pago de perjuicios económicos derivados del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Quinto: EXONERAR a ÁLVARO CUELLO BLANCHAR y HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE del pago expensas y agencias en derecho.

Sexto: NEGAR a los sentenciados la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Séptimo: RECONOCER a ÁLVARO CUELLO BLANCHAR y a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE la prisión domiciliaria, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia. En firme esta providencia librese la respectiva orden de captura.

Octavo: EN FIRME este fallo, remítanse las copias pertinentes de la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (Reparto) que corresponda para lo de su competencia.

Noveno: EN FIRME remitir copias de la presente decisión a las autoridades señaladas en el artículo 472 de la Ley 600 de 2000.

Décimo: Comunicar esta decisión al Consejo Superior de la Judicatura para que adelante el recaudo de la multa impuesta, una vez cobre ejecutoria la presente determinación.

Décimo primero: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 235 núm. 5 y 6 de la Carta Política, modificado por el artículo 1 del A. L. 01 de 2018.

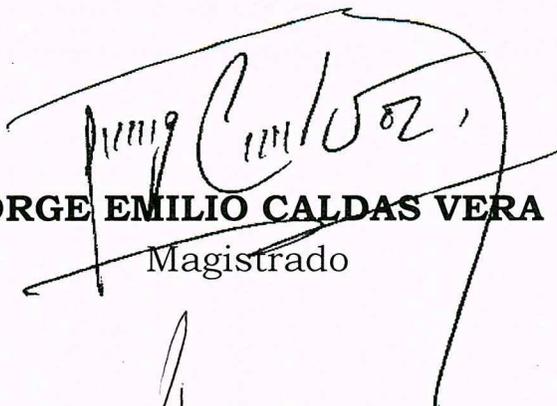
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



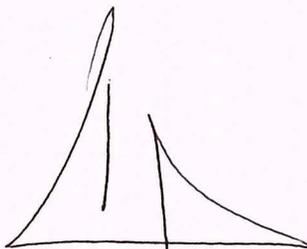
ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado



BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada



JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado



RODRIGO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario