



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado Ponente

SEP-00061 -2021

Radicación No. 48148

Aprobado mediante acta No. 32

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Finalizada la audiencia de juzgamiento, procede la Sala a dictar el fallo de primera instancia dentro de la causa seguida contra los ex-Gobernadores del Departamento de Putumayo, IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA, ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ y CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, quienes fueron acusados por la Fiscalía General de la Nación de ser presuntos autores de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, tipificados, en su orden, en los artículos 410 y 397 del Código Penal, cometidos en el ejercicio del cargo.

IDENTIDAD DE LOS PROCESADOS

IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA, identificado con la cédula de ciudadanía 10.533.622 de Popayán, nacido el 6 de enero de 1959 en Popayán, edad actual 62 años, hijo de Víctor Isaías Guerrero Urrutia y Moralba Guevara de Guerrero, casado con Graciela Díaz Castro, padre de un hijo, profesión médico-cirujano, especialista en gerencia de servicios de salud, licenciado en biología, reside en Popayán.

ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ, identificado con la cédula de ciudadanía 7.451.470 de Barranquilla, nacido el 21 de octubre de 1949 en Magangué (Bolívar), edad actual 71 años, hijo de Luis Eduardo Díaz y Enriqueta Sánchez, estado civil unión libre con Irma Moreno Chávez, padre de Yaddi Ángela, Nurys Natalia y William Armando Díaz Chamorro, hijos de su primer matrimonio, licenciado en matemáticas de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, reside en Mocoa.

CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, identificado con la cédula de ciudadanía 18.152.398 de Valle del Guamuez, nacido el 11 de febrero de 1963 en Mocoa, edad actual 58 años, hijo de Miguel Antonio Palacios y Rosalba Palacio, estado civil casado con Sonia Aracely Calderón Portilla, padre de un hijo, de profesión politólogo, reside en Mocoa.

HECHOS

Los hechos materia de esta causa criminal se refieren al trámite, celebración, cesión y liquidación del Convenio Interadministrativo 032 de 4 de diciembre de 2001 suscrito entre el Departamento de Putumayo y la Cooperativa de Municipios y Entidades Estatales Limitada –COMENTE– cuyo objeto consistió en la remodelación, ampliación y dotación de la ESE Hospital Pio XII de Colón, Putumayo.

El convenio fue suscrito por ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ en calidad de Secretario Delegatario con Funciones de Gobernador del Departamento de Putumayo, designado como tal, por Decreto 00324 de 27 de noviembre de 2001 y Orlando Obregón Sabogal en condición de gerente general de la cooperativa¹.

Conforme al convenio, el departamento para garantizar los principios de transparencia y selección objetiva, agotó previamente un proceso de convocatoria a tres cooperativas para celebrar convenio interadministrativo, que fue declarado desierto porque ninguna de las postuladas cumplió con las condiciones técnicas y financieras previstas en los términos de referencia.

El convenio fue celebrado por contratación directa con base en el numeral 1, literal c), artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con el artículo 7 del Decreto 855 de

¹ Convenio Interadministrativo 032 de 4 de diciembre de 2001 a folios 30 y ss. c.1 Fiscalía.

1994, por tratarse la cooperativa de una entidad estatal que no actúa como intermediaria, sino como ejecutante directa del objeto de los contratos.

Para los fines de la contratación directa el Gobernador asumió los conceptos jurídicos de los abogados Guillermo Antonio López y Edgar Ortega Delgado que le dieron viabilidad a esta forma de contratación, declarándolos parte integral del convenio.

El valor del convenio para todos los efectos legales y fiscales se fijó en la suma de \$2.416.905.040. El 50% se canceló al perfeccionamiento y legalización del mismo, y el 50% restante en actas parciales luego de superar el 60% de la ejecución de la obra.

Dentro de las obligaciones de la contratista se estipuló que desarrollaría directamente el objeto del contrato y avisaría oportunamente al departamento de las situaciones previsibles que pudieran afectar el equilibrio económico del convenio.

Con ocasión de la ejecución del convenio además del 50% del anticipo² de \$1.208.452.520, el departamento efectuó cinco pagos parciales a la Cooperativa COMENTE, que constan en sendas actas³, por valores de: \$166.947.294,50; \$242.838.138,21; \$54.374.130,50; \$71.445.078,05 y \$202.412.503,78, para un total de \$1.946.469.665,04.

² Cfr. folio 201 c. 1 Fiscalía.

³ Cfr. a folios 202 y ss., *ibidem*.

El 1 de agosto de 2005, CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, a la sazón Gobernador del Departamento de Putumayo, a solicitud de la Cooperativa COMENTE, autorizó su cesión a la Administración Cooperativa de Municipios de Nariño –COOMNARIÑO LTDA–, en los mismos términos estipulados en el Convenio 032 de 2001⁴.

Como sustento de la autorización, además del concepto de viabilidad de la cesión emitido por la Secretaría de Infraestructura Departamental el 28 de julio de 2005, que afirmó que la cooperativa cesionaria estaba *“en calidad de realizar los trabajos encomendados”*, se adujo por parte del departamento una serie de suspensiones temporales de la obra y de adiciones en plazo, y la solicitud de cesión de COMENTE, soportada en el acaecimiento de factores ajenos a su voluntad que *“potencialmente podrían repercutir en la no culminación del Convenio en las óptimas condiciones que requiere la administración”*.

Por concepto de la cesión del convenio, COOMNARIÑO recibió cuatro pagos parciales de \$87'528.522.46; \$27.901.258,93; \$7.675.324,05 y \$8.168.905,48⁵.

Por Resolución 0276 de 1 de abril de 2008⁶, con apoyo en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, el Gobernador de la época ante el incumplimiento de la Cooperativa COOMNARIÑO y la renuencia de la cesionaria a atender los requerimientos de la administración, dispuso la liquidación unilateral del Convenio Interadministrativo 032 por

⁴ Cfr. Autorización Cesión del Convenio a folios 198 y ss. del c. núm. 1 Fiscalía.

⁵ Cfr. Resolución 0276 de 1 de abril de 2008 a folio 50 c. núm. 2 Fiscalía.

⁶ Cfr. Resolución 0276 *ibidem*.

vencimiento del plazo y de las prórrogas otorgadas por la gobernación para su ejecución.

Sumado el valor total pagado, incluido el anticipo y restado el monto de lo ejecutado arrojó una diferencia a reintegrar de \$305'404.110.62 a favor del departamento y a cargo de COOMNARIÑO.

ACTUACIÓN PROCESAL

Dieron inicio a esta actuación las presuntas irregularidades advertidas por el informe de Policía Judicial 7086 de 29 de septiembre de 2004⁷, luego de revisar la documentación relacionada con el Convenio Interadministrativo 032 de 4 de diciembre de 2001, suscrito entre el Departamento de Putumayo y la Cooperativa de Municipios y Entidades Estatales –COMENTE–.

Por resolución de 18 de junio de 2008, el despacho del Fiscal General dispuso apertura de investigación previa, ordenó la práctica de algunas pruebas y las versiones libres de los imputados ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ y CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO.

Luego de adelantar la investigación previa, el 21 de febrero de 2014, el Fiscal Delegado ante la Corte decretó la apertura de instrucción en contra de IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA, ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ y CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, a la sazón

⁷ Cfr. Folio 2 del c. o. 1 de la Fiscalía.

Gobernadores del Departamento de Putumayo, por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, a quienes vinculó a través de indagatoria.

El 19 de septiembre de 2014, la Fiscalía Delegada, pese a reunir los requisitos sustanciales, se abstuvo de imponer medida de aseguramiento a los indagados por considerar innecesaria la detención preventiva desde el punto de vista de sus fines.

Con resolución de 16 de febrero de 2015, la Fiscalía Delegada ordenó el cierre de la investigación y mediante proveído de 3 de marzo de 2016, profirió resolución de acusación en contra de los procesados por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros.

RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

Una vez verificada la competencia y la calidad de servidores públicos de los encartados, comenzó la Fiscalía por destacar que el fundamento constitucional de la responsabilidad penal por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales tiene su génesis en los postulados del artículo 209 constitucional, que adscribe la función administrativa al servicio de los intereses generales basada en principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Citando jurisprudencia de la Corte⁸, destacó las tres fases o formas alternativas de comisión de esta conducta: incumplir los requisitos legales sustanciales en la tramitación de los contratos, la cual abarca todos los pasos que deben observarse hasta su celebración; y, no verificar el cumplimiento de estos al tiempo de su celebración o de su liquidación.

En relación con el Convenio Interadministrativo 032 de 2001, cuyo objeto fue la remodelación y ampliación de la ESE Hospital Pío XII de Colón, puso de relieve la “*convocatoria a proceso licitatorio*” declarada desierta con antelación al proceso de contratación directa porque ninguna de las propuestas cumplió con los requerimientos exigidos.

Sin embargo, el procesado GUERRERO GUEVARA, no convocó a una “*nueva licitación*” y en su lugar optó por contratar directamente con la Cooperativa COMENTE LTDA., mediante la figura del convenio interadministrativo con supuesto sustento en el párrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, suscrito finalmente por ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ, en calidad de Secretario Delegatario encargado con funciones de Gobernador del Departamento de Putumayo⁹, que dada la ausencia de planeación y correcta selección incumplió con el objeto contratado hasta el punto de no concluirse la obra.

En consecuencia, se preguntó la Fiscalía: si el propósito era el de efectuar un convenio interadministrativo eficiente

⁸ CSJ. SP. Rad. 19392 de 18 de diciembre de 2006.

⁹ Cfr. Decreto 00324 de 27 de noviembre de 2001 del Gobernador IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA, a folio 211 c. o. núm. 1 c. Fiscalía.

¿cuál fue la razón para que la Cooperativa COMENTE subcontratara a su vez con terceros?

Para el ente acusador esta subcontratación devela que la figura de la contratación directa constituyó un recurso para soslayar el proceso licitatorio y dejar en manos de terceros la ejecución de la obra, en detrimento de la administración pues dicho convenio nació viciado, porque lo contratado no fue la remodelación y ampliación del hospital, sino una nueva construcción aledaña o cercana a las instalaciones a éste, según se puso de presente en el informe de policía judicial 759276 de 21 de marzo de 2013.

A partir del cambio del objeto contractual se puede afirmar entonces que se quebrantaron tanto el citado artículo 209 constitucional, como los principios de responsabilidad, planeación, transparencia y selección objetiva consagrados en la Ley 80 de 1993, como presupuestos esenciales de los contratos estatales.

De este modo, se hacen también patentes la intención encauzada a contratar de manera directa pasando por alto el proceso licitatorio y la voluntad de transgredir la normatividad aplicable, máxime cuando la cooperativa no contaba con la capacidad requerida para ejecutar el objeto convenido y hubo de acudir a terceros para cumplir con él.

En el año 2005, el entonces Gobernador PALACIOS PALACIO, no obstante encontrar la obra inconclusa y con varias suspensiones, *“con observancia en el incumplimiento de los requisitos de sus antecesores”* en vez de revertir las cosas

declarando el siniestro del convenio y tomar las acciones para liquidarlo en los términos de los artículos 60 y 61 de la referida Ley 80, autorizó su cesión a la Cooperativa COOMNARIÑO, que tampoco cumplió con el objeto contractual.

La liquidación finalmente se produjo el 1 de abril de 2008 por resolución 0276 de la fecha.

Para la Fiscalía la existencia del Acta del Consejo de Gobierno 005 de agosto de 1998 que traslada la competencia de las fases precontractual, contractual y poscontractual, no justifica que la ejecución de la obra superara ampliamente los 18 meses inicialmente convenidos, cuando era indudable la imposibilidad de su cumplimiento por el cambio del objeto inicialmente acordado de remodelación y ampliación por construcción, según se concluye en el Informe de Policía Judicial 29008 de 20 de agosto de 2014.

Aunque los sindicatos han intentado trasladar la responsabilidad a terceros, a la Fiscalía esto le resulta inadmisibles frente al deber objetivo de cuidado que les era exigible y, por lo mismo, no pueden eludir su compromiso jurídico y pretender que se admita que no debieron ejercer ningún tipo de control, conclusión que apoya en un pronunciamiento de la Corte de 21 de junio de 2010, radicado 30677, que impone al operador contractual la obligación de supervigilar los distintos trámites de contratación independientemente de que las funciones previas a la celebración estuvieran asignadas por competencia a otro funcionario conforme al manual de funciones.

En la formalización del convenio se quebrantó el cumplimiento del principio de selección objetiva al proceder a contratar directamente con la Cooperativa COMENTE con el argumento de que los otros proponentes no tenían requisitos, entidad que finalmente tuvo que subcontratar, evidenciando su falta de idoneidad para cumplir con la ejecución del objeto.

Del mismo modo, aunque sin decir por qué, afirmó que se transgredió el principio de planeación y destacó su importancia con un aparte de una sentencia del Consejo de Estado de 1 de diciembre de 2008, de la cual no cita su radicado.

La conclusión acerca de la antijuridicidad material que, según dijo, “cobija a todos y cada uno de los intervinientes en las fases contractuales”, la soporta en un pronunciamiento de la Corte¹⁰ que sostiene que el núcleo de aquella está constituido por la inobservancia de los principios de transparencia e imparcialidad.

En consecuencia, atribuyó a los tres procesados la presunta autoría y responsabilidad del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, porque actuaron a sabiendas de la ilegalidad de la contratación y con el ánimo punible de defraudar la administración pública.

A continuación, abordó el estudio del tipo penal de peculado por apropiación en favor de terceros que imputó a los sindicatos en cuantía de \$1.295.393.924 con apoyo en los distintos informes de policía judicial.

¹⁰ CSJ. SP. Rad. 30677 de 21 de junio de 2010.

En especial, destacó las observaciones de la contadora pública del grupo de policía judicial de aforados constitucionales del informe de 29 de agosto de 2014, y en particular aquella referida a que la remodelación y ampliación del hospital fue en realidad una nueva construcción ubicada en la parte posterior del antiguo hospital.

De dicho informe dedujo que la relación costo-beneficio no se cumplió, hecho que se vislumbró desde la etapa de planeación pues no se contó con los estudios necesarios para ejecutar una obra de tal magnitud. Si se hubiera respetado el objeto primigenio de remodelación y ampliación, la obra se hubiera concluido en un cien por ciento y el presupuesto asignado habría sido suficiente.

Los costos y el valor finalmente ejecutado le permitieron concluir que el faltante por ejecutar fue de \$1.295.393.924.80 del total de la suma destinada inicialmente de \$2.416.905.040 *“que se suponía costaría la construcción total del hospital”*, es decir, un equivalente aproximado al 60 por ciento de la obra.

Con base en lo expuesto, estimó reunidos los elementos probatorios suficientes para acreditar la existencia de apropiación de dineros del departamento por parte de terceros por valor de \$1.295.393.924.80 como resultado de la celebración y ejecución del Convenio Interadministrativo 032 de 2001.

Es palmario el desmedro del erario, adujo, ya que emplearon como salida la contratación directa soslayando el

proceso de licitación, y apoyados fraudulentamente en la figura del convenio interadministrativo concertaron con una entidad sin la capacidad técnica suficiente para ejecutar directamente el objeto, que condujo no solo al incumplimiento sino a la pérdida de \$1.295.393.924.80 que terminaron en poder de los subcontratistas.

Por su parte el Gobernador PALACIOS PALACIO, a pesar de la situación por la que atravesaba la ejecución del convenio optó por autorizar su cesión a la Cooperativa COOMNARIÑO, habiéndose ya consumado el daño patrimonial por cuanto el plazo de 18 meses se había superado ampliamente, toda vez que la cesión fue suscrita el 1 de agosto de 2005, es decir, tres años y ocho meses después, por lo que estimó patente la imposibilidad legal para subcontratar.

Todo esto hizo más gravosa la situación *“y bajo esa dolosa aquiescencia el quebranto patrimonial llegó a la suma antes descrita”*, resultado atribuible no solo a quienes intervinieron en las fases precontractual y contractual, sino en la etapa de ejecución con las consecuencias ya descritas que finalmente condujeron a su terminación unilateral.

Así, los procesados consintieron dolosamente que terceros se apoderaran de recursos del departamento, porque cada uno de ellos en las etapas en las que intervinieron sabían y conocían la modalidad de contratación aplicable, empero, la eludieron.

IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA, estuvo al tanto de los antecedentes de la contratación y asintió en acudir a

un convenio interadministrativo para eludir la licitación *“y así poder lograr la entrega de dineros a terceros sin ningún tipo de capacidad e idoneidad para la realización de la obra”*.

ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ, tenía la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos esenciales del convenio previos a su suscripción de tal forma que ante alguna anormalidad debió inhibirse de celebrarlo, dada, además, su condición de ordenador del gasto.

Respecto de CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, sus descargos lejos de exculparlo constituyen indicios de su accionar doloso, por cuanto dentro de las obligaciones legales y constitucionales de ordenador del gasto y representante legal del departamento están las de vigilar, supervisar y verificar el cumplimiento de los requisitos legales antes de la formalización de la cesión.

Como corolario, atribuyó también a los procesados la presunta autoría y responsabilidad en el delito de peculado por apropiación en favor de terceros agravado por la cuantía.

ACTUACIÓN ANTE LA CORTE

El 21 de noviembre de 2016, la Sala de Casación Penal llevó a cabo la audiencia preparatoria en donde negó las nulidades propuestas por el defensor de GUERRERO GUEVARA y algunas pruebas pedidas por la defensa de DÍAZ

SÁNCHEZ, y decretó la práctica de varios testimonios y el recaudo de diversos documentos¹¹.

La audiencia pública se llevó a cabo en varias sesiones, su síntesis es la siguiente:

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Intervención de la Fiscal 9 Delegada ante la Corte

Para sustentar su anunciada petición de condena, empezó por precisar que los hechos relevantes se enmarcan dentro de la actuación cumplida por los procesados en calidad de Gobernadores del Departamento de Putumayo en ejercicio de la función contractual, y en especial respecto del convenio 032 de 4 de diciembre de 2001 que años después, el 1 de agosto de 2005, con autorización de la gobernación fue cedido por la contratista a la Cooperativa de Municipios de Nariño –COOMNARIÑO LTDA–.

En referencia al punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, explicó que el trámite y la celebración del convenio se adelantaron durante la gestión del Gobernador IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA, a partir de la presentación del proyecto de inversión a la Comisión Nacional de Regalías. La suscripción del convenio estuvo a cargo de ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ, en calidad de secretario delegatario con funciones de Gobernador designado por Decreto 324 de 27 de noviembre de 2001, por consiguiente,

¹¹ Cfr. CSJ. AP. 7920-2016 de 18 de noviembre de 2016 a folio 180 y ss., c. o. 1 de la Corte.

en su contra se procede por la conducta de celebración de contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales.

IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA, suscribió el contrato modificadorio 01 del convenio, en tanto que CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO firmó el modificadorio 02 y autorizó la cesión del contrato, actos que relaciona con la celebración misma del convenio debido a su trascendencia respecto del objeto y las partes.

Las irregularidades en el trámite se evidencian por el incumplimiento de los requisitos de los artículos 24 y 25 de la Ley 80 de 1993, relacionados con las necesidades de seleccionar al contratista por licitación pública y realizar estudios, diseños, análisis de costos que garantizaran una debida planeación y una correcta ejecución de los recursos.

No obstante, la gobernación optó por una convocatoria a cooperativas que finalmente fue declarada desierta. Agotado este trámite, dispuso celebrar el convenio directamente con la Cooperativa COMENTE, entidad que no tenía la capacidad instalada para cumplir el objeto del contrato, por tanto, quebrantó de esta manera los principios de transparencia, economía y responsabilidad.

La Fiscalía pudo demostrar cómo la falta de idoneidad de la contratista y la carencia de estudios de planeación condujeron al incumplimiento del objeto de contrato y, por contera, a la vulneración del principio de economía.

En consecuencia, las irregularidades en la celebración del convenio se presentaron por la no verificación del cumplimiento de los requisitos previos y por la indefinición del objeto del mismo.

El informe 759276 pudo establecer una modificación en el objeto convenido, pues en realidad se ejecutó una obra nueva que tuvo lugar en el lote contiguo a las instalaciones del hospital a remodelar, situación que afectó la capacidad de ejecución y alcance de la inversión porque los recursos destinados que eran suficientes para la remodelación y ampliación resultaron insuficientes para la nueva construcción, lo que significó el sacrificio del principio de economía.

En el curso de la ejecución del convenio se suscribieron dos actos modificatorios por los Gobernadores GUERRERO GUEVARA y PALACIOS PALACIO, en los que se pactaron nuevos ítems y nuevos precios quedando en evidencia no solo la falta de planeación, sino la indeterminación del objeto mismo del convenio.

Aunque reconoció que las irregularidades en la ejecución de los contratos se hallan al margen del derecho penal, las mismas ponen al descubierto las falencias de las etapas previas y, en este caso las modificaciones al convenio *“trascienden al acto mismo de celebración del contrato”*, pues recaen sobre el objeto y condiciones del acuerdo.

El contenido de las modificaciones le permite afirmar que el convenio original fue modificado en aspectos esenciales

meses después y, por si fuera poco, PALACIOS PALACIO autorizó la cesión del convenio un poco menos de cuatro años después de iniciado.

La autorización de la cesión condujo a la Fiscalía a acusar al citado Gobernador como coautor del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, bajo el entendido de que se trata de un acto propio de celebración que se perfecciona con la solemnidad del mismo, según los términos del inciso 1 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con las sentencias del Consejo de Estado, radicados 23088 de 12 de agosto de 2013 y 31619 de 16 de marzo de 2015, ambas de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C.

Bajo los criterios propuestos en las sentencias indicadas, el Gobernador PALACIOS PALACIO antes de autorizar la cesión, debió efectuar un estudio previo para verificar si el aspirante a cesionario cumplía con las calidades para ejecutar el objeto convenido y no lo hizo. Por el contrario, autorizó cederlo a un nuevo contratista que no las tenía y soslayó los principios de economía y responsabilidad, al punto de que la cesionaria se apoyó en los mismos subcontratistas que venían trabajando.

Sobre el particular citó los testimonios del ingeniero Gilberto Torres, en cuanto manifestó que después de trabajar con la contratista se pretendió que continuara como asistente técnico de la cesionaria; y de Mauricio Modesto Zambrano, Gerente de COOMNARIÑO, quien no obstante reconocer que eran empresas diferentes, aceptó haber asumido la cesión del

convenio porque tenía la convicción de que ellos mismos podían sacar adelante la obra.

Aunque en las Actas de Consejo de Gobierno Departamental 001 de 9 de enero y 020 de 28 de septiembre, ambas de 2004, se tomó la decisión de multar a la firma COMENTE y se puso de presente la posibilidad de liquidar y/o caducar el contrato, el procesado PALACIOS PALACIO dispuso una modificación el 26 de octubre de 2004 y, posteriormente, autorizó su cesión en agosto de 2005, decisiones directamente adoptadas por él.

Para la Fiscalía, las modificaciones al convenio y su cesión revelan que la problemática surgida con la contratación de la interventoría no fue la única y real causa de las suspensiones de la obra, sino la falta de planeación y la deficiente capacidad de la contratista que se hizo aún más evidente en el Acta de Consejo de Gobierno de 21 de octubre de 2004, en la que consta que COMENTE incumplió los cuatro contratos que tenía con la administración.

Refiriéndose a los argumentos en defensa de GUERRERO GUEVARA y ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ, y en especial al Acta del Consejo de Gobierno 05 de 6 de agosto de 1998, que según se dijo, prueba que el trámite precontractual estaba radicado por delegación en la Secretaría de Infraestructura del Departamento, sostuvo que si bien allí se determina mantener la delegación de los procesos de selección en los secretarios de despacho, ello no enerva el fundamento de la acusación porque la responsabilidad de los procesados deriva de su función de ordenadores del gasto.

Las actas de evaluación de las propuestas aducidas en defensa de DÍAZ SÁNCHEZ, tampoco permiten infirmar las razones que sustentan la resolución de acusación y, por el contrario, solo ratifican que después de la convocatoria a cooperativas declarada desierta, la administración insistió en contratar con la Cooperativa COMENTE, erigiéndose en una determinación violatoria del principio de transparencia. Lo que sí demuestran las actas es que estos entes no contaban con la capacidad instalada para ejecutar el contrato. Pero, además, el celebrar un convenio interadministrativo con quien a su vez debía subcontratar para ejecutar su objeto, no aseguraba un proceso de selección de subcontratistas que garantizara el cumplimiento de los fines de la administración.

Para la Fiscalía la irregularidad recae sobre el modelo de contratación efectuado, pues la selección del contratista debió sujetarse a la licitación pública. Esta circunstancia fue advertida en el concepto jurídico rendido por el abogado Edgar Ortega Delgado quien sostuvo que por la cuantía del proyecto la selección del contratista debía efectuarse por dicha modalidad, y si bien admitió la posibilidad de contratar a través de un convenio interadministrativo con cooperativas públicas, en todo caso la subcontratación debió someterse al estatuto contractual.

Lo anterior indica que la administración estaba al tanto del procedimiento a seguir, sin embargo, decidió celebrar directamente el convenio con la Cooperativa COMENTE. Y, además, pese a saber que la contratista no contaba con la capacidad instalada para ejecutar la obra se estipuló que debería hacerlo directamente, lo que significa que tampoco

acató el concepto jurídico en cuanto a establecer una cláusula que garantizara el cumplimiento del estatuto de contratación en caso de subcontratar.

Ambas cooperativas subcontrataron la ejecución de al menos un porcentaje de la obra y los acusados en cada uno de los momentos en que intervinieron lo consintieron, por tal razón, esgrimir en la minuta del contrato como su sustento legal el concepto del abogado Ortega Delgado "*no constituye eximente de responsabilidad*", no solamente porque no se asumió en su integralidad, sino porque no se veló por el cumplimiento de los principios de la contratación oficial.

La ficha de estadística básica de inversión del proyecto¹², definió como objetivo la ampliación de la infraestructura física y dotación del hospital en tres frentes: construcción, remodelación y dotación. El primer frente consistía en la construcción de la nueva sede de hospitalización, mejorando los servicios de nivel I y creando espacios para la implementación progresiva de servicios de nivel II. El mismo proyecto definió la construcción de un bloque de dos pisos con un área de 1.282,82 metros cuadrados en un lote de propiedad del Hospital Pío XII.

La complejidad del proyecto exigía un contratista con la suficiente capacidad instalada que garantizara el cumplimiento del objeto y, por tanto, un proceso de licitación pública en los términos de la Ley 80 de 1993, hecho advertido por la abogada Revelo Trejo, jefa de la oficina jurídica de la gobernación con oficio OJD1423 de 13 de noviembre de 2001.

¹² Ficha EBI.

En el juicio esta abogada explicó el origen del concepto en la importancia del proyecto para el departamento y por la necesidad de atender las directrices de la Procuraduría, en cuanto a que las cooperativas debían respetar los principios de la contratación pública en la subcontratación que celebraran. Sin embargo, la administración lo hizo a través de cooperativas que según la evaluación no llenaban los requisitos.

A pesar de la declaratoria de desierta de la convocatoria, la testigo insistió en una licitación pública y con este propósito expidió el concepto jurídico de 13 de noviembre de 2001, en el que reiteró la necesidad de la licitación o de una convocatoria amplia, lo que no fue atendido por el Gobernador GUERRERO GUEVARA, quien, por el contrario, solicitó la opinión de dos abogados.

La testigo adujo que se aseguró de que su concepto fuera conocido por el Gobernador, a quien le informó personalmente pero su decisión fue la de apartarla del proceso contractual y designar a la abogada Lorena Córdoba.

Este testimonio fue avalado por el secretario de infraestructura Jesús Artemio Enríquez, quien agregó que como se pretendía adelantar un proceso más ágil se solicitó un concepto jurídico a dos abogados que sí estimaron viable la convocatoria a cooperativas.

En suma, la Fiscalía concluyó que la administración departamental sabía de la necesidad de implementar el proceso contractual por licitación pública, asimismo de los

mecanismos que debía adoptar para salvaguardar los principios esenciales de la contratación estatal en el evento de que optara por contratar con una cooperativa, pero nada de esto se atendió.

La responsabilidad de los acusados emana de la función de los Gobernadores para celebrar contratos, de acuerdo con el literal *b)* num. 3 del artículo 11 de la Ley 80 de 1993.

La conducta por la que se procede fue ejercida directamente por los procesados pese a que a través de los secretarios de despacho se adelantaban algunas actividades de trámite como la evaluación, pues conforme a los artículos 2 y 11 *ibidem*, todos ejercieron la función de ordenadores del gasto y comprometieron los recursos del erario en un proceso contractual que no satisfizo los requisitos legales, circunstancia que en opinión de la Fiscalía se erige en el primer fundamento de responsabilidad, pues todos conocían las particularidades del proceso contractual desde la fase previa, y PALACIOS PALACIO sabía que la cooperativa seleccionada no era apta, por consiguiente, al signar las modificaciones y autorizar la cesión no atendió el deber de garantizar un ente idóneo para el cumplimiento del objeto convenido.

Con respecto al punible de peculado por apropiación en favor de los contratistas, la Fiscalía trajo a colación el informe 759276 de 21 de marzo de 2013, que determinó la suma de \$1.295.393.924 como valor faltante por ejecutar de la totalidad pagada a los subcontratistas.

Los acusados comprometieron los recursos del departamento, autorizaron la ejecución por terceros subcontratistas y dieron lugar al pago de actividades no ejecutadas, lo que determinó la irregular apropiación como resultado de una serie de actividades al margen de la legalidad contractual y el incumplimiento de sus deberes de justificar el objeto de la inversión, garantizar su correcta ejecución y lograr el cumplimiento de los fines de la contratación, por lo cual deben responder quienes tuvieron la disponibilidad de los recursos del tesoro departamental en su condición de ordenadores del gasto.

La Fiscalía no dudó en calificar de doloso el actuar de los inculpatos pues eran conscientes de las irregularidades, incluso fueron advertidos por la jefe de la oficina jurídica, no obstante, decidieron actuar contrariando la ley, no solo por desatender los principios de la contratación sino por propiciar que terceros se apropiaran de recursos del erario generando un evidente daño a la inversión pública, y en especial, en un sector sensible como la salud.

Reiteró su solicitud de fallo condenatorio.

Intervención del Ministerio Público

En relación con el procesado IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA, señaló que éste adelantó la fase precontractual del convenio 032 de 2001, etapa que en su sentir careció de planeación por lo que el objeto del contrato no se culminó dando como resultado una obra inconclusa. Esto hizo que la ejecución del convenio presentara serios

tropiezos que finalmente condujeron a la suspensión definitiva de la obra y a su liquidación unilateral.

El informe 759276 probó que lo convenido fue algo absolutamente diferente a una construcción contigua a las instalaciones del hospital, que fue lo que se hizo, y esto generó inconvenientes económicos por ausencia de estudios previos que de haberse realizado, no se hubieran presentado.

Para la Procuraduría esto es lo que permite imputar responsabilidad penal al Gobernador GUERRERO GUEVARA, en su condición de ordenador del gasto y director de la fase precontractual. Asimismo, por la manera en que se desarrolló el "*proceso licitatorio*" declarado desierto pues no hubo una invitación abierta y amplia sino reducida a cooperativas estatales, lo que permite atribuirle reproche penal en calidad de autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y, bajo esas premisas, deprecó sentencia de condena por éste.

Lo anterior, a su vez se tradujo en un detrimento patrimonial para el erario departamental por la cuantiosa inversión que en últimas no logró el propósito esperado y, por el contrario, permitió que terceros se apropiaran de los recursos. Es decir, el procesado actuó con la finalidad de beneficiar a la Cooperativa COMENTE haciendo entrega del cincuenta por ciento del anticipo sin evaluar su capacidad técnica y financiera, lo que implicó que en el año 2005 se cediera el contrato a la Cooperativa COOMNARIÑO que tampoco contaba con la capacidad necesaria para emprender la obra, razón por la cual tuvo que subcontratar con los

mismos ingenieros que la venían ejecutando mediante esa misma modalidad.

También estimó el Ministerio Público que la responsabilidad penal de GUERRERO GUEVARA, se deriva del hecho de no haber procurado "*la estabilización del interventor del contrato*" que ocasionó interrupciones y suspensiones de obra por los continuos cambios que impidieron cumplir con su ejecución en el plazo de 18 meses estipulado.

Consideró, en consecuencia, que existe suficiente material probatorio para proferir sentencia de condena en contra del Gobernador IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA por el punible de peculado por apropiación.

En cuanto al Gobernador encargado, ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ, adujo que suscribió el convenio interadministrativo 032 de 2001, y de ahí infiere su responsabilidad penal en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en atención a que la fase precontractual desconoció el principio de planeación puesto que se diseñó la remodelación y ampliación del hospital, pero se ejecutó parcialmente la construcción de un edificio u obra nueva.

Si bien este acusado no intervino en la etapa precontractual suscribió el convenio en calidad de Gobernador, y así consumó la violación de los principios de la contratación estatal.

Debe responder por haber seleccionado a la Cooperativa COMENTE sin adelantar un proceso licitatorio partiendo de que el primero había sido declarado desierto. No obstante, optó por contratar directamente con esta cooperativa sin haber evaluado su capacidad en todos los órdenes, repudiando el concepto suscrito por la jefa de la oficina jurídica que le advertía la inviabilidad de contratar directamente.

En opinión de la Procuraduría fue precisamente la falta de evaluación la que condujo a celebrar el convenio con una entidad que no estaba en condiciones de cumplir con su objeto, dando lugar a que posteriormente debiera cederse a otra cooperativa y a que finalmente se liquidara unilateralmente por su incumplimiento.

Fueron estas las razones que motivaron al Ministerio Público a concluir que existe mérito para proferir fallo condenatorio en contra de ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en calidad de autor.

Del mismo modo, estimó, debe procederse en relación con el punible de peculado por apropiación, porque al formalizar el convenio consolidó la oportunidad para que los recursos oficiales fueran entregados a los contratistas quienes se beneficiaron sin haber cumplido con el objeto contractual.

Rechazó la alegada condición de delegatario del acusado, así como el argumento de que el trámite de la etapa precontractual estaba radicado en el secretario de

infraestructura, ya que al fungir como Gobernador y suscribir el convenio asumió toda la responsabilidad derivada de la Constitución y la ley. Su culpabilidad se arraiga en la omisión de verificar el cumplimiento de los requisitos legales al firmar el convenio.

El carácter doloso de su accionar se demuestra con el concepto de la jefa de la oficina jurídica en el que advirtió la improcedencia de contratar directamente la ejecución de la obra. Además, coligió de ello que el procesado fue consciente de que al firmar el convenio trasgredía la ley *“con el fin de beneficiar económicamente a la Cooperativa COMENTE, incurriendo así en el delito de peculado por apropiación”*, por el que pide también sentencia de condena.

En relación con CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, empezó por destacar su condición de sucesor de GUERRERO GUEVARA y el hecho de recibir ya en trámite de ejecución el convenio 032, circunstancias que conducen a considerar que aquél no debe responder penalmente por la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales bajo el entendido de *“que esta conducta solo adquiere consumación, en las etapas de trámite, celebración y liquidación, quedando por fuera del margen punitivo, la etapa de ejecución del contrato”*.

La autorización y la suscripción de la cesión del contrato no implican la comisión de dicha conducta puesto que se conservaron el mismo objeto y cláusulas, es decir, no hubo un nuevo proceso contractual, solamente que en adelante se hacía responsable la Cooperativa COOMNARIÑO. Los actos de autorización y cesión se efectuaron con el propósito de

asegurar el cumplimiento del objeto contractual, por lo que para el Ministerio Público corresponden a la fase de ejecución del contrato.

Solicitó, en consecuencia, se absuelva a PALACIOS PALACIO por este ilícito.

No opina lo mismo con respecto al delito de peculado por apropiación por el cual, en su sentir, debe responder el inculpatado, pues desde el comienzo de su mandato ya se había presentado el incumplimiento del término estipulado en el convenio y el retraso de las metas programadas para la ejecución de la obra, no obstante, en lugar de proceder a su liquidación para evitar un detrimento patrimonial mayor, a sabiendas realizó los pagos acordados por valor de \$459.865.723,25, materializándose la apropiación por parte de terceros.

A juicio de la Procuraduría, de esta circunstancia emana la responsabilidad penal de PALACIOS PALACIO en la comisión del punible de peculado por apropiación.

Intervención del procesado IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA

Sostuvo que la acusación por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se sustentó en los siguientes cargos: (i) Omitir la licitación pública; (ii) Desconocer el concepto de la jefa de la oficina jurídica departamental que la aconsejaba; (iii) Omitir los estudios

previos y de planeación; (iv) Múltiples suspensiones; y (v) La indefinición del objeto del convenio.

Sobre el primer cargo, puso énfasis en que toda la etapa precontractual del convenio estuvo a cargo de la secretaria de infraestructura, para entonces en cabeza del ingeniero Jesús Artemio Enríquez, quien ejerció dicha competencia por delegación, conforme se aprobó mediante acta de consejo de gobierno de agosto de 1998. En ese orden, el secretario de infraestructura fue el responsable de gestionar la fase precontractual.

Existe evidencia documental que dicha secretaria adelantó un proceso de "*convocatoria pública para cooperativas*" declarado desierto por un comité evaluador y, posteriormente, el secretario de infraestructura asesorado por la oficina jurídica de la gobernación y apoyado en dos conceptos de abogados externos, prefirió suscribir un convenio interadministrativo con la Cooperativa COMENTE con base en una interpretación jurídica sólida de la Ley 80 de 1993, vigente para entonces.

En cuanto al segundo cargo, averó que en su testimonio la abogada Rosa Margarita Revelo, jefa de la oficina jurídica, "*no pudo demostrar que de forma arbitraria o negligente*" se desconoció su concepto, y si bien en él se sugirió que la mejor posibilidad para celebrar el contrato era la licitación pública, los conceptos ofrecidos por los abogados externos también eran viables, y en ese orden la contratación directa con la cooperativa fue absolutamente legal.

Agregó que pudo demostrar documentalmente cómo con posterioridad a la fecha de emisión del concepto de la doctora Revelo, ella misma recibió e impartió trámite a varios requerimientos del ingeniero Enríquez, como la legalización de los documentos para estructurar la minuta del convenio, que fue elaborada, revisada y tramitada por la oficina jurídica a su cargo.

Dijo que estas circunstancias prueban que en la suscripción del convenio la administración actuó amparada en los parámetros legales vigentes y que la convocatoria directa a la cooperativa era un mecanismo legalmente establecido y jurídicamente admitido por la jefa de la oficina jurídica, hasta el punto de que jamás ésta expidió un documento advirtiendo de la ilegalidad del trámite.

En referencia a la ausencia de estudios previos y de planeación, expresó que tal aseveración es infundada y descontextualizada, pues el proyecto de remodelación y ampliación fue realizado, presentado y radicado desde el año 1998 y contó con la aprobación del Departamento Nacional de Planeación, la Comisión Nacional de Regalías y el aval del Ministerio de Salud.

No es plausible pretender que dichas entidades del orden nacional hayan aprobado e impartido viabilidad a un proyecto sin que cumpliera las normas de planeación.

En este mismo sentido los testimonios del ingeniero Enríquez y el arquitecto Rómulo Ruiz dan fe de que el proyecto cumplió con todos los requerimientos técnicos de

planeación, diseño y construcción, incluso se aportaron los planos arquitectónicos aprobado por el director de infraestructura del Ministerio de Salud.

Sobre las suspensiones de la ejecución de la obra, explicó que durante su administración se presentaron dos debidamente justificadas. La primera, por razón de la terminación del contrato de interventoría del arquitecto Rómulo Ruiz que no pudo continuar por tener otras expectativas laborales, y el proceso de selección de la nueva interventoría se tornó complejo por la entrada en vigencia del Decreto 2170 de 2002. La segunda, debidamente documentada en el expediente, producto de la ola invernal y de la compleja situación de orden público, de lo que dan fe especialmente los testimonios del ingeniero Bravo, secretario de infraestructura, y del ingeniero Alexander Mena, supervisor de la obra.

En punto de la indeterminación del objeto del convenio, adujo que lo ejecutado fue la ampliación del hospital y no la construcción de uno nuevo. El arquitecto interventor, Rómulo Ruiz, demostró con planos, bitácora y actas que la primera fase del proyecto consistió en la demolición de áreas preexistentes del antiguo hospital. En el proyecto inicial avalado por la Comisión Nacional de Regalías, quedó definido un lote adjunto adquirido previamente por el hospital que debería ser utilizado para su ampliación, por tanto, no hubo cambio en el objeto del convenio, pues lo construido obedece al concepto de ampliación.

Respecto del peculado, cuestionó los cargos formulados por la Fiscalía, que en su opinión adolecen de graves inexactitudes por privilegiar un único informe del CTI y desconocer los que certificaron los avances de la obra.

Se mostró en desacuerdo con el cálculo del detrimento patrimonial fijado por el CTI en \$1.295.393.924, ya que en la Resolución 0276 de 1 de abril de 2008 quedaron claramente establecidos los valores ejecutados y cobrados y el monto de \$305.404.110, que la Cooperativa COOMNARIÑO debe reintegrar al departamento, por lo que no tiene cabida el delito de peculado.

Es más, durante su administración hasta el 31 de diciembre de 2003, los recursos girados a COMENTE correspondieron a \$1.636.633.952 y en el acta de liquidación el valor ejecutado fue de \$1.790.450.065.

Pidió, en consecuencia, *“se declare mi inocencia en este proceso”*.

Intervención del defensor de GUERRERO GUEVARA

Luego de hacer una síntesis de la cuestión fáctica y de la imputación jurídica, redujo el problema jurídico a determinar si su defendido con su conducta incumplió los requisitos sustanciales en el trámite del convenio interadministrativo 032 de 2001 celebrado entre la gobernación de Putumayo y la Cooperativa COMENTE.

A partir de una breve referencia dogmática del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales abordó su análisis desde la perspectiva objetiva, la cual, sostuvo, puede realizarse de tres formas: (i) Por omitir los requisitos legales esenciales en su trámite. (ii) Por no verificar los requisitos legales para su perfeccionamiento. (iii) *“Mismos que deben tener en cuenta en las etapas precontractual y de liquidación”*.

A continuación planteó una distinción entre las conductas de quienes deben impulsar el trámite precontractual y formalizarlo, y el de su liquidación.

En referencia a uno de los cargos imputados por la Fiscalía, este defensor negó que su defendido haya optado por la contratación directa y por la figura del convenio interadministrativo para eludir la licitación pública.

Según el abogado, en este caso, previamente a la celebración del convenio 032, se convocó la *“licitación pública”* DP-001-2001 que fue declarada desierta por resolución 01824 de 13 de noviembre de 2001, por lo que, de acuerdo con la salvedad del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 podía prescindirse de la licitación, hechos admitidos por los informes 759564 y 9-29008.

A partir de la redacción de la norma precitada, advirtió el defensor que si bien la regla general es la licitación pública, la contratación directa es procedente cuando se trata de convenios interadministrativos o se hayan declarado desierto la licitación o concurso públicos.

De ahí que, en su sentir, no es acertado calificar de aparente el sustento legal en que se apoyó la celebración del convenio interadministrativo, pues preliminarmente se tramitó un proceso licitatorio que fue declarado desierto y por ello se procedió a acudir a la figura del convenio interadministrativo con una entidad autorizada por el parágrafo del artículo 2 de la misma ley.

En lo atinente al principio de planeación, este se surtió en el caso que nos ocupa y ello se acredita con el documento contentivo del proyecto de ampliación y remodelación del hospital que obra en el expediente.

En él constan los estudios presentados dos años antes de la celebración del convenio y la inclusión del proyecto con prioridad en el Plan de Desarrollo Regional, su costo, ficha EBI¹³, concepto técnico del CORPES¹⁴, concepto de viabilidad técnica, financiera y de costos expedido por el Ministerio de Salud, planos y evaluación del proyecto con metodología del Departamento Nacional de Planeación y concepto ambiental expedido por Corpoamazonía, todo lo cual, contrario a lo sostenido por la Fiscalía, certifica que el proceso contractual estuvo precedido de una adecuada planeación.

Lo anterior lo sustentó con la transcripción de un aparte extraído del informe de policía judicial 9-29008 que afirmó

¹³ Ficha de Estadísticas Básicas de Inversión. Resume las características centrales de un proyecto o programa. En ella se debe plasmar la información de la alternativa seleccionada en la evaluación del proyecto o programa. Esta ficha deber ser diligenciada por las entidades para cada uno de los proyectos o programas que requiera financiamiento del PGN. Fuente: web. <https://www.dnp.gov.co/Lists/Glosario> Departamento Nacional de Planeación.

¹⁴ Consejos Regionales de Planificación Económica y Social creados por la Ley 76 de 1985.

que el convenio interadministrativo 032 tuvo a su vez origen en el convenio 211 de 14 de diciembre de 2001 entre la Comisión Nacional de Regalías y el Departamento de Putumayo, cuyo objeto consistió en la entrega de los recursos para el proyecto de ampliación y remodelación del hospital.

Negó que la Cooperativa COMENTE hubiera subcontratado la ejecución de la obra con terceros, con el argumento de que los ingenieros encargados fungían como asistentes técnicos y profesionales de la cooperativa y dependían de un ingeniero director y de un residente, de lo cual dan cuenta los testimonios de los ingenieros Enríquez Guerrón y Chamorro Pasinga. El primero adujo que quienes desarrollaron el objeto fueron tres “asistentes” de la cooperativa; el segundo señaló que ésta era la contratista de la obra y para su ejecución encargó a varios profesionales afiliados a ella.

El hecho de que se trató de una nueva construcción fue desvirtuado por los ingenieros de la cooperativa y de la gobernación, quienes aseguraron en sus testimonios que lo que se ejecutó fue una ampliación y remodelación de las instalaciones del hospital.

En cuanto a los estudios previos adujo que las pruebas practicadas permiten inferir su existencia y la selección del contratista se llevó acabo con sujeción al ordenamiento legal y el trámite de la etapa precontractual se delegó a la secretaría de infraestructura, como lo corroboraron los respectivos secretarios, Enríquez Guerrón y Bravo Rojas en sus declaraciones ante la Sala de Casación Penal.

Justificó los retrasos en la entrega de la obra por problemas de orden público que dificultaban la presencia de los ingenieros y, en especial, de Alexander Natibel Mena, designado por la gobernación para ejercer las funciones de interventoría; y, de orden climático, por lluvias que generaban derrumbes en las vías e impedían la entrega de los materiales por los transportadores. De todo ello dan cuentas las respectivas actas de suspensión, cuyas copias obran en el expediente.

Sobre el tipo subjetivo, sostuvo que la conducta por la que se procede solo admite la modalidad dolosa, lo que descarta la posibilidad de atribuir su comisión a título de culpa.

De las pruebas que obran en el proceso se puede inferir que el trámite precontractual estaba desconcentrado y delegado en las respectivas secretarías, en este caso, la de infraestructura, como consta en el Acta de Consejo de Gobierno 05 de 6 de agosto de 1998. El Gobernador GUERRERO GUEVARA, conservó para sí las facultades de adjudicación y celebración de los mismos con el acompañamiento de la oficina jurídica que era el despacho donde se proyectaban y elaboraban las minutas de los contratos y se revisaba la documentación exigida para la tramitación de los contratos.

En la precitada Acta de Consejo de Gobierno se impartió aprobación a la proposición del jefe de la oficina jurídica de entonces de mantener la delegación de la etapa precontractual en las secretarías de despacho de la

administración central. Del mismo modo, se hizo constar que el proceso de selección objetiva era responsabilidad de dichos funcionarios y para tal fin debían tomar en cuenta los principios de transparencia, economía, selección objetiva y el interés general de la contratación, todo en consonancia con la Carta Política y la Ley 80 de 1993.

En este caso, según lo explicó Enríquez Guerrón, a la sazón secretario de infraestructura departamental, entre él y las oficinas jurídica y de contabilidad se encargaron de evaluar la documentación presentada por COMENTE y concluyeron que se ajustaba a la ley.

El cumplimiento de este trámite consta expresamente en la minuta del convenio 032, donde se indicó que la secretaría de infraestructura adelantó el proceso de evaluación y de selección objetiva y se pudo concluir que la propuesta presentada por la Cooperativa COMENTE fue la más favorable.

Las circunstancias antedichas fueron corroboradas por las declaraciones de Enríquez Guerrón, Jesús Alberto Bravo Rojas, sucesor de éste en la secretaría de infraestructura, y Rosa Margarita Revelo Trejo, jefa de la oficina jurídica.

El primero, señaló en sus dos declaraciones que la fase precontractual fue adelantada por la secretaría a su cargo con el acompañamiento de las oficinas jurídica y de contabilidad. El segundo, admitió haber intervenido en otros procesos contractuales, y que las secretarías adelantaban esa fase autónomamente. El Gobernador no intervenía en ella y la

oficina jurídica elaboraba la minuta. La tercera, a pesar de los reparos que expresó con respecto a la modalidad de contratación, aclaró que su preocupación fue por la cuantía de la obra pero, en casos de convenios interadministrativos, la ley autoriza contratar directamente ya que así lo dispone el Decreto 855 de 1993.

En ese orden, concluyó, no se le puede endilgar responsabilidad penal a su defendido por una supuesta inobservancia de los requisitos legales, que no existió, pues el principio de confianza lo legitimaba para creer en la idoneidad y capacidad de los delegatarios, máxime cuando esta fase era de obligatoria revisión y constatación por parte de la oficina jurídica, lo que lo autorizaba para asumir que se cumplieron los principios de legalidad, transparencia y selección objetiva.

En síntesis, su defendido está exento de responsabilidad penal por haber obrado amparado en el principio de confianza, *“en tanto que no está demostrado en el proceso que la delegación efectuada tanto (sic) a la secretaria de infraestructura departamental haya tenido por objeto la evasión de su responsabilidad”*.

Lo que sí resaltó fue la ausencia de prueba indicativa de que su representado hubiera intervenido en la fase precontractual o ejercido presión en los funcionarios delegados para adelantarla o direccionado la adjudicación del convenio. O de que, al encargar como Gobernador a DÍAZ SÁNCHEZ, era consciente de que el convenio no cumplía con los requisitos legales esenciales.

Para este defensor la delegación en la secretaría de infraestructura se acreditó con: (i) El Acta de Consejo de Gobierno 05 de 6 de agosto de 1998; (ii) Los testimonios de los funcionarios que intervinieron en la etapa precontractual y las constancias plasmadas en el convenio; (iii) Los documentos suscritos por Jesús Artemio Enríquez Guerrón que reafirman que éste, en calidad de secretario de infraestructura, fue quien adelantó el trámite precontractual.

En suma, concluyó el abogado, la conducta de su prohijado está desprovista de dolo.

Al referirse al punible de peculado por apropiación, en primer lugar, destacó los distintos informes de policía judicial, en particular, lo relacionado con el porcentaje de ejecución de la obra y con la resolución de liquidación del convenio interadministrativo para concluir la inexistencia del peculado en el caso de su defendido.

Al respecto precisó que si se parte del valor del convenio de \$2.416.905.40 y se le restan \$2.095'854.175.96, arroja una diferencia de \$321.050.864,04, que corresponde a la cantidad depositada en la cuenta de ahorros 598-085314, más los rendimientos financieros a 16 de octubre de 2007, para un total de \$360.255.790,04.

En consecuencia, si de acuerdo con la resolución de liquidación, el monto de lo ejecutado ascendió a \$1.790.450.065,34, y a este valor se le adicionan \$321.050.864,04 da un parcial de \$2.111.500.929,38 y a esto último se agregan \$305.404.110,62 que debe reintegrar

COOMNARIÑO, el resultado final es \$2.416.905.040, correspondientes a la totalidad del valor del convenio, cantidad que difiere de la “*estrambótica*” suma de \$1.295.393.924.8 que el investigador dedujo como faltante por ejecutar.

Manifestó, además, su rechazo a la afirmación de la Fiscalía en cuanto a que esta última cifra terminó en poder de los contratistas, cuando esto no se ha demostrado, lo que resulta una imputación “*atentatoria del principio de inocencia de estas personas*” ya que no han sido procesadas ni condenadas por estos hechos.

Lo anterior le permitió asegurar que la cuantía del presunto peculado no fue otra cosa que un error tanto del investigador como de la Fiscalía que lo llevó a la conclusión de que, en el caso de su poderdante, no se ha desvirtuado la presunción de inocencia y, en consecuencia, debe proferirse sentencia absolutoria por virtud del principio *in dubio pro reo*.

Intervención de ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ

Señaló que suscribió el convenio interadministrativo 032 de diciembre de 2001, en cumplimiento de un encargo de dos o tres días como secretario delegatario con funciones de Gobernador.

No intervino en el trámite precontractual por no tener competencia, por tanto, su actuar se limitó a una revisión documental que pudo verificar se ajustaba a la ley. Cada uno de los componentes del convenio fue desarrollado por la

secretaría de infraestructura como única “competente” para adelantar el proceso precontractual.

El convenio gozaba de soporte legal porque el literal c) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 autorizaba la contratación directa con cooperativas estatales como la Cooperativa COMENTE, que contaba con una gran reputación nacional y capacidad de contratación.

Incluso, dos conceptos jurídicos de abogados externos consideraron legalmente viable la contratación directa. Y aunque la jefa de la oficina jurídica de la gobernación recomendó la licitación pública, al mismo tiempo reconoció que la contratación directa era factible.

Otras razones que le dieron seguridad de la legalidad del convenio, fueron la intervención de la oficina jurídica en la elaboración de la minuta convenio y la idoneidad del comité evaluador conformado por un representante de la secretaría de infraestructura, como ejecutora, un representante de la oficina jurídica y un funcionario de la secretaría financiera quienes calificaron a la cooperativa contratista con un alto puntaje y, bajo estas circunstancias suscribió el convenio.

Intervención del defensor de ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ

Para empezar hizo un breve recuento de la trayectoria de su defendido, que según dijo, sirve, *ab initio*, como premisa de la inferencia de su inocencia.

Para el defensor la esencia del debate es determinar si se produjo una defraudación de los dineros destinados para la ampliación del Hospital de Colón y si la contratación se hizo irregularmente.

En cuanto a la contratación, puso énfasis en que su patrocinado no intervino en la planificación de la obra que, a su juicio, se llevó a cabo cumpliendo la normatividad vigente hasta el punto de que en la acusación no se advirtió ninguna irregularidad en dicha etapa.

Esto es significativo porque al llegar el convenio para su suscripción no había ninguna advertencia, queja o debate que hubiera generado la necesidad de aplazar su firma. Habiendo sido aprobada la obra por el alto gobierno no hubo razones para poner en entredicho la contratación.

Aclaró de paso que, el encargo a ARMANDO DÍAZ como Gobernador se hizo rutinariamente y amparado en la ley. Los soportes documentales que respaldan la validez legal del encargo fueron revisados por la Fiscalía y, ciertamente, es esta circunstancia la que permite radicar la competencia en la Corte Suprema de Justicia.

Negó que hubiera alguna irregularidad en la selección de la cooperativa COMENTE. En su sentir el sindicato tuvo dos razones para suscribir el convenio: (i) Los fundamentos normativos; y, (ii) Los fundamentos conceptuales.

Los primeros, en cuanto la Ley 80 de 1993 en consonancia con el artículo 7 del Decreto 855 de 1994, lo

autorizaban para rubricar el convenio, sumado a que la obra representaba un beneficio para el departamento.

Los segundos, los reduce a los conceptos previos entregados por los abogados externos cuya lectura le permitió concluir que otorgan un visto bueno a la modalidad de contratación escogida, por lo que, resulta inadmisibles argumentar que la formalización del convenio se hizo al margen de la normatividad aplicable. Tales conceptos además de los cánones aplicables, eran suficientes para que cualquier funcionario hubiera asumido sin vacilaciones formalizar el convenio.

Aunque la Fiscalía aseguró que hubo apropiación por parte de terceros de dineros del departamento, aun si ello fuera cierto, su defendido es absolutamente ajeno a tal hecho.

Una vez terminado su corto encargo retornó a su puesto como secretario de gobierno y, a partir de allí, no volvió a saber del convenio, pues el desarrollo de éste le correspondió al Gobernador titular.

En suma, para el defensor, no existen fundamentos fácticos, ni pruebas que permitan responsabilizar a su poderdante de la comisión de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y por peculado.

Sustenta su aseveración en una sentencia de la Corte¹⁵ que determina el orden de los elementos a tomarse en cuenta para la verificación del punible de contrato sin cumplimiento

¹⁵ CSJ. SP. 4252-2019, rad. 53440 de 2 de octubre de 2019.

de requisitos legales, de todo lo cual concluye que el trámite precontractual en el que no tuvo participación su prohijado se ajustó a la normatividad, y ya en cuanto a la formalización propiamente dicha, ésta se realizó con apoyo en el literal c) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 en armonía con el artículo 7 del Decreto 855 de 1994, vigentes para esa fecha; y en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 80 *ibidem*.

En este caso, su defendido no intervino en la fase de liquidación del contrato, de manera que si hubo irregularidades allí no puede responsabilizársele.

Además, al suscribir el convenio el Gobernador encargado DÍAZ SÁNCHEZ encontró que todo el proceso precontractual se había desarrollado por un comité evaluador integrado por las secretarías de infraestructura, jurídica y financiera, cuya idoneidad legal no podía ser objeto de discusión; que dicho comité no seleccionó a ninguna de las tres cooperativas postuladas inicialmente, proponiendo los argumentos de la decisión, para finalmente, escoger a la Cooperativa COMENTE, luego de que una rigurosa evaluación le permitiera tenerla como la mejor calificada para la obra. El procesado no intervino en la redacción de la minuta que provenía de la oficina jurídica y no fue sujeto de presiones externas para la suscripción del convenio.

A continuación, citó el auto de 3 de julio de 2013 de la Sala de Casación Penal, radicado 36279, para señalar que es posible eximir de responsabilidad al procesado que omite por error el trámite de la licitación *“siempre y cuando ésta se hubiera tramite (sic) con plena observancia de las garantías y formalidades”*.

Aunque adujo que en este caso la modalidad de contratación directa escogida tuvo respaldo en la normatividad vigente, en el evento de que llegare a considerarse que debió optarse por la licitación pública, la decisión de la Corte implica que no es reprochable la conducta *“toda vez que el condicionante que el tribunal supremo en materia penal se cumple en el caso presente”*, pues la fase precontractual se adelantó con apego a la legalidad, hipótesis que permite considerar atípica la conducta.

Finalizó concluyendo que de todas maneras en el caso que se juzga *“no se registra un error de esta naturaleza, todo lo cual nos lleva a reforzar la tesis de la inexistencia del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales”*.

Con respecto al peculado por apropiación, señaló que de acuerdo al debate probatorio, se pudo establecer que la obra se terminó satisfactoriamente y que los dineros girados se invirtieron íntegramente.

Sin embargo, en caso de estimarse lo contrario, no es posible atribuir a su representado la comisión de la conducta no solo por su sólida formación moral, sino porque ningún medio probatorio apunta a su responsabilidad; y tampoco existe un solo indicio grave *“que muestre la correlación entre la voluntad de Armando Díaz y el desmedro patrimonial de la riqueza pública”*.

Refutó la afirmación de que su defendido obró con dolo, pues esa disposición del procesado de prohijar el

enriquecimiento ajeno no tiene cabida en este caso, pues ofende la dignidad de un ciudadano honrado.

En su opinión no existen hechos externos que permitan desvelar el dolo en el actuar del procesado, por el contrario, obran premisas que conducen a su absolución como la *“ausencia de conocimiento del suscriptor del convenio, de los contratistas, ni tan siquiera dentro del ámbito oficial”*; la ausencia del procesado en la fase precontractual; y la no intervención del acusado en la fallida convocatoria pública a cooperativas, y tampoco en la escogencia de la contratista COMENTE LTDA.

La inexistencia de quejas por parte de las cooperativas descartadas para la ejecución del convenio; de quejas sobre la selección de la Cooperativa COMENTE como contratista; y la ausencia de un proceso disciplinario contra DÍAZ SÁNCHEZ por la realización de la obra, constituyen en sentir del defensor, premisas que conllevan a su absolución.

Agregó a lo anterior, la ausencia de *“una argumentación sólida por parte de la Fiscalía de una errada selección de las normas jurídicas, por ende, del procedimiento de contratación directa con el contratista”* y de una crítica argumentativa fundada del proceso precontractual que demuestre incumplimiento del principio de legalidad por vulneración de los principios de economía, transparencia y responsabilidad.

En suma, para el abogado estos hechos y circunstancias le permiten *“generar los indicios de ausencia de dolo en el actuar de mi defendido”*.

Sin embargo, agregó que, dos testimonios son prueba fehaciente de la inocencia de su defendido:

El primero, la declaración de Jesús Artemio Enríquez, secretario de infraestructura, quien señaló que la fase precontractual del convenio tuvo un manejo técnico y jurídico con intervención de personal especializado de las áreas financiera y jurídica.

El segundo, la versión de Rosa Margarita Revelo, jefa de la oficina jurídica, quien señaló que su invitación a aplicar la modalidad de la licitación pública al convenio era simplemente de conveniencia, por modo que, la contratación directa adoptada por la gobernación era legalmente viable, incluso, contó con concepto favorable de dos reconocidos abogados.

En su sentir, como corolario, la inocencia total de su defendido quedó así demostrada bajo criterios de racionalidad probatoria que informan la sana crítica.

Intervención de CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO

Comenzó por destacar su condición de líder social y religioso y exsacerdote de la iglesia católica. Aseguró no poseer propiedades ni bienes de fortuna y no haberse apropiado de dineros públicos. Solamente cuenta con el apoyo de su familia, pues aún se halla suspendido por la Procuraduría.

En relación con el convenio 032, dijo no haber actuado con dolo. Su conducta estuvo motivada por el interés común siempre pensando en el bienestar de la comunidad.

Procedió basado en el principio de confianza, y por no ser abogado en todos los casos se asesoraba de las secretarías respectivas. Sus decisiones siempre fueron colegiadas como lo demuestran las actas de los consejos de gobierno y los distintos testimonios, especialmente el de Lessdy López, secretaria jurídica. Fue precisamente en dichos consejos de gobierno donde tomaron la decisión de no liquidar el convenio para no truncar el sueño de los putumayenses.

Rechazó la imputación del delito de peculado y prueba de que no lo cometió son las actas parciales de avance de obra que solo se pagaban los avalados por la interventoría, previo el visto bueno de las secretarías de infraestructura y jurídica. ¿Cómo aplicar las pólizas si la comunidad exigió siempre la continuación de la obra?

Finalmente, hizo una reflexión: si ya pagó una condena por 9 años y un mes de prisión por delitos que no cometió ¿será justo que nuevamente sea condenado a sus 57 años a pasar el resto de su vida pagando delitos que a consciencia no cometió?

Intervención de la defensa de CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO

Antes de abordar el asunto de fondo elevó solicitud de nulidad con apoyo en las causales 2 y 3 del artículo 306 de la

Ley 600 de 2000, estas son: por existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y violación del derecho de defensa.

Luego de hacer una breve referencia jurisprudencial¹⁶ a los principios que rigen las nulidades, y en especial al derecho de defensa, sostuvo que en el caso de su defendido el apoderado de entonces aparte de notificarse de las decisiones asumidas por la Fiscalía, no ejerció ninguna actividad tendiente a ejercer el derecho de defensa del ex-Gobernador PALACIOS PALACIO.

Echó de menos una solicitud de práctica de pruebas o de alegaciones precalificadorias o del traslado del artículo 400 *ibidem*, que no presentó a pesar de haberse dispuesto la ampliación del término por incapacidad del defensor, sin embargo, tampoco se pronunció.

Solamente hasta el 21 de noviembre de 2016, por primera y única vez el abogado revisó el proceso y elevó una solicitud de nulidad cuestionando la aplicación de la Ley 600 de 2000 a este evento, petición que le fue negada.

En síntesis, desde la indagatoria hasta la fecha en que radicó la solicitud de nulidad, la actividad del defensor técnico fue absolutamente pasiva hasta el extremo de coartarle la posibilidad de solicitar pruebas o presentar alegatos en defensa de los intereses de su representado.

¹⁶ CSJ. Rad. 34022 de 2011 (sic); rad. 28115 de 2008 (sic) y Corte Constitucional T-957 de 2006.

En el rito previsto en la referida ley la ocasión para solicitar y practicar pruebas surge a partir del traslado del artículo 400 y se extiende hasta antes de que se inicien las intervenciones de los sujetos procesales en el juicio oral, y como la petición de nulidad solamente puede ser propuesta por la parte que no dio origen al motivo invalidatorio, estimó que es la oportunidad para plantearla.

No tiene duda que la evidente falta de actividad de la defensa no es atribuible al procesado sino a su defensor técnico. El derecho a la asistencia jurídica es una garantía fundamental. Dicha garantía debe ser real, permanente y sin limitaciones, lo contrario impone la anulación de la actuación.

El quebrantamiento de las garantías fundamentales que invoca se manifiestan en la ausencia de defensa técnica durante la etapa de instrucción, fase a partir de la cual surge la invalidación del trámite, pues aunque el instructor siempre enteró al defensor de las diligencias y decisiones adoptadas no se percató de su inactividad, de ahí que solo cumplió un papel meramente formal.

Reiteró su solicitud de nulidad *“desde el momento de rendir indagatoria hasta el momento de la renuncia del defensor de confianza”*.

Subsidiariamente, a continuación postuló sus alegaciones conclusivas en los términos que siguen:

A partir de los presupuestos para dictar sentencia de condena, previstos en el artículo 232 del Código de

Procedimiento Penal, comenzó por abordar el análisis del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Hizo una breve referencia al aspecto dogmático de la conducta en relación con los posibles momentos en que puede cometerse, para luego destacar una circunstancia especial en el caso de su representado, y es que su intervención en el convenio solo se produjo hasta cuando ya habían transcurrido cuatro años desde su formalización.

No procedió a la liquidación del convenio justamente porque la obra no se había ejecutado y lo que pretendió fue permitir la continuación del proyecto dadas sus implicaciones sociales. El interés que suscitaba la terminación de la obra en la comunidad lo motivó a autorizar la cesión del convenio y para tal propósito no tenía la obligación legal de verificar la documentación y el trámite realizado para la ejecución del mismo, el cual se hallaba suspendido por razones atribuibles a la Cooperativa COMENTE.

Subrayó que su representado no es abogado y en ese orden las decisiones de índole legal que asumía eran consultadas y avaladas por las oficinas jurídicas y de infraestructura. Además, la determinación de ceder el convenio fue consultada con el equipo de trabajo en consejos de gobierno, en donde se presentó como solución a la crisis por la que atravesaba la contratista.

La responsabilidad penal es individual y no se puede determinar con posterioridad a la comisión del delito que ocurrió antes de la administración del doctor PALACIOS. Su

intención siempre fue la de sacar adelante la obra en beneficio de la comunidad.

La pretensión de la Fiscalía de que su patrocinado revisara todo el aspecto legal del convenio no se compadece con la realidad. Cada etapa se surte en su momento y responde quien la asume. En el caso particular la suscripción del convenio 032 se presentó con bastante antelación a la administración del Gobernador PALACIOS.

Sostener como lo hizo la Fiscalía que el convenio careció de estudios previos no tiene respaldo probatorio, pues tanto los investigadores del CTI como los testimonios en el juicio dan fe de la existencia de los mismos y de los planos sobre los cuales se ejecutó el proyecto.

La decisión de ceder el convenio contó con el visto bueno escrito de la secretaria de infraestructura, arquitecta María Carlina Uribe, quien en compañía de la jefa de la oficina jurídica asesoró al Gobernador, reduciéndose la actuación de éste a la rúbrica del contrato de cesión, pues sus subalternos gozaban de su plena confianza, siendo los *“únicos dueños de la acción o del dominio de la conducta”*.

Incluso, en acta del consejo de gobierno departamental 001 de 9 de enero de 2004 incorporada al expediente, hay constancia de la solicitud del Gobernador de celebrar consejos de administración semanales con el fin de hacer un seguimiento permanente a la obra y tomar la decisión de declarar el incumplimiento y multar a la cooperativa, para cuyo fin se *“delegó”* a la abogada Lessdy López.

El 28 de abril de 2005, el doctor Obregón Sabogal, en representación de la Cooperativa COMENTE, pidió al departamento autorización para ceder el convenio, la cual fue analizada por las secretarías de infraestructura y jurídica que dieron su visto bueno y elaboraron el respectivo documento, autorización que, según dijo la defensa, se tomó por el apremio ejercido por la comunidad que exigía la obra para el desarrollo del municipio.

Agregó que cuando su defendido inició su administración la obra tenía una ejecución del 65 por ciento y cuando la cooperativa entró en crisis su interés fue hallar una solución para su continuidad. Mientras se desempeñó como Gobernador no se hicieron llamados de atención a la contratista, sin embargo, se dieron algunos plazos que retrasaron la obra, pero, finalmente se terminó.

No obra prueba en el proceso que acredite que el Gobernador PALACIOS tuvo la iniciativa u ordenó contratar directamente o soslayó los requisitos esenciales de los contratos y, menos que tuviera algún interés en la cesión del convenio, pues ejerció siempre sus funciones con apego a los principios de la contratación.

Su accionar estuvo desprovisto de dolo, no solo porque siempre se ajustó a la ley sino porque en todo momento buscó se mejoraran las condiciones de vida de la comunidad putumayense. Tampoco estuvo determinado por la voluntad consciente de realizar el tipo penal, en el peor de los casos podría considerarse una conducta "*negligente o culposa*" que

impide estructurar el tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Los “*principios*” de desconcentración y confianza eximen de responsabilidad a su defendido.

Citó el testimonio de Lessdy Denisse López Espinosa, a la sazón, jefa de la oficina jurídica de la gobernación, en cuanto dijo que en varios consejos de gobierno se estudiaron los problemas de ejecución del convenio y la necesidad de liquidarlo, sin embargo, la obra era de tal importancia para la comunidad que prefirió autorizar la cesión.

Sobre la Cooperativa COMENTE el testigo Orlando Obregón Sabogal destacó su gran prestigio y capacidad de contratación a nivel nacional, lo que significa que el convenio se suscribió con un ente con capacidad y músculo financiero y técnico para el desarrollo del contrato, pero en su ejecución presentó fallas.

Asimismo, aludió al testimonio de Mauricio Modesto Zambrano, representante legal de la Cooperativa COOMNARIÑO, cesionaria del convenio, quien con respecto al porcentaje de ejecución de la obra expresó que fue aproximadamente del 73 por ciento y que la obra no se terminó por el cambio de secretario de infraestructura.

Por su parte, el testigo Jairo Alberto Bravo Rojas, secretario de infraestructura, adujo no haber intervenido en la fase precontractual. Cuando asumió su cargo el avance de la obra iba en un 30 por ciento y durante el seguimiento que

se le hizo pudo advertir que las demoras se produjeron por la ola invernal y motivos de orden público, además por la falta de interventoría.

En suma, el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales exige que la conducta del agente esté provista de dolo, elemento que en el caso de su defendido resplandece por su ausencia.

Como ejemplo de la afirmación anterior trajo a colación una decisión de la Corte Suprema de Justicia, radicado 45228 de 13 de junio de 2018, que absolvió al procesado del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales al estimar que no pudo establecerse que sabía que en la tramitación de los contratos se había omitido cumplir con las exigencias establecidas en la ley. Consideró razonable la explicación ofrecida por el acusado en cuanto a que los contratos los formalizó con la convicción de que todo estaba en regla, aspecto no desvirtuado en la acusación.

Asimiló dicha decisión a este caso para concluir que, para el efecto, sí resultan atendibles razones como las ofrecidas por su defendido en cuanto a que el trámite y la autorización de la cesión del contrato se hicieron con el asesoramiento de la oficina jurídica de la gobernación, que la estimó viable por estar ajustada a la ley.

Para la defensa, la Fiscalía no probó el dolo y como *“la carga de la prueba se mantiene en cabeza del ente fiscal, no le corresponde a la defensa hacer algún esfuerzo para completar el trabajo*

de la Fiscalía máxime cuando la presunción de inocencia se mantiene incólume”.

No puede exigirse que un Gobernador de departamento pueda enterarse de los pormenores de los contratos o del cumplimiento de las obligaciones pactadas, cuando todo esto se delega para que el funcionario tenga un margen de maniobra, de ahí que en cada contrato sea designado un interventor y un supervisor que se encargan de velar por el cumplimiento de su objeto, tal como lo hizo su defendido desde su posesión.

A partir de la definición del concepto de desconcentración previsto en el artículo 8 de la Ley 489 de 1998 y de su finalidad, luego de explicarlo, concluyó que, por virtud de esta figura, las funciones de revisión del avance de la obra, verificación de la documentación presentada para la cesión, estudios de consejos de gobierno y acompañamiento en las decisiones relacionadas con el convenio 032 estaban en cabeza de las secretarías de infraestructura y jurídica, y allí el Gobernador no intervenía.

El Gobernador asumía el proceso ya avalado por las respectivas secretarías, incluida la minuta del contrato, por lo que en sentir de la defensora solo le restaba suscribirlo, haciendo realidad de esta forma el principio de confianza.

No existe prueba que indique que su defendido hubiera tomado la iniciativa o dado la orden de seleccionar la cooperativa contratista, o que tuvo injerencia, pues se posesionó como Gobernador mucho después y la imputación

que se le hace es por la cesión del mismo. El simple hecho de haberla autorizado y suscrito no le genera responsabilidad, pues sería objetiva y esta se halla proscrita de nuestro sistema penal.

El traslado de funciones por el Gobernador tiene raigambre en el artículo 209 de la Carta que dispone que la función administrativa se ejecuta mediante la desconcentración y su desarrollo para la época estaba consagrado en el artículo 8 de la Ley 489 de 1998.

Citó extensamente los testimonios de Marcos Getial, Gerardo Rómulo Ruiz Ramos, Hernando Chamorro y Pedro Amaya, de cuyo contexto concluyó que el convenio 032 sí cumplió con todos los estudios precontractuales necesarios para desarrollarse.

Como quiera que no es posible suplir las deficiencias de la acusación y menos cuando se trata de la tipificación del delito, lo que procede en tales circunstancias es la absolución por el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues actuó de buena fe.

En relación con el delito de peculado por apropiación, cuya esencia definió, adujo que la Fiscalía estimó un valor de \$1.295.393.924 desconociendo que de acuerdo con las actas el valor ejecutado es de \$1.774.826.311,92¹⁷, pagos que se realizaron conforme al avance la obra y a los informes de la interventoría.

¹⁷ Cfr. C. original Fiscalía a folio 185.

Sostuvo que la imputación formulada por la Fiscalía en contra de su defendido carece de demostración, lo cierto es que era necesario darle continuidad a la obra por su importancia.

Insistió en que su defendido no obró con dolo, requisito *sine qua non* para considerar punible el delito de peculado, sino con la intención de continuar con la ejecución de la obra en beneficio de la comunidad, la cual finalmente, pese a los atrasos, se llevó a feliz término, razón que conduce a la atipicidad de esta conducta.

En consecuencia, pide a la Corte dictar sentencia absolutoria en favor de su defendido por los delitos que le fueron imputados en la resolución de acusación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Aunque los acusados IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA, CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO y ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ actualmente no ocupan el cargo de Gobernador del Departamento de Putumayo, la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala Especial de Primera Instancia es competente para juzgarlos, de conformidad con lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2018 y los artículos 235-5 Superior y su parágrafo, en razón a que las conductas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros por las cuales se los

acusó, guardan relación con las funciones de Gobernadores y ordenadores del gasto que para la época de los hechos ejercían, es decir, se trata de uno de los denominados *delitos propios*, que como se ha venido entendiendo, solamente pueden ser cometidos por servidores públicos en relación con las funciones del cargo asignadas por el ordenamiento jurídico.

En punto del carácter de delito propio y la prórroga del fuero a los exfuncionarios procesados por su comisión, la Corte tiene dicho que:

“Ahora, la Sala tradicionalmente ha concebido esta modalidad de delitos, como aquella que solo puede ser cometida por servidores en relación con las funciones a ellos asignadas por el ordenamiento jurídico¹⁸. El enriquecimiento ilícito de servidor público, en concreto, lo ha calificado como propio, exigiendo para su estructuración la presencia de un servidor público como sujeto activo, y que el acrecimiento patrimonial no justificado esté vinculado con el desempeño del cargo o el incumplimiento de las atribuciones¹⁹”

(...)

“En fin, como el punible frente al cual hay que orientarse la investigación es de los denominados propios, no surge duda que la competencia para averiguarlos recae en esta Corporación en Sala de Casación por haber ocurrido los hechos antes del 29 de mayo de 2008, motivo por el cual se avocará el conocimiento y como el procedimiento que se venía aplicando es el previsto en la Ley 906 de 2004, se adecuará al regulado por el Código de Procedimiento Penal de 2000²⁰” (Énfasis agregado)

La Corte²¹ concluyó entonces que, la relación entre función y delito, se desprende del abuso de poder, que se

¹⁸ CSJ. SP. Rad. 32854 de 3 de febrero de 2010.

¹⁹ CSJ. SP. Rad. 15490 de 7 de octubre de 1999.

²⁰ CSJ. SP. Rad. 45731 de 28 de octubre de 2015.

²¹ Cfr. CSJ. SP 954-2020 *ibidem*.

manifiesta en la instrumentalización de la función pública al emplearla en beneficio particular, como presuntamente ocurrió en este caso, en que, según informó la Fiscalía, los exfuncionarios acusados cada uno en su condición de Gobernador y ordenador del gasto y en ejercicio de sus funciones, al tramitar y suscribir el convenio 032 de 2001; y autorizar y signar su cesión, pretermitieron los requisitos legales esenciales y dieron lugar a que los contratistas se apropiaran de dineros del erario departamental.

En consecuencia, esta Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para emitir el fallo.

2. De la nulidad propuesta por la defensa de CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO

Previamente a abordar el asunto de fondo de este pronunciamiento, por virtud del principio de lógica formal procede la Sala, en primer lugar, a abocar y resolver la petición de nulidad propuesta por la defensora pública de CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, con sustento en las causales 2 y 3 del artículo 306 de las Ley 600 de 2000, por supuesta vulneración de los derechos fundamentales del debido proceso y defensa originada en la instrucción, por una pretendida inactividad de la defensa técnica.

La postulación de las nulidades exige un adecuado planteamiento que implica cumplir con las exigencias legales y

jurisprudenciales pertinentes. En esa línea, la Corte²² ha explicado que a los hechos que originan la nulidad han de concurrir simultáneamente los principios de taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y residualidad²³.

Además todo ataque dirigido a la anulación de la actuación procesal con base en las causales previstas en la ley, debe cumplir unos requisitos mínimos de argumentación orientados a demostrar la relevancia y afectación material (no meramente formal o abstracta) de los derechos o garantías que se invocan como vulnerados²⁴.

“Como la acreditación de este tipo de anomalía está atada a la comprobación cierta de yerros de garantía o de estructura insalvables que hagan que la actuación y la decisión de segunda instancia pierdan toda validez formal y material, corresponde al libelista expresar con claridad y precisión los motivos de ataque, señalar las irregularidades sustanciales que afectan la actuación, conforme al principio de taxatividad que rige su declaración, determinar la forma en que los vicios denunciados rompen la estructura del proceso o lesionan las garantías de los intervinientes y la fase en la que se produjeron, así como demostrar su trascendencia en el sentido de la providencia que se acusa, pues de avizorarse que el defecto no logra afectar en grado sumo el desarrollo de la actuación, ni alterar lo decidido en el fallo censurado, no habrá lugar a la admisión del reproche.

Igualmente, la fundamentación del ataque se debe hacer a la luz de los postulados de convalidación²⁵, protección²⁶, instrumentalidad de las formas²⁷, trascendencia²⁸ y residualidad²⁹.

²² Cfr. Entre otros, 09/03/11, rad. 32.370 y 30/11/11, rad. 37.298.

²³ CSJ. SP., radicado 55093 de 18 de noviembre de 2020.

²⁴ CSJ. SP., radicado 54849 de 30 de septiembre de 2020.

²⁵ *Las irregularidades pueden convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado.*

²⁶ *El sujeto procesal que con su conducta no haya dado lugar a la configuración del vicio, es el único que lo puede alegar, salvo que se trate de ausencia de defensa técnica.*

²⁷ *Como las formas no son un fin en sí mismo, siempre que se cumpla con el propósito que la regla de procedimiento pretendía proteger, no habrá lugar a la declaración de la nulidad.*

²⁸ *La magnitud del defecto debe tener incidencia en el sentido de justicia incorporado a la sentencia.*

²⁹ *La declaratoria de nulidad debe ser el único remedio procesal para superar el yerro detectado.*

Ahora, si el vicio postulado corresponde a una violación del debido proceso, es del caso que el actor identifique la irregularidad sustancial que alteró el rito legal, pero si afecta el derecho de defensa, se debe especificar la actuación que lesionó esa garantía, en cada caso la argumentación debe estar acompañada de la solución respectiva, salvo que el yerro tenga la potencialidad de lesionar simultáneamente el debido proceso y la defensa.”

En particular, refiriéndose a la ausencia de defensa técnica, en la misma providencia la Corte sostuvo:

“Así mismo, si lo acusado es la ausencia o deficiencia de defensa técnica derivada de la imposibilidad de allegar pruebas o controvertir las aducidas en contra del procesado, o de ejercer todos aquellos actos destinados al acompañamiento y asesoramiento permanente y suficiente del mismo durante las fases de investigación y juzgamiento, el reparo se debe construir más allá de la sola objetivación de la supuesta irregularidad, en tanto, una actitud pasiva de la defensa material o calificada, bien puede obedecer, perfectamente, a la estrategia implementada en aras de salvaguardar los intereses del encausado y, en todo caso, habrá de verificarse si operó alguno de los principios que tornan inviable la prosperidad de la pretensión anulatoria.

Es así que, resulta indispensable que el libelista describa cuál es la actividad específica que tendría que haberse realizado, su alcance y fundamento, así como las posibilidades ciertas –no especulativas– de haber obtenido con dicha gestión resultados favorables tendientes a descalificar o morigerar el juicio de responsabilidad penal elaborado en contra del investigado.

A continuación citó como apoyo de su postura el proveído CSJ AP., rad. 30525 de 22 de julio de 2010:

*“3.3.- De otra parte, ha sido dicho, que, si se alega la **violación del derecho de defensa técnica**, se impone demostrar que el procesado careció totalmente de asistencia profesional durante las fases de la investigación o el juzgamiento por falta de designación de un abogado, o que pese a contar nominalmente con uno, el profesional encargado de su ejercicio desatendió por completo los deberes que el cargo le impone, generando una situación de desamparo total del imputado.*

También ha indicado, que la ausencia de actos de contradicción probatoria, impugnación, o alegación, no siempre implica vulneración del derecho de defensa, ni por tanto nulidad del proceso, puesto que el silencio expectante, dentro de los límites de la racionalidad, es también una forma de estrategia defensiva, no menos efectiva que una activa postura controversial, y que por esta razón, sólo cuando adicionalmente se advierte que el abogado defensor no ha desarrollado tampoco actos de vigilancia del acaecer procesal, es posible afirmar que se está en presencia de una situación de abandono de la gestión encomendada³⁰.

A este respecto no puede olvidarse que el defensor, sea de confianza, de oficio o vinculado al servicio de defensoría pública, en ejercicio de la función de asistencia profesional goza de total iniciativa, pudiendo presentar las solicitudes que considere acordes con la gestión encomendada, o interponer los recursos pertinentes, o incluso a pesar de tener una actitud vigilante del desarrollo de la actuación, asumir una pasiva por estimar que esa puede ser la mejor alternativa de defensa, y no por estar en desacuerdo con la estrategia asumida, o haber sido adversos los resultados del juicio, hay lugar a sostener que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, pues la ley no le impone al abogado derroteros en torno a la estrategia, contenido, forma o alcance de sus propuestas, ni la aptitud de estas gestiones se establece por los resultados del debate³¹". (Negrillas originales. Subraya la Sala)

Para considerar la efectiva y material vulneración de los derechos y garantías fundamentales que constituyan mérito para anular la actuación, no basta alegar en abstracto una supuesta ausencia de defensa técnica, es necesario además que se demuestre, o al menos que del estudio del expediente se infiera, que ciertamente la inactividad del abogado afectó real y materialmente sus derechos de defensa o debido proceso, en términos del principio de trascendencia, afectación que no infiere la Sala de las alegaciones de la defensora, ni de la revisión de la actuación.

³⁰ Casación de marzo 15 de 2001. Rad. 13372.

³¹ Casación de junio 13 de 2002. Rad. 11324. [Cita inserta en el texto transcrito]

Adujo la abogada que el ejercicio defensivo en el proceso fue absolutamente nulo al punto de que se coartó cualquier posibilidad de solicitar pruebas o de alegar en las etapas previas. Sin embargo, no relacionó las pruebas que pudo haber solicitado. Tampoco nada dijo sobre cómo se afectó el derecho a la defensa de su representado por la omisión de presentar alegatos.

Esto porque, como lo señala la jurisprudencia, la violación del derecho de defensa técnica implica una absoluta carencia de asistencia profesional por falta de designación de un abogado, o la desatención por completo de sus deberes que conlleve a una situación de total desamparo.

Asimismo, la no proposición de actos de contradicción probatoria, impugnación, o alegación, en fin, actos de defensa, no implica necesariamente vulneración de garantías y, por contera, la nulidad del proceso, puesto que el silencio es también una modalidad de estrategia defensiva y por esta razón, sólo cuando además, el apoderado no ejerce actos de vigilancia del curso del proceso debe reconocerse la situación de abandono de la gestión y eventualmente una transgresión de derechos y garantías solamente remediabiles mediante el mecanismo extremo de la anulación, y nada de esto ocurrió en este caso.

Pero, además, la argumentación de la defensora no es veraz pues revisado el asunto con detenimiento se encuentra, contrario a su dicho, que el apoderado de PALACIOS PALACIO no solo ejerció actos de defensa en pro

de su poderdante, sino siempre estuvo vigilante del proceso e informado de las incidencias del mismo y por ello no es plausible asegurar, como se pretende, que a su representado le fueron conculcados sus derechos y garantías fundamentales.

Para corroborar lo anterior resumirá la Sala qué actividades ejerció el defensor de PALACIOS PALACIO que precedió a la actual defensora pública.

Lo acompañó en la diligencia de indagatoria³² y una vez resuelta la situación jurídica se notificó personalmente de la misma el 8 de octubre de 2004 en la ciudad de Mocoa³³.

Producido el cierre de la investigación por resolución de 16 de febrero de 2015, el apoderado se notificó personalmente de la misma el día 20 de marzo siguiente³⁴.

De la resolución de acusación se notificó personalmente el 6 de abril de 2016, decisión contra la cual interpuso recurso de reposición en donde esbozó algunos planteamientos defensivos en relación con la tipicidad y con la responsabilidad de su defendido frente a los delitos imputados, para finalmente solicitar su desvinculación del proceso³⁵.

³² Folio 11 c. o. 3 Fiscalía.

³³ Folio 99 *ibidem*.

³⁴ Folio 127 *ibidem*.

³⁵ Folios 231 y 250 y ss. *ibidem*.

El día 10 de agosto de 2016 allegó, vía correo electrónico, su renuncia al cargo de defensor, sin aportar la necesaria comunicación dirigida a su poderdante, tal como lo exige el inciso 4 del artículo 76 del Código General del Proceso, por lo que se lo requirió para dar cumplimiento a la norma.

Aún sin habersele aceptado su renuncia, el día 21 de noviembre de 2016 revisó la actuación en la Secretaría de la Sala de Casación Penal en esta ciudad³⁶.

El 13 de diciembre siguiente, en un extenso memorial³⁷ solicitó nulidad de la actuación arguyendo una presunta vulneración del derecho a la defensa, que le fue despachada desfavorablemente³⁸.

Finalmente el 2 de agosto de 2017, la Corte aceptó la renuncia del apoderado y a instancias del procesado dispuso se le designara un defensor de oficio³⁹.

Advertidas estas circunstancias, no es posible cohonestar las alegadas irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y la violación del derecho de defensa por falta de defensa técnica que justifique la invalidación de la actuación, como lo pretende la postulante.

³⁶ Folio 215 c. o. 1 de la Corte.

³⁷ Folios 217 y ss. *ibidem*.

³⁸ Folios 126 y ss. c. o. 2 de la Corte.

³⁹ Folio 207 *ibidem*.

Tampoco es posible calificar el papel desempeñado por el apoderado de confianza del acusado como de "*simplemente formal o nominal*" y, por tanto, predicar que no estuvo involucrado en el debido cumplimiento de sus funciones. Menos, sostener que no ejerció actos de vigilancia del proceso, pues, como se vio, se notificó personalmente de todas las decisiones, en alguna oportunidad se presentó en la secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte en esta ciudad y revisó el expediente, además de proponer una solicitud de nulidad de la actuación por manera que, en estas circunstancias no es razonable asegurar que hubo una situación de abandono de la gestión encomendada o un deficiente ejercicio defensivo capaces de enervar la validez y legalidad del proceso.

Sin entrar a cuestionar la estrategia de defensa adoptada por el defensor de confianza de PALACIOS PALACIO que, como se explicó, escapa a cualquier cuestionamiento en el plano de las nulidades, lo cierto es que contrario a lo argüido por la defensora pública, en este caso la actividad desplegada por su antecesor fue lo bastante como para considerar incólumes los derechos al debido proceso y defensa cuya vulneración, sin razón reclama la peticionaria. Así, sus afirmaciones sobre una supuesta ausencia de defensa carecen de respaldo frente a la prolija evidencia que consta sobre la actividad defensiva ejercida por el abogado de confianza del procesado.

Como se puso de presente, además de notificarse personalmente de todas las decisiones de la Fiscalía, el defensor revisó la actuación en la secretaría de la Sala de la

Corte, interpuso recurso de reposición contra la resolución de acusación, en donde planteó argumentos defensivos y, finalmente, antes de renunciar, solicitó la nulidad de la actuación, por tanto, frente a esa realidad sostener una ausencia de defensa técnica, resulta carente de fundamento.

Si bien, el defensor no elevó solicitud de práctica de pruebas, ni alegaciones precalificadorias y tampoco intervino en el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, lo cierto es que, en términos generales y desde su propia visión profesional de la estrategia defensiva concebida sí ejerció una amplia actividad de defensa, por lo que, en esas condiciones el reclamo de la abogada luce más como una discrepancia con la actuación realizada por su antecesor que como una violación de sus garantías fundamentales.

Como bien lo postula la jurisprudencia no puede olvidarse que el profesional del derecho que funge como defensor goza de total iniciativa, y, por tanto, puede presentar las solicitudes que considere acordes con la gestión encomendada, o interponer los recursos pertinentes, o incluso, asumir una actitud pasiva si estima que esa puede ser la más conveniente alternativa de defensa, y no por estar en desacuerdo con la estrategia o haber sido adversos los resultados, cabe sostener la vulneración del derecho de defensa, pues la ley no puede imponerle al abogado lineamientos en el desempeño de su ejercicio profesional, y, de otro lado, la aptitud de estas gestiones no puede determinarse por los resultados.

Ahora, si la defensora pública consideró como fundamento de su postulación de anulación la ausencia de una solicitud de práctica de pruebas, ha debido, como se exige a la luz del principio de trascendencia, desentrañar cuál es la prueba o pruebas específicas que tendría que haber solicitado, su alcance y fundamento, así como su pertinencia y las posibilidades ciertas de haber obtenido con ellas resultados favorables en orden a desvirtuar o enervar el juicio de responsabilidad penal del investigado, pues, como lo tiene precisado la jurisprudencia, la protección de las garantías fundamentales está sujeta a requisitos mínimos de argumentación orientados a demostrar su relevancia y afectación material, no puramente formal o abstracta.

Como corolario, no se accederá a declarar la nulidad de la actuación.

3 Requisitos para condenar

Conforme a lo normado por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal de 2000, a diferencia del grado de conocimiento que la ley exige para imponer medida de aseguramiento o proferir resolución de acusación, para dictar sentencia condenatoria se requiere que concurra al proceso la prueba suficiente que conduzca a la certeza de las categorías de la conducta típica y de la responsabilidad del procesado.

La ley reclama, además, que el acervo probatorio sea ponderado en su integridad de cara a los postulados de la sana crítica, estos son, la lógica, las máximas de la experiencia y las ciencias, y los conocimientos científicamente

afianzados, asignándole siempre razonadamente a cada medio de prueba el mérito que le corresponda, a fin de determinar las condignas consecuencias jurídicas⁴⁰.

Revisadas las diligencias ha llegado la Sala a la conclusión que, en este evento, contrario a los razonamientos expresados por la Fiscalía en relación con la imputación fáctica y jurídica, en el trámite, celebración y liquidación del convenio interadministrativo 032 de 2001 no se incumplieron los requisitos legales esenciales de la contratación estatal esgrimidos por la Fiscalía y en consecuencia, la conducta debe considerarse atípica, por lo que se absolverá a los procesados de dicho cargo. Veamos:

3.1 Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

La Fiscalía acusó a los procesados como presuntos autores responsables de la comisión de este delito, el cual es descrito por el artículo 410 del Código Penal, antes de la reforma de la Ley 890 de 2004, así:

«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.»

El supuesto de hecho descrito enmarca la conducta de un servidor público que entre sus atribuciones debe intervenir

⁴⁰ Cfr. art. 238 L. 600 de 2000.

en el proceso de contratación, y soslaya el cumplimiento de los requisitos sustanciales exigidos para el trámite o liquidación, u omite verificar que se hayan cumplido en las etapas de celebración o liquidación⁴¹.

Encierra dos modalidades alternativas de ejecución: la primera, no observar los requisitos legales sustanciales en el trámite, lo que involucra todos los pasos previos hasta su celebración; y, la segunda, al momento de su formalización o de su liquidación, omitir verificar que se hayan aplicado⁴².

De esta forma la ley penal distingue la conducta ejecutada por los servidores públicos facultados para tramitar el contrato, de la que realiza el representante legal o el ordenador del gasto en las fases de celebración o liquidación⁴³.

La primera modalidad alude a tramitar el contrato sin observar los requisitos legales esenciales, en tanto que, en la segunda, el contenido de la prohibición consiste en no verificar que se hubieran cumplido las exigencias legales esenciales en la etapa precontractual. Esta distinción se fundamenta en las modalidades de delegación o desconcentración de competencias mediante las cuales actualmente se ejerce la función pública en las entidades estatales⁴⁴.

⁴¹ Cfr. CSJ SP-18532-2017, rad. 43263.

⁴² Cfr. *Ibidem*.

⁴³ Cfr. *Ibidem*.

⁴⁴ Cfr. *Ibidem*.

Es decir, a través de dichos institutos el ejercicio de la función administrativa en las etapas previas está asignado al personal de nivel ejecutivo y los de celebración y liquidación al ordenador del gasto, tareas que este realiza mediante la verificación del cumplimiento de las formalidades legales en la etapa previa, por ser el funcionario autorizado por la Carta Política y la ley para invertir los recursos del ente territorial⁴⁵. Los artículos 12⁴⁶ y 25-10⁴⁷ de la Ley 80 de 1993, como ya se vio, preceptúan que los jefes y representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos con sujeción a las cuantías señaladas en las respectivas juntas y consejos directivos, y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o equivalentes.

En todo caso, se reitera, la delegación y desconcentración no implican el desprendimiento de la

⁴⁵ Cfr. CSJ SP18532-2017, rad. 43263.

⁴⁶ **ARTÍCULO 12. DE LA DELEGACIÓN PARA CONTRATAR.** <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> <Ver Notas del Editor> Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones ~~o concursos~~ en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> <Inciso adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual. **PARÁGRAFO.** <Parágrafo adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.

⁴⁷ **ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA.** En virtud de este principio: (...) 10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento.

responsabilidad del encargado de la contratación⁴⁸, pues la función de adjudicación está a su cargo⁴⁹.

El concepto de requisitos esenciales como elemento normativo hace alusión al respeto y cumplimiento integral de los principios que rigen la contratación pública, como son: planeación, economía, responsabilidad, transparencia y deber de selección objetiva, contenidos en el artículo 209 de la Carta Política, en la Ley 80 de 1993⁵⁰, normativa aplicable a la fecha de los hechos, y en las disposiciones que la desarrollan⁵¹.

Lo anterior surge de una interpretación constitucional y sistemática de los valores y fines del Estado. Según el preámbulo y el artículo 2° de la Carta corresponde al Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en su texto⁵².

Asimismo, el artículo 209 de la Carta prescribe que la función pública está al servicio del interés general y se debe desarrollar con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y

⁴⁸ La Ley 489 de 1998 define las figuras de delegación y desconcentración en el entorno de la organización y funcionamiento de las entidades estatales, como la transferencia de funciones de un órgano o cargo a otro, ocurrida por regla general al interior de la misma entidad. En la delegación, la transferencia se realiza únicamente por el titular de la función a través de un acto administrativo expreso, a veces de manera general otras de manera específica, para lo cual debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia. Sobre la desconcentración determina que la atribución de competencia se realiza directamente por el ordenamiento jurídico y se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía, transfiriendo en forma exclusiva, es decir, la competencia debe ser ejercida por el órgano desconcentrado y no por otro y el superior no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal.

⁴⁹ Cfr. CSJ SP4413-2019, rad. 55967.

⁵⁰ Al respecto CSJ SP4463-2014, reiterado en CSJ SP, 25 sep. 2013, rad. 35344; y, CSJ SP15528-2016, rad. 40383.

⁵¹ Entre estas: Ley 1150 de 2007.

⁵² Cfr. CSJ SP15528-2016, rad. 40383.

publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones⁵³.

Se desprende de los artículos 1 y 2 de la Constitución y 3 de la Ley 80 de 1993, que la contratación administrativa es una función pública al servicio del interés común, por lo tanto, sujeta a los fines esenciales del Estado y sus trámites regidos por tales principios.

De otro lado, los cánones 1, 3, 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, disponen que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública tiene por objeto diseñar las reglas y principios que rigen la contratación de las entidades estatales⁵⁴.

En otras palabras, tal estatuto fija los requisitos que deben observar los servidores públicos al tramitar, celebrar y liquidar los contratos, siendo razón fundamental para que en su ejecución las entidades cumplan no solo con los fines del Estado sino con la prestación de los servicios públicos a la comunidad, y garanticen los derechos e intereses de los administrados⁵⁵.

El principio de planeación debe irradiar todas las fases para el perfeccionamiento y liquidación de los contratos, con lo cual se impide la improvisación pues prevé una acción preventiva del daño antijurídico, lo cual refleja la importancia del establecimiento de criterios de selección, definición de las

⁵³ Cfr. *Ibidem*.

⁵⁴ Cfr. *Ibidem*.

⁵⁵ Cfr. *Ibidem*.

partidas presupuestales, diseños, pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado⁵⁶.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sostenido:

“El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden⁵⁷.”

De ahí la importancia de la selección del contratista y de la celebración de los correspondientes contratos con respeto del régimen jurídico a aplicar. Su ejecución y posterior liquidación deben ser ajenos a la improvisación, y resultado de una tarea programada y preconcebida que permita situar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden, diseñadas por las instancias del Estado con funciones planificadoras⁵⁸.

Por su parte, el principio de transparencia⁵⁹ resguarda la imparcialidad y la selección objetiva del contratista. Su

⁵⁶Cfr. *Ibidem*.

⁵⁷ Cfr. CE 070012331000199900546-01, 28 de mayo de 2012, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

⁵⁸ CE 15001233100019880843101-8031. 5 de junio de 2008, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

⁵⁹ Artículo 24 Ley 80 de 1993.

escogencia por regla general debe hacerse mediante licitación pública, salvo los casos previstos en la norma⁶⁰.

Quiere decir lo anterior que el principio de transparencia está ligado al de selección objetiva, del cual deriva que la elección del contratista debe obedecer a razones de interés general para asegurar la oferta más favorable para la entidad, al margen de criterios subjetivos como la amistad, la conveniencia personal o el interés político.

En relación con este principio, la escogencia del contratista debe realizarse teniendo en cuenta la oferta más favorable a la entidad según los fines que se persigan, sin tener en cuenta los mencionados criterios subjetivos⁶¹.

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993, determina las excepciones para no optar por la licitación o concurso públicos, entre ellas la menor cuantía de la obra, trabajo, bien o servicio, que se determina según el presupuesto anual de las entidades públicas, expresado en salarios mínimos legales mensuales.

De acuerdo con el artículo 3 del Decreto 855 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, para cumplir con el deber de selección objetiva es menester la obtención previa de por lo menos dos ofertas, verbales o escritas, con la información necesaria del contrato. Incluso, la contratación directa está

⁶⁰ Cfr. C.E. 15234, 29 de agosto de 2007, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

⁶¹Cfr. CSJ SP. Rad. 30933 de 26 mayo 2010.

sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos y procedimientos⁶².

Por su parte, el párrafo del artículo 39 *ibidem* exceptúa de las formalidades plenas los contratos que no superan las cuantías allí delimitadas de cara a los presupuestos anuales de las entidades, evento en el cual las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien se delegó la ordenación del gasto⁶³.

Pues bien, la Sala encuentra que contrario a lo sostenido por la Fiscalía en este caso esta conducta debe considerarse atípica por cuanto como se demostrará el proceso contractual cuestionado se ajustó a la normativa estatal relacionada con la celebración de contratos oficiales.

Teniendo de presente este marco jurídico la Sala se adentrará en el examen, en específico, de los elementos del tipo penal en relación con la actuación de cada uno de los acusados.

Tipo objetivo

En armonía con la descripción normativa, para lograr una plena adecuación típica es necesario establecer que el sujeto activo cualificado, es decir, el servidor público, haya

⁶² Cfr. C.E. 15234. 29 de agosto de 2007, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

⁶³ Cfr. CSJ SP15528-2016. Rad. 40383.

incumplido por lo menos uno de los requisitos esenciales o sustanciales en su trámite u omitido la verificación de la concurrencia de todos en las fases de celebración o de liquidación. La etapa de ejecución queda al margen de protección penal.

En relación con el cargo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales la Fiscalía acusó a IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA, ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ y CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, porque como Gobernadores del Departamento del Putumayo, intervinieron de alguna manera en el convenio interadministrativo 032 de 2001, referido a la remodelación y ampliación de la ESE Hospital Pío XII de Colón, incumpliendo los principios que rigen la contratación de la administración pública.

Frente al primero, del cual se ocupará la Sala en este aparte, la acusación se hizo consistir en: (i) no convocar a licitación pública y, en recurrir a la figura del convenio interadministrativo con aparente sustento en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, para contratar directamente con la Cooperativa COMENTE que no tenía la “capacidad instalada” para cumplir con el objeto del contrato y por ello, a su vez, subcontrató con terceros; (ii) transgredir el artículo 209 de la Constitución Política, en especial los principios de responsabilidad, planeación, transparencia y selección objetiva de la Ley 80 de 1993 por contratar una obra de construcción y no de remodelación y ampliación, como rezaba el objeto del convenio.

El Ministerio Público, acogiendo los cargos de la Fiscalía, planteó una ausencia de planeación que condujo al incumplimiento del objeto del contrato, porque desde el principio debió buscarse la construcción de un nuevo edificio, sin embargo, esto no se cumplió porque se contrató una remodelación. Esta modificación del objeto y la forma cómo se desarrolló el proceso licitatorio permite configurar la responsabilidad penal del procesado en su condición de ordenador del gasto y “director” de la fase precontractual.

Por su parte la defensa, respaldó la legalidad de la modalidad de contratación directa mediante la figura del convenio interadministrativo y descartó la violación del principio de planeación destacando que el convenio estuvo precedido de los estudios de rigor para su realización.

Reseña histórica del convenio interadministrativo 032 de 4 de diciembre de 2001

Tuvo su génesis en la expedición de la Resolución 1-056 de 29 de diciembre de 2000 del Departamento Nacional de Planeación – Comisión Nacional de Regalías por la cual se asignó y transfirió la suma de \$6.005.289.000, de la cual \$2.503.265.808 correspondían al proyecto: Ampliación, remodelación y dotación de la ESE Pío XII de Colón, Putumayo⁶⁴.

Previamente, con oficio de 22 de septiembre de 1999, el entonces Gobernador de Putumayo, Jorge Devia Murcia, elevó solicitud de recursos de inversión para la ampliación,

⁶⁴ Resolución citada a folio 46 c. o. 1 Corte Suprema de Justicia.

remodelación y dotación del hospital a la Comisión Nacional de Regalías y con tal propósito para dar cumplimiento a las Leyes 141 de 1994 y 134 de 1996, anexó los siguientes documentos: 1. Ficha EBI. 2. Concepto técnico del CORPES. 3. Concepto de viabilidad técnica, financiera y de costos expedido por el Ministerio de Salud. 4. Planos del proyecto. 5. Evaluación del proyecto con metodología del DPN. 6. Concepto ambiental de Corpoamazonia⁶⁵. Esta documentación forma parte del Proyecto de Remodelación, ampliación y dotación del ESE Hospital Pío XII de Colón, Putumayo⁶⁶.

Mediante Resolución 1-056 de 29 de diciembre de 2000, el Departamento Nacional de Planeación-Fondo Nacional de Regalías mediante acta núm. 36 de 21 de diciembre de 2000, aprobó la asignación de \$2.503.265.808 con destino al Proyecto FNR 12043 de remodelación, ampliación y dotación del Hospital Pío XII de Colón⁶⁷.

La Secretaría de Infraestructura Departamental de Putumayo a cargo del ingeniero Jesús Artemio Enríquez, abrió la Convocatoria Pública núm. DP001-2001⁶⁸ a partir del 22 de octubre de 2001 donde, entre otros, describió los términos de referencia, el plazo de ejecución y los requisitos de los proponentes, y redujo las entidades convocadas a *“aquéllas cooperativas, constituidas jurídicamente, consorcios o uniones temporales en capacidad de celebrar convenios, según las disposiciones vigentes y que se encuentren inscritas en el Registro Único Nacional de*

⁶⁵ DVD FNR. Proyecto FNR 12043, remitido por el Departamento Nacional de Planeación-Subdirección de Proyectos, a folio 3, Carpeta 1, parte 1.

⁶⁶ DVD FNR. *Ibidem*.

⁶⁷ DVD FNR. A folio 22 carpeta 1, parte 5 *ibidem*.

⁶⁸ Folio 1 y ss. c. anexo 3 Fiscalía. También a folios 16 y ss. c. anexo 10 Fiscalía.

Proponentes de la Cámara de Comercio...

Recibidas las ofertas, el 2 de noviembre de 2001 se realizó su apertura que consta en el "Acta de apertura de ofertas para la convocatoria a cooperativas". En esta diligencia intervinieron: el ingeniero Jesús Artemio Enríquez, secretario de infraestructura; la abogada Lorena Córdoba de la oficina jurídica y Sandro Vallejo de la secretaría financiera. A la convocatoria se presentaron las cooperativas CONALDE, CONADEC y COSURMETA⁶⁹.

El 9 de noviembre siguiente, el comité evaluador integrado por estos mismos tres funcionarios, luego del estudio de la documentación aportada por las tres cooperativas proponentes concluyó que, *"no fue posible seleccionar una oferta para los efectos de la convocatoria, debido al incumplimiento de requisitos"*.

Por resolución 01824 de 13 de noviembre de 2001, ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ en condición de secretario delegatario con funciones de Gobernador declaró desierta la convocatoria para el proyecto "REMODELACIÓN Y AMPLIACIÓN ESE HOSPITAL PÍO XII DE COLÓN, PUTUMAYO"⁷⁰

El 13 de noviembre de 2001, la jefa de la oficina jurídica del Departamento de Putumayo, Rosa Margarita Revelo Trejo, en relación con el procedimiento a seguir emitió concepto dirigido al secretario de infraestructura, Jesús Artemio Enríquez, en el que planteó la inviabilidad legal de contratar

⁶⁹ A folio 110 *ibidem*.

⁷⁰ Folio 139 *ibidem*.

directamente a pesar de la declaratoria de desierta de *“la convocatoria efectuada a cooperativas”* y la conveniencia de optar por abrir proceso de licitación pública *“e invitar ampliamente a toda persona natural o jurídica, consorcio o uniones temporales que tengan la capacidad de proponer”*, tomando en consideración la imposibilidad de aplicar el precepto contenido en el artículo 12 del Decreto 855 de 1994, ya que la administración no realizó un proceso licitatorio sino *“una convocatoria únicamente al nivel de cooperativas estatales para la realización de un convenio interadministrativo”*⁷¹.

En sentido contrario, el abogado externo Guillermo Antonio López Gilón en concepto de fecha 21 de noviembre de 2001, a instancias del secretario de infraestructura, expresó que ante la declaratoria de desierta de una licitación o de un concurso procede la contratación directa siempre que no se cambie el objeto del contrato ni los términos de referencia⁷².

Asimismo, el también abogado externo Edgar Ortega Delgado en concepto fechado el 22 de noviembre de 2001⁷³, a solicitud del mismo funcionario planteó que la administración con apoyo en artículo 7 del Decreto 855 de 1994 puede contratar directamente con un ente público cooperativo, siempre que en caso de que éste pretenda subcontratar se someta al régimen del estatuto contractual.

El 30 de noviembre de 2001 el ingeniero Jesús Artemio Enríquez Guerrón, Secretario de Infraestructura Departamental, sentó el *“Acta de evaluación de propuestas”*

⁷¹ Folio 140 *ibidem*.

⁷² Folio 142 y ss. *ibidem*.

⁷³ Folio 150 y ss. *ibidem*.

de la única oferta solicitada mediante invitación escrita para la remodelación y ampliación de la ESE Pío XII de Colón, por la cual declaró favorable la propuesta de la Cooperativa COMENTE para la celebración del convenio interadministrativo.

El jefe de la sección de presupuesto de la secretaría financiera departamental expidió el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal núm. 1417 por valor de \$2.416.905.040, para atender el gasto relacionado con la remodelación y ampliación del hospital a nombre de la Cooperativa de Municipios y Entidades Estatales COMENTE Ltda.⁷⁴

El 4 de diciembre de 2001, ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ en calidad de secretario delegatario con funciones de Gobernador a nombre del Departamento de Putumayo y, Orlando Obregón Sabogal en condición de gerente general y representante legal de la Cooperativa COMENTE, suscribieron el convenio interadministrativo 032⁷⁵.

Con Resolución 2210 de 31 de diciembre de 2001, el mismo secretario delegatario con funciones de Gobernador⁷⁶, modificó parcialmente el convenio referido en lugar y plazo, reduciendo éste a 12 meses contados a partir de la firma del acta de iniciación⁷⁷.

El 13 de enero de 2004, el Gobernador CARLOS

⁷⁴ Folio 153 *ibidem*.

⁷⁵ Folio 186 *ibidem*.

⁷⁶ Designado por Decreto 00381 de 28 de diciembre de 2001.

⁷⁷ Folio 160 *ibidem*.

ALBERTO PALACIOS PALACIO en representación del departamento y Orlando Obregón Sabogal a nombre de la Cooperativa COMENTE, suscribieron el contrato adicional núm. 01 al convenio interadministrativo 032, cuyo objeto fue la ampliación en 11 meses del plazo inicial, contado a partir del vencimiento de éste⁷⁸.

Entre las mismas partes y representantes, el 26 de octubre de 2004 se suscribió el contrato modificadorio 02 al convenio interadministrativo 032, con el objeto de modificar algunos de los ítems y pactar precios de los nuevos, de acuerdo con el acta modificatoria 02 suscrita entre la secretaría de infraestructura y la Cooperativa COMENTE⁷⁹.

El 28 de abril de 2005, el Gerente General y representante legal de la Cooperativa COOMENTE, solicitó al Gobernador PALACIOS PALACIO autorización para la cesión del convenio interadministrativo 032 de 2001 a la Administración Cooperativa de Municipios de Nariño Ltda. COOMNARIÑO, de conformidad con el inciso 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, y en consideración a *“factores ajenos a la voluntad de COMENTE que potencialmente podrían repercutir en la no culminación del convenio en óptimas condiciones”*⁸⁰.

A raíz de dicha solicitud el 1 de agosto de 2005 con autorización del Gobernador, la Cooperativa COMENTE LTDA., cedió el convenio interadministrativo 032 a la Cooperativa COOMNARIÑO en los mismos términos y con los mismos derechos, obligaciones y facultades en relación con

⁷⁸ Folio 214 *ibidem*.

⁷⁹ Folio 216 *ibidem*.

⁸⁰ Cfr. folio 218 *ibidem*.

todo lo que se encuentre pendiente por ejecutar⁸¹.

Por Resolución 00276 de 1 de abril de 2008, el Gobernador de Putumayo Felipe Alfonso Guzmán Mendoza, debido al incumplimiento de la cooperativa cesionaria y su renuencia a comparecer a la liquidación del convenio, resolvió su liquidación unilateral que arrojó un saldo a reintegrar por parte de la Cooperativa COOMNARIÑO de \$305.404.110,62.

Constatación de la concurrencia de los elementos del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en el caso de IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA

La calidad de sujeto activo calificado de GUERRERO GUEVARA, se acreditó con la constancia expedida por la Oficina de Gestión Humana de la Gobernación de Putumayo⁸² que certificó que éste sirvió como Gobernador desde el 2 de enero de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2003, es decir, que para la fecha de los hechos fungió como tal.

En relación con la modalidad de contratación se pudo acreditar por la investigación que en el caso del convenio interadministrativo 032, se optó por contratar directamente con la Cooperativa COMENTE LTDA., con fundamento normativo en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 “que equipara las cooperativas a entidades estatales” y el num. 1, literal c) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 en consonancia con el artículo 7 del Decreto 855 de 1994, de acuerdo con los cuales

⁸¹ Cfr. folios 250 y ss. *ibidem*.

⁸² Folio 101 c. o. 2 de la Fiscalía. También a folio 241 *ibidem*.

“las cooperativas como entidades estatales que son, tienen plena capacidad jurídica para celebrar convenios interadministrativos mediante el sistema de contratación directa”⁸³.

La Fiscalía sustenta la acusación en el incumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 24 y 25 de la Ley 80 de 1993, conforme a los cuales debió agotarse el proceso de selección por licitación pública y realizar estudios, diseños, análisis de costos que garantizaran una debida planeación para asegurar la correcta ejecución de los recursos.

En sentir de la Fiscalía, la gobernación escogió esta modalidad de contratación con el propósito de soslayar el proceso licitatorio, acción que, según explicó, condujo a la violación de los principios esenciales de la contratación pública de responsabilidad, planeación, transparencia y selección objetiva de la Ley 80 de 1993 y, a su vez, a la tipificación del delito del artículo 410 del Código Penal cuya comisión atribuye al señor GUERRERO GUEVARA.

No obstante, analizada la situación de cara a la normatividad vigente para la época y a los cargos imputados en la acusación, la Sala estima que pese a las vacilaciones que se advierten en la justificación esgrimida por la gobernación para escoger la modalidad de contratación directa con la Cooperativa COMENTE⁸⁴, no existe la irregularidad pregonada, por modo que en este puntual aspecto la acusación se torna frágil.

⁸³ Convenio interadministrativo 032 de 4 de diciembre de 2001 a folio 31 c. 1 Fiscalía.

⁸⁴ IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA en su indagatoria a folio 282 c. o. 2 Fiscalía afirmó que la declaratoria de desierta de la licitación permitió la contratación directa porque así lo autorizaba la ley.

En efecto, el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, en su párrafo, aplicable para esa época, señalaba:

“PARÁGRAFO 1º. Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades”

A su turno el artículo 7 del Decreto 855 de 1994, también aplicable para la época, disponía:

“Los contratos interadministrativos, es decir, aquellos que celebren entre sí las entidades a que se refiere el artículo 2o. de la Ley 80 de 1993, con excepción de los contratos de seguro, encargo fiduciario y fiducia pública, se celebrarán directamente. Cuando fuere del caso y de conformidad con lo dispuesto con las normas orgánicas de presupuesto serán objeto del correspondiente registro presupuestal. La publicación de tales contratos se llevará a cabo en el Diario Oficial, siempre que intervenga una entidad estatal de carácter nacional. En caso contrario, y cuando intervengan entidades departamentales se publicarán en la gaceta oficial, departamental, o en defecto de la misma en el medio previsto para el efecto. Si sólo participan entidades municipales se publicarán en la respectiva gaceta municipal, o a falta de ésta, en el medio de divulgación previsto para el efecto. En todo caso, cuando intervengan entidades del mismo orden y de diferente jurisdicción, la publicación se efectuará en el medio de divulgación que corresponda a los contratos de cada una de ellas” (Se subraya)

Es decir, según se desprende de las normas citadas, por tratarse la cooperativa seleccionada de un ente considerado estatal a la luz del párrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, la administración estaba autorizada para contratar directamente la ejecución del proyecto mediante la figura del convenio interadministrativo.

Incluso, según se advierte en el texto del convenio interadministrativo 032⁸⁵, este fue el fundamento de la

⁸⁵ Folios 31 y ss. c. o. núm. 1 de la Fiscalía, literal c) de las consideraciones previas.

modalidad de contratación escogida: “(...) en desarrollo del numeral 1, literal c, del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 7 del Decreto 855 de 1994, las cooperativas como entidades estatales que son, tienen plena capacidad jurídica para celebrar convenios interadministrativos, mediante el sistema de contratación directa”.

Distinto es que, en principio, se haya querido justificar la contratación directa a partir de la figura de declaratoria de desierta de la “licitación pública”, excepción a ésta consagrada para ese momento en el literal g) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, ya derogado. Esta cuestión aparece irrelevante en este caso porque finalmente la opción seleccionada de contratación directa mediante un convenio interadministrativo estaba legalmente autorizada, por tratarse la cooperativa contratista de una entidad de carácter estatal acorde con la equiparación hecha, solo para efectos de dicha ley por el parágrafo del artículo 2 *ibidem*.

La viabilidad legal de la contratación directa fue respaldada incluso por la abogada Rosa Margarita Revelo Trejo, a la sazón Jefa de la Oficina Jurídica, quien al ser interrogada en la audiencia pública por el alcance de su concepto acerca de que “lo más aconsejable” era adelantar un proceso de licitación pública, hizo expresa claridad que solo fue su opinión dada la envergadura del proyecto y su cuantía, por ello lo estimó así, pero que de todos modos tanto la Ley 80 de 1993 como el Decreto 855 de 1994, facultaban a la administración para celebrar directamente contratos interadministrativos con cooperativas estatales⁸⁶.

⁸⁶ Cfr. Testimonio de Rosa Margarita Revelo Trejo, DVD, sesión de audiencia pública de 7 de mayo de 2018, segunda parte a 33:47 en adelante. Reitera a 49:20.

Bajo las consideraciones antedichas, no tiene asidero el reproche formulado por la Fiscalía por contratarse directamente la ejecución del proyecto a través de la figura del convenio interadministrativo.

La Fiscalía insistió, sin demostrarlo, en que esta modalidad de contratación se hizo con “aparente” sustento en el párrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 con el propósito de eludir el proceso licitatorio y dejar en manos de terceros la obra convenida, y por esto la Cooperativa COMENTE tuvo que subcontratar la obra.

En este caso, dicha modalidad de contratación estaba autorizada por la ley, pues de conformidad con el párrafo del numeral 3 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, para efectos de esa misma ley las cooperativas como COMENTE tienen carácter de entidades estatales y se someten a las disposiciones del Estatuto de Contratación *“especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades”*. De este modo se reconoce por el mismo estatuto contractual la posibilidad de que entidades estatales celebren convenios interadministrativos, hecho que a su vez constituye una excepción a la licitación pública tal como se desprende del literal c) del numeral 1 del artículo 24 *ibidem*, en consonancia con el artículo 7 del Decreto 855 de 1994, vigentes para la época de los hechos

Refiriéndose a los contratos o convenios interadministrativos, la Corte Constitucional⁸⁷ explicó que lo que los hace interadministrativos no es el procedimiento de

⁸⁷ Cfr. Corte Constitucional sentencia C-671 de 2015.

selección aplicable sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública.

La figura del convenio interadministrativo fue consagrado en los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998 *“por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*, como un negocio jurídico de carácter bilateral por cuya virtud la administración se asocia con otra entidad pública en el marco de la función administrativa de que trata el artículo 209 de la Constitución, para que mediante instrumentos de cooperación se cumpla el interés general⁸⁸.

“Artículo 95.- Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de sus entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal.”

(...)

“Artículo 96.- Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación

⁸⁸ Cfr. Corte Constitucional *ibidem*.

de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.”

Para el tribunal constitucional estas disposiciones comportan una autorización general para que las entidades públicas se asocien entre sí, a través de dos modalidades diversas, a saber: (i) la celebración de convenios administrativos de cooperación, o (ii) la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

En Sentencia C-671 de 1999 la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, sostuvo que esta norma “*en su primer inciso, autoriza a las entidades públicas su asociación entre sí con el propósito de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se encuentren a su cargo, encuentra la Corte que la disposición acusada tiene como soporte constitucional el precepto contenido en el artículo 209, inciso segundo de la Carta, que impone como un deber la coordinación de las actuaciones de las autoridades administrativas para el cumplimiento de los fines del Estado.*”

Y allí mismo puntualizó:

“La autorización que en su inciso primero se otorga a entidades estatales para que con observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución pueden celebrar convenios de asociación con personas jurídicas de derecho privado o participen en la creación de personas jurídicas de este carácter para desarrollar actividades propias de ‘los cometidos y funciones’ que la ley asigna a las entidades estatales, no vulnera en nada la Carta Política, por cuanto se trata simplemente de un instrumento que el legislador autoriza utilizar para el beneficio colectivo, es decir, en interés general y, en todo caso, con acatamiento a los principios que rigen la actividad administrativa del Estado (...)”

De ahí que no sea acertada la acusación basada en un

supuesto incumplimiento del requisito de la licitación pública, cuando la celebración de convenios interadministrativos por la naturaleza estatal de las entidades vinculadas, se halla excluida de este requisito.

En relación con la naturaleza jurídica y el alcance de los convenios interadministrativos, el Consejo de Estado ha señalado:

“A partir de lo anterior y de acuerdo con la calidad de las partes – dos entidades públicas–, es evidente que se trata de un convenio interadministrativo de aquellos a los que se refiere el artículo 95 de la ley 489 de 1998 y cuyas principales características han sido definidas por esta Corporación en los siguientes términos:

*“(i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) **la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales** y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) **dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles;** (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales”.⁸⁹ (Negrillas del original)*

Si como expresa el Consejo de Estado, los convenios interadministrativos están sujetos a la normatividad del Estatuto General de Contratación, es incontestable que al

⁸⁹ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección A. Rad. 85001-23-31-000-2006-00197-01 (35735) de 24 de mayo de 2018.

convenio de marras le era aplicable, como se hizo, la excepción a la licitación o concurso públicos consagrada en el literal c) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, vigente para época.

En ello coincide la Sala de Casación Penal de la Corte⁹⁰ para quien el convenio interadministrativo consiste en “*un negocio jurídico bilateral, celebrado entre dos entidades públicas que dentro de unas típicas relaciones de colaboración pretenden alcanzar un interés general, a diferencia de lo que ocurre en el contrato interadministrativo donde cada una de las partes tiene diversidad de intereses y el contratista se encuentra en el mercado, de la misma manera que lo hacen los particulares*”⁹¹.

De manera que la característica de *interadministrativo* de un **convenio o un contrato**, surge de la calidad de las partes, es decir, ambas deben ser de naturaleza pública, siendo ese el fundamento por el cual el ordenamiento jurídico colombiano les otorga un tratamiento distinto que **excluye** frente a las aludidas relaciones jurídico negociales la necesidad de acudir al trámite de la licitación pública, y permite la contratación directa para la materialización de esas especies, tal y como lo consagra el artículo 24, numeral 1º, literal c) de la Ley 80 de 1993⁹².

El hecho de la subcontratación al que hizo alusión la Fiscalía es un asunto que dada su connotación especial en este caso por sí mismo no permite arribar a la conclusión propuesta por la Fiscalía, pues lo cierto es que de acuerdo con el comité evaluador en cuanto a precio, experiencia,

⁹⁰ Cfr. CSJ. SP8786-2015. Rad. 38464 de 8 de julio de 2015.

⁹¹ Cfr. Sentencia de única instancia SP. 6 may. 2009, rad. 25495.

⁹² Cfr. CSJ. SP8786-2015 *ibidem*.

capacidad financiera y cumplimiento, la Cooperativa COMENTE obtuvo los máximos puntajes⁹³, por lo que no puede asumirse como lo sostiene la Fiscalía que la contratista no tenía la idoneidad para cumplir con el objeto del convenio o que no contaba con la capacidad instalada para hacerlo, al punto de verse compelida a subcontratar.

Se trata de una circunstancia propia de la fase de la ejecución, en la que los hechos acaecidos durante su cumplimiento escapan al control penal, como pacíficamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal:

“Es decir, en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la inobservancia de formalidades inherentes a la ejecución del contrato no comporta reproche penal. Esta tesis fue acogida por la jurisprudencia de la Sala (CSJ SP 20 mayo 2003, rad. 14.669) y, desde entonces, ha venido siendo reiterada.⁹⁴ Por expresa disposición legal, la mencionada conducta punible se limita a las etapas de tramitación, celebración o liquidación, sin que pueda entenderse que todo lo que tenga que ver con la contratación administrativa pertenece al trámite del contrato”

La tramitación, en sentido estricto, corresponde a la fase precontractual, comprensiva de los pasos que la administración debe seguir desde el inicio del proceso hasta la celebración del contrato. Celebrarlo significa formalizar el convenio para darle nacimiento a la vida jurídica, a través de las ritualidades legales esenciales. Mientras la liquidación es una actuación administrativa posterior a la terminación de contrato, por cuyo medio las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto derivado de su ejecución⁹⁵.

⁹³ Cfr. Acta de Evaluación de Propuestas. C. anexo 10 Fiscalía a folio 149.

⁹⁴ Cfr. entre otras, CSJ SP 09 feb. 2005, rad. 21.547; SP 16 feb. 2005, rad. 15.212; SP 08 nov. 2007, rad. 26.450; SP 13 may. 2009, rad. 30.512; SP 16 nov. 2009, rad. 25.650; AP 10 may. 2011, rad. 34.282 y SP 11 jul. 2012, rad. 37.691.

⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 3ª, Sub. B, sent. 29.02.2012, exp. 19.371.

Esa comprensión del limitado ámbito de aplicación de la conducta punible descrita en el art. 410 del CP, según las aludidas fases de la contratación, descartando su ampliación a otras etapas contractuales, es corolario de la vigencia del principio de legalidad, en su componente de estricta tipicidad (art. 10 inc. 1º ídem). Al respecto, la Sala (CSJ SP 11 jul. 2012, rad. 37.691) puso de presente:

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

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

De suerte que, se reitera, la inobservancia de los requisitos legales concernientes a la ejecución del contrato estatal (art. 41 inc. 2º de la Ley 80 de 1993) no realiza el tipo objetivo del art. 410 del CP. Tales requerimientos no pueden confundirse con las formalidades pertenecientes a la tramitación ni a la celebración stricto sensu”⁹⁶

Así, las irregularidades que pudieron presentarse en la etapa de la ejecución del convenio, como por ejemplo esta de la subcontratación por parte de la cooperativa que atribuye el ente instructor, no configura el tipo del artículo 410 del Código Penal.

De comprobarse irregularidades en dicha fase, eventualmente ello conllevaría a la comisión de un punible diferente, pero ya atribuible a los particulares que intervienen

⁹⁶ CSJ. SP. Rad. 46037 de 23 de noviembre de 2016.

en el proceso contractual estatal respectivo, pues de acuerdo con los artículos 52 y 56 de la Ley 80 de 1993 vigentes para la época, los contratistas responden ante la ley por sus acciones u omisiones y están sujetos a la misma responsabilidad de los servidores públicos, incluidos los servidores públicos y particulares que ejerzan funciones de interventoría o supervisión de los contratos, por tanto, encargados del control y vigilancia del contrato.

Respecto de las figuras de los “asistentes” y de las “órdenes de asistencia” mediante los cuales la contratista ejecutó la obra y que la Fiscalía percibió como una verdadera subcontratación, si bien no son del todo claras y generan ciertas suspicacias, la Fiscalía además de su afirmación no pudo explicar y menos demostrar, la ilegalidad de esa modalidad de ejecución del contrato⁹⁷.

Este aspecto no fue lo suficientemente sustentado por la Fiscalía, como para asegurar que se trata de una subcontratación, y que la cooperativa solamente cumplió un papel de intermediación para evitar el proceso licitatorio pues, como se sabe, las distintas interventorías de la obra, ni el supervisor del convenio, Alexander Natibel Mena, lo cuestionaron.

Otra presunta irregularidad que la Fiscalía menciona como violatoria del principio de planeación por una presunta omisión de estudios previos, consistió en considerar, a partir

⁹⁷ Cfr. Convenio Interadministrativo 032 de 4 de diciembre de 2002: “*Que la COOPERATIVA, no actúa como intermediaria ni celebra contratos o subcontratos a nombre de las entidades estatales con las que pacta convenios interadministrativos (...)*”, folio 31 c. o. 1 Fiscalía.

del informe de policía judicial 9-29008 de 29 de agosto de 2014⁹⁸, que “*lo contratado no fue una remodelación y ampliación del hospital, sino una nueva construcción aledaña o cercana a las instalaciones del antiguo sanatorio*”, razonamiento que es ostensiblemente contrario a la prueba documental que obra en el proceso y por lo mismo ineficaz para sustentar el juicio de tipicidad formulado por la Fiscalía.

Sin embargo, curiosamente es la misma Fiscalía quien durante su intervención en la audiencia pública⁹⁹ reconoció que uno de los objetivos del proyecto consistía en la construcción de un bloque de dos pisos con un área de 1.282,82 metros cuadrados en un lote de propiedad del Hospital Pío XII donde funcionaría la nueva sede de hospitalización, afirmación que basó en el contenido de la ficha de estadística básica de inversión del proyecto¹⁰⁰, que definió como objetivo la ampliación de la infraestructura física y dotación del hospital en tres frentes: construcción, remodelación y dotación. El primer frente consistía en la construcción de la nueva sede de hospitalización, mejorando los servicios de nivel I y creando espacios para la implementación progresiva de servicios de nivel II, lo que significa, contrario a lo afirmado en el informe de policía judicial, que no se trató de una obra nueva sino del mismo proyecto de remodelación y ampliación que contempló en sus planos y diseños la construcción de un bloque de dos pisos donde funcionaría la sede de hospitalización.

⁹⁸ Cfr. a folio 27 c. o. 3 de la Fiscalía.

⁹⁹ Cfr. a folio 98 vto., c. Corte 4

¹⁰⁰ Ficha EBI.

Ciertamente, en los estudios previos efectuados en el acápite “DESCRIPCIÓN DE LA ALTERNATIVA - ASPECTOS GENERALES” como características principales del proyecto de ampliación, remodelación y dotación de la ESE Hospital Pío XII de Colón, se describen, entre otras: **“La construcción de un bloque de dos pisos con un área de 1.282,82 metros cuadrados, en lote de propiedad del Hospital Pío XII, donde se incluye (...) Remodelación del antiguo bloque de hospitalización (989.25 metros cuadrados para la reubicación de (...) Remodelación de las antiguas instalaciones de consulta externa (...) Dotación de los elementos y equipos faltantes (...)”**¹⁰¹ (Énfasis agregado)

Es decir, se reitera, contrario a lo sostenido tanto en el informe citado como en la acusación –incluso en la resolución de la situación jurídica¹⁰²–, el proyecto previó desde el principio la construcción de un bloque nuevo de dos pisos, donde funcionaría la nueva sede de hospitalización, construcción que sin duda cabe dentro del concepto de ampliación, pues se hizo en un lote aledaño de propiedad del hospital y conectaba con éste, tal como también se desprende de los planos de la obra elaborados por el arquitecto Carlos Eduardo Guerrero a solicitud del Gobernador de Putumayo de entonces, Jorge Devia Murcia, con el visto bueno del arquitecto Amedeo Vita T. del Grupo de Infraestructura Física del Ministerio de Salud¹⁰³.

En esas condiciones, es desacertado afirmar, como lo hace la Fiscalía, haciendo eco igualmente del informe de

¹⁰¹ DVD FNR 12043, “Proyecto ampliación, remodelación y dotación de la ESE Hospital Pío XII de Colón” presentado por el Departamento de Putumayo al Fondo Nacional de Regalías, Carpeta 1, Parte 2 a folio 13. También a folio 258 vto., c. o. 1 Corte.

¹⁰² Cfr. Resolución de 19 de septiembre de 2014 a folio 42 y ss. del c. o. 3 de la Fiscalía.

¹⁰³ Copia heliográfica a folio 60 “Carpeta original – documentos aportados por el testigo Gerardo Rómulo Ruiz Ramos – 59 folios y 3 mapas”

policía judicial antedicho y del 759276 de 21 de marzo de 2013¹⁰⁴, que el objeto convenido fue distinto del ejecutado: “*teniendo en cuenta que al realizar la inspección se encontró la construcción de una obra nueva sin terminar*” e inferir de allí, una trasgresión del artículo 209 de la Carta y de los principios consagrados en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública; y, por ende, una demostración del querer y de la voluntad de quebrantar la normatividad aplicable.

Además, sobre este particular, el testigo Jairo Alberto Bravo Rojas, secretario de infraestructura departamental entre el 29 de enero de 2003 y el 31 de diciembre del mismo año, quien sucedió a Enríquez Guerrón, reafirmó lo dicho por éste en cuanto a que lo ejecutado, incluida la estructura de dos pisos, corresponde al objeto del contrato y en especial de la ampliación que previó la construcción de un bloque nuevo adosado a la estructura antigua¹⁰⁵.

En este mismo sentido el ingeniero asistente de COMENTE, Hernando Francisco Chamorro Pasinga, ante una pregunta de la Fiscalía confirmó que se trató de una remodelación y no de la construcción de una nueva obra como se sugirió en el informe 759276 del CTI¹⁰⁶.

La interventora, ingeniera Gabriela Moreno Massey, subrayó que la construcción del nuevo módulo adicional corresponde al concepto de ampliación de la obra¹⁰⁷.

¹⁰⁴ C. o. 2 Fiscalía a folios 122 y ss.

¹⁰⁵ Cfr. DVD, c. o. núm. 4 Corte a folio 9 a 1:11:55.

¹⁰⁶ Cfr. DVD sesión de audiencia pública de 22 de agosto de 2017 a 2:03:45.

¹⁰⁷ Cfr. DVD sesión de audiencia pública de 7 de mayo de 2017 parte 1 a 1:13:20.

En el mismo sentido el también interventor, arquitecto Gerardo Rómulo Ruiz Ramos, quien aportó copia de los planos del proyecto, aclaró que no se trató de una obra nueva¹⁰⁸.

Incluso el mismo Enríquez Guerrón, insistió en que la obra integraba la construcción de un bloque nuevo en un lote aledaño al hospital y así se contempló en los planos del proyecto¹⁰⁹.

Se equivocó entonces la Fiscalía en inferir la inobservancia de los requisitos esenciales sobre la base de una supuesta modificación del objeto contractual o la indeterminación de éste.

Sobre el cumplimiento de los requisitos esenciales de la contratación en el trámite del convenio habla también el acto administrativo que delegó la fase precontractual en las respectivas secretarías, definió sus atribuciones, y en cumplimiento de éstas allegaban a la oficina jurídica los documentos soporte para la elaboración de la minuta y para tal fin debían tomar en cuenta el monto para la contratación directa, además, se consignó expresamente allí que el proceso de selección era de responsabilidad de los correspondientes secretarios quienes en ejercicio de la función delegada debían ceñirse a los principios de transparencia, economía, selección objetiva e interés general de la contratación estatal, en fin, todos los lineamientos constitucionales y legales y las pautas para la selección objetiva e imparcial del contratista, determinando las

¹⁰⁸ Cfr. DVD sesión de audiencia de 29 de agosto de 2017 a 44:12 y reitera a 1:23:50.

¹⁰⁹ Cfr. DVD sesión de audiencia pública de 28 de agosto de 2017 a 46:15.

etapas del trámite, el plazo de recibo de las cotizaciones, los parámetros de evaluación, la acreditación de la documentación requerida y la evaluación de las ofertas.

Estas fases fueron observadas por la Secretaría de Infraestructura, según se desprende de los soportes del convenio en donde se advierte lo siguiente:

Mediante oficio de 22 de septiembre de 1999, el entonces Gobernador de Putumayo, Jorge Devia Murcia, elevó ante la Comisión Nacional de Regalías solicitud de recursos de inversión para la ampliación, remodelación y dotación del Hospital Pío XII de Colón y con tal propósito para dar cumplimiento a las Leyes 141 de 1994 y 134 de 1996, anexó los siguientes documentos que forman parte del proyecto de remodelación, ampliación y dotación del ESE Hospital Pío XII de Colón, Putumayo:

1. Ficha EBI, diligenciada por Jesús Alberto López, Director del Hospital ESE Pío XII de Colón que contempló: identificación; clasificación; necesidad; objetivo general; descripción de la alternativa seleccionada; productos y componentes; ubicación geográfica; área beneficiada; información ambiental; financiación de la inversión, recursos de inversión; estudios de respaldo; 2. Concepto técnico del CORPES. 3. Concepto de viabilidad técnica, financiera y de costos expedido por el Ministerio de Salud. 4. Planos del proyecto. 5. Evaluación del proyecto con metodología del Departamento de Planeación Nacional. 6. y concepto ambiental de Corpoamazonia¹¹⁰.

¹¹⁰ Cfr. DVD FNR 12043, *ibidem*. También a partir del folio 258 c. o. 1 Corte.

Previa certificación del cumplimiento de requisitos de elegibilidad y viabilidad del proyecto de remodelación, ampliación y dotación del Hospital ESE Pío XII de Colón, proferida por el Director General de Planeación del Ministerio de Educación Nacional¹¹¹, el Director Nacional de Planeación por Resolución 1-056 de 29 diciembre de 2000 con aprobación de la Comisión Nacional de Regalías¹¹², resolvió asignar y transferir al Departamento de Putumayo la suma de \$2.744.809.000 destinados para el proyecto del Hospital, por cumplir con los requisitos del Decreto 2141 de 1999 en consonancia con el artículo 3 de la Ley 141 de 1994¹¹³.

¹¹¹ A folios 17 y 18 de la Parte 1 de la Carpeta 1 del DVD del FNR.

¹¹² Acta 36 de 21 de diciembre de 2000, citada en la Resolución 1-056 a folio 22 de la parte 5 de la carpeta 1 del DVD del FNR.

¹¹³ Cfr. **Art. 3 Ley 141 de 1994. ELEGIBILIDAD DE LOS PROYECTOS.** <Inciso modificado por el artículo 6o. de la Ley 344 de 1996. El nuevo texto es el siguiente:> Para que un proyecto regional de inversión sea elegible deberá ser presentado por las entidades territoriales, o resguardos indígenas, de manera individual, conjunta o asociadamente o a través de los Consejos Regionales de Planificación Económica y Social, Corpes o las entidades que hagan sus veces, para el concepto del ministerio correspondiente, que deberá ser emitido dentro del mes siguiente, y su presentación a la Comisión Nacional de Regalías*, según la reglamentación que expida el Gobierno. Estos proyectos deberán estar definidos como prioritarios en el correspondiente Plan de Desarrollo Territorial y venir acompañados de los Estudios de Factibilidad o Preinversión, según el caso que incluya el Impacto social, Económico y Ambiental. **PARÁGRAFO 1o.** Una vez se encuentre aprobada la asignación para los proyectos sometidos a consideración de la Comisión, estos se inscribirán en el Banco de Proyectos de Inversión a que se refiere la Ley 38 de 1989. **PARÁGRAFO 2o.** <Parágrafo modificado por el artículo 25 de la Ley 756 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> Para efectos de la presente ley, se entiende como proyecto regional aquellos que, al ejecutarse, benefician a agrupaciones de municipios de diferentes departamentos o del mismo departamento. Para el caso de las inversiones viales, se exceptúan el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, quién podrá definir el tipo de vía a la que aplicará su inversión. **PARÁGRAFO 3o.** En casos excepcionales, proyectos considerados por el Gobierno como de interés nacional que cuenten con la debida solicitud de los entes territoriales y que hayan sido aprobados por la Comisión Nacional de Regalías* podrán recibir apoyo del presupuesto nacional. **PARÁGRAFO 4o.** <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible. Parágrafo modificado por el artículo 25 de la Ley 756 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> La Comisión Nacional de Regalías, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 10 numeral 2 de la Ley 141 de 1994, con el objeto de controlar y vigilar la correcta utilización de las regalías y compensaciones en los términos de los artículos 14 y 15 de la mencionada ley, podrá disponer la contratación de interventorías financieras y administrativas con entidades públicas o con firmas o entidades privadas, para vigilar la utilización de las participaciones de regalías y compensaciones con cargo a las respectivas entidades territoriales. El valor de estos contratos no podrá superar el uno por ciento (1%) de estos recursos. **PARÁGRAFO 5o.** Los excedentes anuales que llegaren a resultar por recursos del Fondo Nacional de Regalías no comprometidos serán utilizados por la Comisión Nacional de Regalías* para financiar los proyectos regionales de inversión. **PARÁGRAFO.** <Parágrafo adicionado por el artículo 4o. de la Ley 344 de 1996. El texto es el siguiente:> Tratándose de la red vial secundaria se consideran de impacto regional

Vistas así las cosas, las razones esgrimidas por la Fiscalía para cuestionar la forma en que se llevó a cabo la etapa precontractual resultan inconsistentes. En ese orden, no es posible sostener la violación de los principios de la contratación estatal en el caso del proyecto bajo estudio que, como pudo verse, incluso contó tanto con la aprobación previa de la Subdirección de Infraestructura en Salud del Ministerio de Salud¹¹⁴ como del Fondo Nacional de Regalías. Su trámite fue responsabilidad de la secretaria de infraestructura, tal como se infiere de la prueba testimonial y en especial del acto de la delegación. Estos hechos fueron reconocidos entre otros testigos por el propio secretario de infraestructura, Enríquez Guerrón en la declaración referida y por la jefa de la oficina jurídica Margarita Revelo Trejo.

Respalda estas afirmaciones la respuesta ofrecida por el Departamento Nacional de Planeación a la Corte, en punto del trámite impartido al proyecto del hospital para los fines de la obtención de la asignación y transferencia de los recursos, que dice:

“En relación con la petición, revisado el archivo recibido por el Departamento Nacional de Planeación de la UAE – Comisión Nacional de Regalías, al momento de su liquidación en el año 2004 y según lo evidenciado en los aplicativos GESPROY-FNR e infoproject, previa viabilidad técnica, económica, financiera, institucional y legal expedida por el Ministerio de Desarrollo Económico (sic), la Comisión Nacional de Regalías, cuerpo colegiado, con la Resolución 1-056 del 5 de diciembre de 2000 aprobó en su oportunidad la asignación de recursos del Fondo Nacional de Regalías al proyecto FNR 12043 ‘AMPLIACIÓN REMODELACIÓN Y DOTACIÓN DE LA ESE PÍO XII DE COLÓN’ para la

las carreteras secundarias que conectan la Red Troncal y de la Red Terciaria las que conectan municipios de más de un departamento”.

¹¹⁴ Folio 247 c. o. 1 Corte.

vigencia 2000 por valor aprobado a girar de \$2.503.265.808, y designó como ejecutor al Departamento de Putumayo¹¹⁵ (Énfasis de la Sala)

Por todo esto no tienen cabida afirmaciones de la Fiscalía que pretenden, sin éxito, fundar la materialidad de la conducta en hechos como la subcontratación, o como que la cooperativa no tenía la capacidad instalada para cumplir el objeto del contrato, o en la falta de idoneidad de la contratista o en el incumplimiento del objeto de contrato, o en el pacto sobre nuevos ítems y precios, o la indeterminación del objeto mismo del convenio, pues la conducta típica del delito en mención, como lo ha clarificado la Corte no recae en cualquier irregularidad en el proceso contractual¹¹⁶, sino en aquellas que son de la esencial de los contratos estatales.

De un lado, las hipótesis que estructuran la materialidad de la conducta prevista en el artículo 410 se reducen a las fases de tramitación, celebración y liquidación del contrato, por lo que escapan a la tutela penal las irregularidades acaecidas en la fase de ejecución; de otro, no todo defecto conduce a realizar la descripción típica pues la inobservancia de requisitos legales ha de serlo en relación con aquellos que se estiman esenciales¹¹⁷.

Asimismo, por virtud del principio de legalidad la atribución de responsabilidad no puede efectuarse a través de una genérica y abierta enunciación de principios de la contratación infringidos, sino que con referencia a éstos debe individualizarse el concreto precepto normativo y el principio

¹¹⁵ DNP respuesta a solicitud de información, proyecto de inversión FNR12043 a folio 236 c. o. 1 Corte.

¹¹⁶ Cfr. CSJ. SP1038-2020, rad. 52768 de 3 de junio de 2020.

¹¹⁷ Cfr. CSJ SP513-2018, rad. 50530 y SP17159-2016, rad. 46037).

quebrantado al tramitar, celebrar o liquidar el contrato, sin que sea plausible aplicar una ponderación *ex post* y amplificadas de tales principios, a fin de crear presupuestos no exigibles al funcionario a la hora de contratar¹¹⁸.

Desde esa perspectiva, son absolutamente atípicas de cara a los ingredientes normativos del art. 410 del C.P. las proposiciones fácticas indicadas, pues tales aspectos no se consideran requisitos de la esencia del contrato estatal.

De otra parte, la prueba vertida al expediente no se orientó a establecer si GUERRERO GUEVARA cumplió o no con el deber de dirección y control sobre los funcionarios delegatarios. En ese sentido no obra testimonio memorando, oficio o comunicación que así lo confirme o lo infirme.

Ninguno de los funcionarios que tuvo a su cargo el trámite precontractual o que conoció de él mencionó alguna directriz transmitida por el acusado sobre la manera cómo se debía impulsar esa etapa. Se limitaron a describir las actividades que realizaron. Tampoco fueron interrogados por la Fiscalía sobre esa materia, ni en relación con los controles que debía ejercer.

No existe prueba que señale a GUERRERO GUEVARA como controlador del proceso contractual y conocedor de las supuestas irregularidades. Tampoco se puede asegurar que intervino en el trámite o que sabía de él, como para asumir que amañó el proceso contractual con fines personales o

¹¹⁸ Cfr. CSJ. SP1038-2020, *ibidem*. En ese mismo sentido: CSJ. SP3963-2017, rad. 40216.

particulares en detrimento del interés general que debe regir la contratación pública, máxime como en este caso se demostró que ninguna irregularidad relevante para el derecho penal se cometió en el trámite precontractual.

Ninguno de los testimonios evidencia o sugiere que se le comunicó de anomalías en el trámite, para que procediera a revocar las decisiones adoptadas por la secretaria de infraestructura, o que se le haya informado a través de los servidores líderes de la fase precontractual.

Lo único relevante en este caso es el conocimiento que tuvo el Gobernador GUERRERO GUEVERA del concepto jurídico emitido por Rosa Margarita Revelo Trejo¹¹⁹, jefa de la oficina jurídica del departamento, en el sentido de que en su opinión la modalidad de contratación “más aconsejable” era la licitación pública, sin embargo, finalmente al ser interrogada sobre ello en la audiencia pública terminó por reconocer que de cualquier manera la ley autorizaba la contratación directa mediante la figura del convenio interadministrativo, tal como se hizo¹²⁰.

Pese a que se ignora si cumplió o no con las funciones derivadas de la delegación, lo cierto es que la prueba documental y testimonial practicada en el juicio, no transmite a la Sala el convencimiento relativo a que GUERRERO GUEVARA haya amañado la etapa precontractual a fin de beneficiar a la cooperativa contratista invitada. Tampoco ninguno de los testigos escuchados que intervinieron en dicha

¹¹⁹ C. Anexo 10 Fiscalía a folio 140. También a folio 69 c. o. 1 Corte.

¹²⁰ Cfr. Testimonio de Rosa Margarita Revelo Trejo, *ibidem*.

etapa ha sugerido siquiera que el ex-Gobernador los presionó o tuvo injerencia en el trámite, porque, incluso, la evaluación de su oferta fue efectuada por el mismo secretario de infraestructura con concepto favorable de Lorena Córdoba de la oficina jurídica y de la secretaría financiera¹²¹, sin la intervención del acusado, según también lo explicó Enríquez Guerrón.¹²²

Del mismo modo, ninguno de estos funcionarios acabados de citar dio cuenta en su testimonio de la intervención del acusado o de alguna forma de injerencia del mismo en el trámite de la fase precontractual del convenio para favorecer a la cooperativa en los resultados de la evaluación que, no obstante ser el único invitado, obtuvo los máximos puntajes en todos los aspectos otorgados por el comité evaluador¹²³ del que no formaba parte este ex-Gobernador.

En relación con los nexos entre el ex-Gobernador GUERRERO GUEVARA y los directivos de la cooperativa los testimonios nada dicen sobre ello, ni siquiera se indagó sobre su relación con Sabogal Obregón gerente de COMENTE, ni entre éste y los funcionarios que participaron en el proceso contractual del convenio.

Como en este caso no se configuran los elementos del tipo objetivo y tampoco se comprobó que GUERRERO GUEVARA hubiera tenido participación irregular en la fase precontractual del convenio o que la designación de DÍAZ

¹²¹ Cfr. C. Anexo 10 a folios 147, 148 y 149.

¹²² Cfr. Sesión de audiencia de juicio de 28 de agosto de 2017 a 13:43 en adelante.

¹²³ Acta de Evaluación de Propuestas, c. o. 1 Corte a folio 56.

SÁNCHEZ como Gobernador encargado la hubiera hecho con la finalidad de esquivar su responsabilidad, o que, dio la orden o al menos una insinuación a su secretario delegatorio de suscribirlo, no se le puede deducir reproche penal por el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales.

En ese orden de ideas, si como lo sostuvo la Fiscalía en su intervención en la vista pública la acusación por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales tiene sustento en la inobservancia de los requisitos previstos en los artículos 24 y 25 de la Ley 80 de 1993 por omitir el proceso de licitación pública y la elaboración de estudios, diseños y análisis de costos para asegurar la correcta ejecución de los recursos, la conducta imputada deviene atípica puesto que como viene de verse la modalidad directa de contratación estaba autorizada por la ley y el proyecto contó con todos los estudios previos exigidos los cuales fueron incluso avalados por la Comisión Nacional de Regalías y el Departamento Nacional de Planeación, quienes por la misma razón autorizaron el giro de los recursos de regalías empleados para adelantar la obra.

En consecuencia, la Sala proferirá sentencia absolutoria en su favor por este cargo.

Constatación de la concurrencia de los elementos del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales respecto de ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ

La calidad de sujeto activo calificado de DÍAZ SÁNCHEZ, se certificó con la copia del decreto 00324 de 27 de noviembre de 2001, mediante el cual el Gobernador titular del Departamento de Putumayo, IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA lo encargó como Secretario Delegatario con funciones de Gobernador a partir del 28 de noviembre de 2001 *“y mientras dura la ausencia del titular quien se desplaza en comisión oficial fuera del territorio regional”*.

En dicha condición, ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ suscribió en el convenio interadministrativo 032 de 4 de diciembre de 2001 según consta en el texto del documento¹²⁴, hecho reconocido expresamente por él en diligencia de versión libre¹²⁵ y demás salidas procesales¹²⁶.

Aunque no lo expresa con claridad, la Fiscalía sugiere que este procesado suscribió el convenio interadministrativo 032 sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales y, al parecer, de ello infirió la tipicidad de su actuar.

La Procuraduría por su parte, del mismo modo que la Fiscalía, le atribuyó la comisión del ilícito por el hecho de la suscripción del convenio sobre la base de que se incumplieron los principios de planeación y selección objetiva por ejecutarse una obra distinta de la convenida y por *“forma cómo se desarrolló el proceso licitatorio”*, en particular por haberse

¹²⁴ C. 2 Fiscalía a folio 32 y ss.

¹²⁵ C. 1 Fiscalía a folios 273 y ss.

¹²⁶ También diligencia de indagatoria a folio 293 c. o. 2 Fiscalía, además de lo dicho en el interrogatorio en la audiencia pública.

contratado directamente luego de la declaratoria de desierta de la primera licitación.

En sus descargos la defensa, en esencia consideró que este ex-Gobernador suscribió el convenio amparado en el marco normativo de la Ley 80 de 1993 y del artículo 7 del Decreto 855 de 1994 y en los dos conceptos de los abogados externos que autorizaban la modalidad de contratación escogida, por tanto, estima inaceptable sostener que esto se hizo por fuera del marco de las normas aplicables.

En su defensa el procesado adujo que revisó la minuta y los documentos pertinentes y no encontró contradicción con la ley, pero, de todas maneras, siempre confió en lo hecho por la secretaría de infraestructura. Aunque le llamó la atención la cuantía, suscribió el convenio confiado en los dos conceptos jurídicos externos que coincidían en la viabilidad de la contratación directa. Conoció el concepto de la jefa de jurídica, sin embargo, a pesar de que lo aconsejable era la licitación pública, no asumió que la contratación directa contravenía la ley. No tenía el conocimiento ni la competencia para controvertir los dos conceptos. Se basó en la evaluación favorable a COMENTE del comité calificador.

Estima la Sala en cuanto a los descargos presentados por este acusado, que le asiste razón en que la contratación no contravino los principios esenciales que la regulan de cara al artículo 410 del Código Penal, pues como se vio atrás, por tratarse de un convenio celebrado entre dos entidades a las que la Ley 80 le otorga el carácter de estatales, la Constitución y la ley las autorizaba para asociarse mediante

un convenio interadministrativo a efectos de adelantar el proyecto de ampliación y remodelación del hospital, tal como se hizo.

En el trámite del mismo, como se demostró antes, no se advirtió el incumplimiento de los principios esenciales de la contratación estatal, luego mal podría afirmarse como lo hace la Fiscalía, apoyada por el Ministerio Público, que DÍAZ SÁNCHEZ suscribió el convenio en calidad de Gobernador encargado sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, cuando los mismo se cumplieron.

Comoquiera que no se configuraron los elementos del tipo objetivo, no es posible asumir la tipicidad del accionar del procesado ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ, en consecuencia, la Sala proferirá sentencia absolutoria en su favor por este cargo.

Constatación de la concurrencia de los elementos del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en el caso de CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO

La calidad de sujeto activo calificado de PALACIOS PALACIO, se certificó con la copia de la constancia expedida por la oficina de recursos humanos de la Gobernación de Putumayo que hizo constar que éste prestó sus servicios como Gobernador del departamento a partir del 1 de enero de 2004 hasta el 4 de diciembre de 2006¹²⁷.

¹²⁷ C. 1 Fiscalía a folio 229.

El hecho probado es que en dicha condición PALACIOS PALACIO, el día 1 de agosto de 2005, previo concepto de viabilidad de la secretaría de infraestructura de 28 de julio de 2005, autorizó la cesión del convenio 032 a la Administradora Pública de Cooperativas de Municipios de Nariño COOMNARIÑO LTDA., representada legalmente por Mauricio Modesto Zambrano Pantoja¹²⁸.

Acusó la Fiscalía a este Gobernador de autorizar la cesión del convenio a la Cooperativa COOMNARIÑO en lugar de liquidarlo como era su deber a sabiendas de hallarse inconclusa la obra, con varias suspensiones y de haberse tramitado el convenio sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales. No adelantó los estudios necesarios que aseguraran la idoneidad de la cesionaria para cumplir el objeto. De esta forma vulneró los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 que consagran las figuras de la liquidación y, en especial de la liquidación unilateral de los contratos estatales, pues la nueva contratista tampoco cumplió con el objeto convenido.

El Ministerio Público no estima plausible formular un juicio de reproche en contra del exGobernador porque éste no intervino en las fases previas del convenio, ni lo celebró y tampoco lo liquidó, pues al posesionarse las dos primeras fases estaban consolidadas y su liquidación se produjo cuando ya había cesado en el cargo.

¹²⁸ Contrato de cesión c. 1 Fiscalía, folio 198 y c. 2 Fiscalía a folio 37.

En su opinión, suscribir o autorizar la cesión del convenio no tipifica los elementos descriptivos del punible del artículo 410 del Código Penal, puesto que no se tramitó un nuevo proceso contractual y el convenio original se mantuvo, solamente que se sustituyó la entidad contratista¹²⁹.

Tanto la defensora como PALACIOS PALACIO coinciden en esencia con la postura de la Procuraduría, pues adujeron que aquél solamente intervino cuatro años después de celebrado el convenio y no lo liquidó en aras de encontrar una solución más favorable para los intereses de la comunidad como la cesión, que como se sabe, contó con el visto bueno de la jefa de la oficina jurídica Lessdy López y de la secretaria de infraestructura, María Carlina Uribe, además de haber sido materia de consulta en consejos de gobierno.

En sentir de la defensora pretender como lo hace la Fiscalía que cualquier persona que de alguna manera intervenga en el contrato revise todo su trámite previo no se compadece con la realidad¹³⁰.

La Sala comparte en términos generales las argumentaciones planteadas tanto por el Ministerio Público como por la defensa y estima que ciertamente la acusación a este ex-Gobernador por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales por el hecho de autorizar la cesión del convenio carece de solidez y, por ello, desde ya anuncia su absolución en razón de su atipicidad.

¹²⁹ A folios 87 y ss., c. o. 4 Corte.

¹³⁰ A folios 103 y ss., y 146, respectivamente, c. 4 Corte.

En relación con la naturaleza jurídica y el alcance y contenido de la cesión del contrato estatal, el Consejo de Estado¹³¹, señaló:

“De conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993¹³², los contratos estatales no pueden cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante. Por lo anterior, constituye exigencia relevante para que un tercero asuma la posición contractual del contratista, la autorización expresa y escrita de la entidad contratante frente a la cesión.

En concordancia con el Estatuto de Contratación Estatal, el Código de Comercio acepta la sustitución total o parcial de las relaciones derivadas del contrato, sin que se requiera aceptación expresa del contratante cedido, siempre y cuando la ley o las partes no hayan estipulado limitación o prohibición alguna en esta materia, o en los contratos celebrados intuitu personae en donde es necesaria la aceptación del contratante cedido (Art. 887).

En cuanto a la forma, la cesión puede hacerse por escrito o de manera verbal, según el contrato se haya elevado a escrito o no (Art. 888).

En torno a la responsabilidad en la cesión del contrato, el Código de Comercio consagra: i) la obligación del cedente de responder frente a la existencia y validez del contrato y de sus garantías, salvo estipulación expresa en contrario (Art. 890); ii) la obligación del cesionario de darle aviso al cedente dentro de los diez días siguientes a la mora o al incumplimiento del contratante cedido, cuando el cedente se ha obligado a responder del cumplimiento por parte del contratante, so pena de ser exonerado el cedente de la obligación de garantía contraída con el cesionario (Art. 891); iii) la obligación del contratante cedido de abstenerse de cumplir válidamente las prestaciones del contrato, una vez notificada o aceptada la cesión o conocido el endoso, toda vez que en caso de que el cedente reciba o acepte las prestaciones sin comunicar al contratante cedido, podría incurrir en sanciones penales para el delito de estafa (Art. 892); iv) el contratante cedido está facultado para expresar su reserva en relación con la liberación o no del cedente respecto de las obligaciones contractuales, una vez notificada, autorizada o aceptada la cesión (Art. 893).

¹³¹ Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección B. Rad. 25000-23-26-000-2004-01819-01 (34565A) de 5 de diciembre de 2016.

¹³² ARTÍCULO 41. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

(...)

Los contratos estatales son intuitu personae <sic> y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.

Desde el mismo momento en que se celebra el acuerdo surgen efectos entre cedente y cesionario, en tanto para el contratante cedido y los terceros nacen desde la notificación o aceptación de la cesión (art. 894).

En el contexto de la regulación mercantil, la cesión del contrato implica transferencia de las acciones, privilegios y beneficios legales propios de la naturaleza y condiciones de la tipología contractual, más no se predica de causas ajenas al contrato cedido o de la calidad de los intervinientes en la relación negocial (Art. 895). Así mismo, el contratante cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato, además de aquellas que se funden con otras relaciones con el cedente, en las que se haya manifestado expresa reserva al momento de la notificación o aceptación de la cesión (Art. 896).

Por lo anterior, la cesión del contrato implica la transferencia de la posición contractual a un tercero, que por esa vía se convierte en parte del contrato. Dada la naturaleza del contrato estatal, es preciso de un lado que la cesión del contrato se eleve a escrito, la entidad contratante sea notificada de la misma y que esta manifieste su aceptación o autorización, con la facultad de reserva frente a las obligaciones que permanecen en cabeza del cedente y las que se transfieren al cesionario, en tanto la cesión del contrato solamente resulta oponible y exigible desde su aceptación por parte de la entidad contratante.

Las particularidades de la cesión de contrato se han descrito por la doctrina nacional, en oposición de la cesión de créditos, así:

«(...) La cesión de un contrato es un instituto distinto de la cesión de créditos o de deudas, ni es una simple adición de crédito más deuda. Es una modificación de la posición contractual, que va del originario contratante a un tercero.

Es, entonces, un negocio jurídico por el cual se transmite a un tercero el conjunto de derechos y obligaciones que están adheridos a la calidad de parte y que se encuentran unidos a la posición contractual. Pero, al igual que las mencionadas cesiones, es necesario notificar al cedido a los fines de la oponibilidad de la cesión a los terceros.

Afirmar que se transmite un conjunto de derechos y obligaciones implica poner en evidencia que existen deberes recíprocos pendientes. Este es un requisito imprescindible para que pueda cederse la posición contractual, pues, de lo contrario, estaríamos frente a una simple cesión de crédito o deuda. Además, debe tenerse presente que no se pueden ceder posiciones contractuales en los que la obligación asumida sea intuitae personae, o cuando las partes han pactado la incesibilidad del contrato.»

La decisión de liquidar el convenio en manera alguna puede considerarse un “deber”, como lo sugiere la Fiscalía, sino una opción sujeta a ciertas condiciones como lo contempla el artículo 60 de la Ley 80 de 1993. Luego, no estamos frente al incumplimiento o la omisión de un deber por parte del procesado o del incumplimiento de un requisito esencial de un contrato que realice el tipo penal del artículo 410. El hecho de hallarse inconclusa la obra y de haberse presentado algunos inconvenientes que obligaron a la cooperativa, previo acuerdo con la secretaria de infraestructura a la suspensión de los plazos en varias oportunidades¹³³ conocidas por la interventoría, no conduce fatalmente a la liquidación del contrato de tal manera que constituya un imperativo para el funcionario, y, por tanto, la omisión de hacerlo no tipifica el delito en estudio, incluso así acarree la vulneración de los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993. Lo que tipifica el tipo penal del artículo 410 es la liquidación del contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales. El no liquidarlo, eventualmente podría tipificar delito distinto, como, por ejemplo, prevaricato por omisión, pero nunca el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

De acuerdo con la cláusula décima sexta del convenio su cesión, previo consentimiento escrito del departamento, era una opción válida a considerar ante la imposibilidad de COMENTE de continuar con el mismo hasta su finalización, dadas las contingencias que expuso en su escrito de solicitud de autorización de cesión¹³⁴.

¹³³ Actas de suspensión temporal de plazo a folios 36 y ss. c. 1 Fiscalía.

¹³⁴ A folio 22 c. o. 4 Corte.

Y fue precisamente el hecho del reiterado incumplimiento y la imposibilidad de que la contratista culminara la obra que dio justamente lugar a la cesión del convenio, como una posibilidad válida además de la liquidación.

Aún, de ser cierta esta imputación el incumplimiento de las obligaciones por parte de la cesionaria por ocurrir en la etapa de ejecución no comporta tampoco por parte del funcionario que autoriza la cesión la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues es algo ajeno a su descripción típica que como se planteó atrás solamente engloba las fases de trámite o precontractual, de celebración y de liquidación, dejando al margen del derecho penal la etapa de la ejecución en cuyo control y vigilancia juega un papel preponderante la interventoría, y no el ordenador del gasto.

Pero, fue precisamente el incumplimiento advertido por la Fiscalía el que finalmente llevó a la administración del Gobernador Felipe Alfonso Guzmán Mendoza a la liquidación unilateral del convenio efectuada mediante resolución 0276 del de abril de 2008¹³⁵. Es decir, PALACIOS PALACIO tampoco intervino en la liquidación del convenio como para imputarle la comisión del delito en estudio por irregularidades en esta etapa.

De otro lado, no es plausible sostener, como lo hace la Fiscalía, que la autorización de la cesión del convenio se hizo a sabiendas de que se había tramitado sin la observancia de

¹³⁵ A folio 266 c. anexo 10.

los requisitos legales esenciales porque a estas alturas, a pesar de la acusación, se ha podido demostrar que no hubo incumplimiento de los requisitos legales esenciales.

A su vez esta última circunstancia enerva el cargo estructurado sobre la base de que no se hicieron estudios de idoneidad de la cooperativa cesionaria, pues la cláusula décima del contrato de cesión declara expresamente que la secretaria de infraestructura mediante oficio del 28 de julio de 2005 emitió concepto favorable para que se cediera el convenio 032 a la Cooperativa COOMNARIÑO, hecho que refuta dicha imputación, porque el oficio citado prueba que sí se hizo revisión del asunto.

Preguntada puntualmente en la audiencia pública de juzgamiento la arquitecta María Carlina Uribe, a la sazón secretaria de infraestructura sobre si esa cooperativa, refiriéndose a COOMNARIÑO, tenía la idoneidad para continuar con la obra, respondió: *“pues según los estudios que hizo jurídica y con toda la presentación de la comunidad de la cooperativa adujimos de que sí, ellos eran idóneos para hacer esa obra”*. En relación con esos estudios señaló que deberían estar en el expediente, y por eso, con el visto bueno de jurídica y de la secretaria de salud se hizo la contratación con ellos¹³⁶.

Al decir del inculcado fue precisamente el aval dado por estas secretarías lo que le permitió suscribir la autorización de la cesión y así lo manifestó en la indagatoria ante la imposición del cargo por el delito en estudio: *“Que para toda la elaboración y el diseño de contratos o de algún acto*

¹³⁶ DVD., sesión de audiencia pública de 15 de julio de 2018 a partir de 32:07.

administrativo, siempre conté y confíé en un buen equipo jurídico, en unas secretarías a quienes se les delegaba las funciones precontractuales y contractuales¹³⁷ (Subraya la Sala)

Así lo reiteró en la audiencia pública, al señalar: “las decisiones que tomamos siempre fueron colegiadas, y en consejos de gobierno, tal como está demostrado en las actas de estos consejos de gobierno y en la declaración de los testigos, especialmente de Lessdy López, secretaria jurídica y fue en esos consejos de gobierno donde tomamos la decisión colegiada de no liquidar el contrato sino de continuar con su desarrollo (...)”¹³⁸

En ese orden, el cargo que se analiza es desacertado, pues contrario a lo sostenido por la Fiscalía en este caso sí se evaluó lo relacionado con la capacidad técnica y jurídica de la cooperativa cesionaria que garantizaban la idoneidad de ésta. El hecho del incumplimiento final no desvirtúa su existencia.

Vistas así las cosas, carece de sentido que la Sala se pronuncie sobre el reconocimiento del principio de confianza invocado por el acriminado, pues como se expresado acá con suficiencia las presuntas irregularidades imputadas por la Fiscalías fueron desvirtuadas.

Como corolario, la Sala dispondrá la absolución del procesado CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales por atipicidad de las conductas endilgadas.

¹³⁷ Cfr. C. o. 3 Fiscalía a folio 18.

¹³⁸ Cfr. C. o. 4 Corte a folio 146.

Del delito de peculado por apropiación en favor de terceros. Su estructura típica

Con fundamento en los informes de policía judicial la Fiscalía 9 Delegada ante la Corte acusó a los tres procesados por la comisión del delito de peculado por apropiación en favor de terceros tipificado en el artículo 397 del Código Penal en cuantía de \$1.295.393.924, relacionada con la celebración del convenio interadministrativo 032 de 4 de diciembre de 2001.

Tipo penal descrito antes de la Ley 890 de 2004, así:

ARTICULO 397. PECULADO POR APROPIACION. *El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de 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.*

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

En reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹³⁹ hizo un estudio sobre los

¹³⁹ Cfr. CSJ. SP2339-2020. Rad. 51444 de 1 de julio de 2020.

elementos estructurales de este delito que podría sintetizarse, *grosso modo*, como sigue:

Objetivamente está integrado por los siguientes elementos: *i)* sujeto activo cualificado: servidor público o quien ostente esta calidad; *ii)* verbo rector “apropiar”; *iii)* sujeto pasivo cualificado: el Estado *iv)* objeto material real; y, *v)* resultado material.

Por tratarse de un tipo penal especial su autor debe ostentar una doble cualificación: *i)* ser servidor público; y, *ii)* ejercer disponibilidad funcional sobre el objeto material.

El servidor público o quien por virtud de la ley ostente esta condición debe tener entre sus competencias, la proximidad funcional con el bien para que se satisfagan las exigencias objetivas del peculado por apropiación.

Frente a la posición especial que el agente debe ejercer sobre el objeto material del delito, la Corte refirió lo siguiente:

“Para la configuración del delito en mención, es necesario que concurra en el agente la calidad de servidor público, que tenga la potestad, material o jurídica, de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de las funciones que desempeña y finalmente, que el acto de apropiación sea en provecho propio o a favor de un tercero, lo que lesiona el bien jurídico de la administración pública, en tanto representa un detrimento injustificado del patrimonio estatal.”¹⁴⁰

De este modo, la potestad sobre el bien se ejerce en dos formas: material y jurídica. La primera, se asimila a la simple facultad material de usar o manipular el objeto y, la segunda, exige un proceso de abstracción en orden a determinar el dominio que el agente ejerce respecto a la cosa.

¹⁴⁰ CSJ. SP364-2018. Rad. 51142 de 21 febrero de 2018.

En cuanto a la disponibilidad jurídica, la Corte ha puesto énfasis en que ella se predica de los servidores públicos frente a los bienes oficiales y que la misma está *“vinculada al ejercicio de sus deberes funcionales que por razón de sus competencias los hacía garantes de los recursos públicos, elementos propios del punible de peculado.”*¹⁴¹

Ambas manifestaciones de la disponibilidad funcional satisfacen la apropiación típica, sin que sean excluyentes entre sí. Es así como este factor se anexa a la cualificación de servidor público y ambos elementos deben concurrir para imputar a una persona como autora de este ilícito.

La interpretación de la disponibilidad jurídica es más amplia y comprensiva en los casos en que existe una distribución de funciones en pro de la custodia y administración de los bienes, pues, en estos eventos, no radica en un funcionario la potestad sobre ellos, sino que por el contrario, distintos servidores se suman a su cuidado desde las funciones propias de sus cargos.

Al respecto la Corte sostuvo:

“Es cierto que de antaño ha sostenido la jurisprudencia que solo puede ser autor de peculado el funcionario que tiene la disponibilidad jurídica y material sobre el bien objeto de apropiación. Sin embargo, ese criterio ha tenido que modularse ante la necesidad de que la jurisprudencia ofrezca respuesta a la complejidad que intencionalmente ha venido implementando el Estado en el manejo de los recursos públicos con la finalidad de que exista mayor control en el manejo de los recursos, por ello en su custodia y disponibilidad interviene más de un funcionario.

Es así que en casación 16.569 de 9 de mayo de 2003, en donde se discutía si los hechos se adecuaban al tipo de estafa o al de peculado, ante el planteamiento del demandante acerca de que el servidor público

¹⁴¹ CSJ. SP4490-2018. Rad. 52269 de 10 de octubre de 2018.

no tenía relación funcional con los bienes del Estado, la Corte concluyó que la calificación de la conducta correspondía a la del delito contra la administración pública, bajo los siguientes argumentos:

En orden a establecer si al libelista le asista razón, en estos dos argumentos, cuando el proceso de ejecución de conductas punibles contra la administración pública como la que aquí se trata, exigen una serie de comportamientos todos destinados a la apropiación de dineros públicos, no es menester que la persona vinculada institucionalmente realice todas las acciones que supone la ejecución del delito, sino que basta para ser autor, poner al servicio del presupuesto fáctico la vinculación institucional y la disponibilidad jurídica sobre el bien, independientemente del aporte material en el proceso de consumación.”¹⁴²

También, la Corte ha sostenido que, en los delitos especiales, es plausible la imputación a los *extraneus*, en grado de intervinientes, cuando quiera que no se hubiere establecido la identidad del agente, por cuanto lo relevante es haber probado la concurrencia de un autor *intraneus* en la comisión del peculado y el aporte del particular.

En ese sentido:

“En tal sentido, la Sala ha precisado que «la condena a título de interviniente puede presentarse independientemente de que en el proceso se haya establecido con quién se efectuó la alianza, toda vez que la responsabilidad en los hechos y su correlativa sanción no depende de que se identifique la de los demás involucrados en el mismo, como autores o partícipes, mucho menos cuando se encuentra debidamente acreditado que existió una aportación a la ejecución del punible...De manera que nada obsta para que el interviniente deba responder por la conducta, aun cuando no logre identificarse o juzgarse a la persona que actuó como sujeto calificado, pues lo realmente definitivo es que se encuentren reunidos los elementos que posibilitan predicar dicha condición en aquél». (AP5257-2018).

*En otras palabras, para condenar como coautor interviniente no resulta indispensable demostrar los pormenores del acuerdo, esto es, dónde, cuándo y cómo se concretó el pacto entre los *intraneus* y los *extraneus* sino que basta con evidenciar la comisión de la conducta punible por el sujeto activo calificado y el aporte fundamental del particular en su realización, pues, normalmente, quienes acuerdan infringir la ley no dejan prueba de ese hecho, como ocurrió en este evento.”¹⁴³*

¹⁴² CSJ. SP4490-2018. Rad. 52269 de 10 de octubre de 2018.

¹⁴³ Cfr. CSJ. SP3874-2019. Rad. 52816 de 12 de septiembre de 2019.

Asimismo:

“Pues bien, la condena a título de interviniente puede presentarse independientemente de que en el proceso se haya establecido con quién se efectuó la alianza, toda vez que la responsabilidad en los hechos y su correlativa sanción no depende de que se identifique la de los demás involucrados en el mismo, como autores o partícipes, mucho menos cuando se encuentra debidamente acreditado que existió una aportación a la ejecución del punible.

En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la Sala, en tratándose de la relación entre el autor y el partícipe, cuyos efectos son extensibles al interviniente: «el carácter accesorio de la participación no depende de la existencia de prueba que permita identificar plenamente al autor o declarar su responsabilidad en los hechos, como equivocadamente lo entiende el casacionista, sino de la certeza de su existencia misma (de un autor), que ha realizado parcial o totalmente la conducta descrita en el tipo penal». De manera que nada obsta para que el interviniente deba responder por la conducta, aun cuando no logre identificarse o juzgarse a la persona que actuó como sujeto calificado, pues lo realmente definitivo es que se encuentren reunidos los elementos que posibilitan predicar dicha condición en aquél.”¹⁴⁴

Constatación de la convergencia de los elementos del tipo penal de peculado por apropiación

Tipo objetivo

La Fiscalía acusó también a IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA, ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ y CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, en su condición de Gobernadores del Departamento de Putumayo para la fecha de los hechos, del delito peculado por apropiación en favor de los terceros relacionados con la ejecución del convenio 032 de 4 de diciembre de 2001, en cuantía de \$1.295.393.924.

¹⁴⁴ Cfr. CSJ. AP5257-2018. Rad. 53956 de 5 de diciembre de 2018.

Con apoyo en el informe de policía judicial 759276 de 21 de marzo de 2013¹⁴⁵ que determinó que lo ejecutado fue una construcción nueva y no una remodelación y ampliación del hospital existente, concluyó la Fiscalía que la suma de \$2.416.450.065.34 destinada a desarrollar el proyecto original, no resultó suficiente para emprender la construcción de un nuevo hospital como se hizo. De haberse invertido los recursos en la remodelación y ampliación muy probablemente lo convenido se hubiera cumplido íntegramente.

La Fiscalía apoyándose en ese informe de policía judicial, concluyó que hubo un faltante por ejecutar de \$1.295.393.924.80 *“de un gran total de **\$2.416.905.040** que se suponía costaría la construcción total del Hospital Pío XII, es decir hay un faltante por ejecutar de más o menos el 60%, dato aproximado, atendiendo lo expresado en la fecha de la visita por parte del Cuerpo Técnico de Investigaciones”*¹⁴⁶. A partir de esto consideró patente el desmedro patrimonial y comprobada la apropiación de dineros del departamento por parte de terceros en la cuantía inicialmente señalada que terminó en poder de los subcontratistas.

La cesión del convenio autorizada por PALACIOS PALACIO, aproximadamente cuatro años después agravó la situación, por tanto, la pérdida patrimonial no solo le es imputable a los funcionarios que intervinieron en la fase del trámite y de su celebración sino en la fase de ejecución. Todo esto finalmente condujo a la liquidación unilateral del convenio.

¹⁴⁵ Cfr. C. o. 2 Fiscalía a folios 122 y ss.

¹⁴⁶ Resolución de acusación. C. o. 2 a folios 184-185.

Por estas razones profirió resolución de acusación en contra de los tres procesados como presuntos autores responsables del punible de peculado por apropiación en favor de terceros agravado por la cuantía, a título de dolo.

Por su parte el Ministerio Público, sin entrar en el análisis de la materialidad del delito de peculado por apropiación, expresó que los tres procesados deben responder por este delito.

Respecto de GUERRERO GUEVARA adujo que su responsabilidad radica en no haber procurado “la estabilización” del interventor del contrato, lo que ocasionó suspensiones de la obra. ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ incurrió en el delito de peculado al suscribir el convenio pese a la improcedencia de la contratación directa, beneficiando económicamente a la cooperativa contratista. Y PALACIOS PALACIO debe responder por autorizar la cesión del contrato en lugar de proceder a su liquidación, pues aumentó el detrimento patrimonial en \$459.865.723.25 que pagó durante su mandato a las cooperativas que se apropiaron de esa suma.

La defensa de GUERRERO GUEVARA, luego de contrastar los diferentes informes de policía judicial y la resolución de liquidación unilateral del convenio y anotar una serie de inconsistencias en los primeros respecto de la última, concluyó que el supuesto peculado no es otra cosa que un sinnúmero de errores en los informes, lo que probatoriamente conduce a afirmar que no se desvirtuó la presunción de

inocencia de su representado por lo que debe favorecerse con la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

El apoderado de DÍAZ SÁNCHEZ, afirmó que de comprobarse el delito de peculado su defendido es absolutamente ajeno al mismo. Además, a lo largo del proceso se pudo establecer que la obra se terminó satisfactoriamente y que los dineros oficiales destinados para el proyecto se invirtieron íntegramente.

La defensora pública de PALACIOS PALACIO sostuvo que la cantidad de \$1.295.393.924 contradice las actas en cuanto indican que el valor ejecutado fue de \$1.774.826.311,92, pagos que se realizaron conforme a los avances de obra y a los informes de la interventoría. La acusación en contra de su defendido carece de demostración pues lo cierto fue la necesidad de darle continuidad a la obra por su importancia.

Su defendido no obró con dolo, requisito exigido para considerar punible el delito de peculado, sino con la intención de continuar con la ejecución de la obra en beneficio de la comunidad, que finalmente pese a los atrasos se llevó a feliz término, razón que conduce a la atipicidad de esta conducta.

Para la decisión a tomar por la Sala, se comenzará por señalar que la Fiscalía no hizo distinción de ninguna índole en relación con la actuación de cada procesado, endilgándoles a todos de manera genérica sin ninguna explicación y medida el haber permitido la apropiación por parte de terceros de dineros del erario departamental en cuantía de \$1.295.393.294, cantidad que, según expresó, equivale al

faltante por ejecutar de aproximadamente el 60% de lo subcontratado por COMENTE con los ingenieros asistentes.

Sin embargo, revisada la actuación en lo que atañe a esta conducta de cara a los presupuestos de la acusación que sirven de marco a la discusión, la Sala ha llegado a la conclusión de que el ente acusador no pudo demostrar la tipicidad de la conducta de peculado por apropiación en favor de terceros que les enrostra a los ex-Gobernadores, por lo que previas las consideraciones necesarias, proferirá absolución en favor de los procesados.

En contrario, obran una serie de elementos probatorios principalmente documentales que enervan la acusación por conducir a conclusiones diferentes a las planteadas por la Fiscalía, en consecuencia, la Sala estima que las razones esgrimidas en los cargos no conducen a la certeza de la tipicidad de la conducta de peculado por apropiación.

Se considera conveniente, en primer lugar, manifestar que la prueba relacionada con el presunto detrimento patrimonial del erario departamental y la consecuente apropiación por parte de los terceros que intervinieron en la ejecución del proyecto no permite perfectamente determinarlo. Tanto las sumas de dinero entregadas a los contratistas como las cantidades de obra ejecutadas aparecen indescifrables en el acervo probatorio y conducen a resultados distintos que impiden arribar a una conclusión certera sobre si en realidad hubo detrimento patrimonial y de haber ello ocurrido cual fue su cuantía.

Con ese propósito la Fiscalía se basó en el informe de policía judicial 759276 de 21 de marzo de 2013 que determinó una ejecución de obra solamente del 40% y un faltante por ejecutar del 60%, equivalente a un detrimento de \$1.295.393.294 en relación con los \$2.416.905.040 entregados por el departamento.

No obstante, como se afirmó, en el plenario obran documentos que indican cuantías y porcentajes que conducen a conclusiones equívocas y, por tanto, desacreditan la acusación por este cargo.

El informe de policía judicial de 30 de junio de 2009 suscrito por Álvaro Villota Viveros¹⁴⁷, cuya misión consistió en determinar el estado final del proyecto objeto del convenio 032, evaluó que el porcentaje de obra ejecutada hasta esa fecha era del 74%, ponderación que, según agregó, *“coincide con aquellos que aparecen en el informe de apoyo para la liquidación que el Departamento de Putumayo contrató”*.

Con una diferencia bastante considerable el informe de policía judicial 759276 de 21 de marzo de 2013, esgrimido por la Fiscalía, rendido casi cuatro años después por el investigador Luis Carlos Rodríguez Alvarado, como se dijo, estimó que solamente se había ejecutado un porcentaje de obra de aproximadamente un 40%, restando por ejecutar *“más o menos el 60%”*, o sea, un equivalente en dinero a \$1.295.393.924.8 del valor del convenio fijado en \$2.416.905.040.

¹⁴⁷ C. 2 Fiscalía a folio 61 y ss.

Nótese que entre el primero y el segundo existe una diferencia en porcentaje de obra ejecutada del 34% que en términos monetarios equivale a señalar que mientras para el primero el faltante de obra en dinero es de \$628.395.310.40, para el segundo es de \$1.295.393.294.8, es decir, una considerable diferencia dineraria entre uno y otro de aproximadamente \$667.000.000, de lo que constituiría la cuantía objeto de apropiación del peculado imputado.

Para destacar, mientras el primer informe parte de la suma de \$2.095.854.175.96 realmente pagada por la tesorería del departamento, el segundo asume como cantidad entregada la cuantía de \$2.416.905.040, valor total del convenio, es decir, una diferencia de \$321.050.864.04 que carece de explicación.

A instancias de la Fiscalía 9 Delegada ante la Corte, la investigadora Alicia Spath Castañeda rindió informe de policía judicial 9-29008 de 29 de agosto de 2014¹⁴⁸, cuyo objeto consistió en rendir dictamen “*donde se establezca el monto del posible detrimento patrimonial con ocasión del convenio 032 (...)*”, que luego del respectivo análisis concluyó que el monto del “detrimento patrimonial” ascendió a la suma de \$2.006.889.762.96, cuantía absolutamente diferente a las anteriores.

En suma, de la revisión de los distintos informes relacionados no es posible determinar la existencia de un supuesto despojo patrimonial, y menos que éste haya sido objeto de apropiación por parte de los contratistas. En esas

¹⁴⁸ C. 3 Fiscalía a folios 61 y ss.

condiciones la imputación del delito de peculado por apropiación resulta sin soporte.

Esta conclusión no puede ser desatendida si se toma en cuenta que los distintos informes de interventoría también hacen relación a unos dineros y cantidades de obra ejecutadas muy distintos de los plasmados en los informes de policía judicial que sirvieron de soporte a la acusación.

Respalda esta conclusión el informe de interventoría de marzo de 2006 a la cesión del convenio 032 presentado por la ingeniera Gabriel Moreno Massey¹⁴⁹, quien señaló que antes de comenzar su interventoría la obra se encontraba en un estado de avance del 61.85% de acuerdo con el acta parcial de pago núm. 5, que fue la última pagada por la gobernación antes de la cesión.

Luego, si en el año 2006, fecha de este último informe de interventoría la obra tenía un avance del 61.85%, no resulta explicable lo afirmado en el informe de policía judicial 759276 de 21 de marzo de 2013, elaborado siete años después, en cuanto que el avance de la obra era en ese momento de apenas el 40%.

Y, menos explicable resulta que el informe de policía judicial de 30 de junio de 2009 elaborado por Álvaro Villota Viveros, cuatro años antes del informe 759276 de 2013, afirme un porcentaje de avance de obra mayor (74%) que el establecido con posterioridad en el año 2013 que sostiene un avance de más o menos el 40%.

¹⁴⁹ C. anexo 2 Fiscalía a folio 175.

Ante esta incertidumbre, lo único certero es que conforme a la Resolución 0276 de 1 de abril de 2008¹⁵⁰ de la Gobernación de Putumayo por la cual se liquidó unilateralmente el convenio 032, del valor total de lo pagado por la administración: \$2.095.854.175, según comprobantes de pago se ejecutaron \$1.790.450.065.34, lo que significa que la administración del Gobernador de la época, Felipe Alfonso Guzmán Mendoza, quien suscribió la resolución de liquidación estimó un porcentaje de obra ejecutado del 85.43%, con respecto al dinero pagado a los contratistas, y del 74% en relación con el valor total de la obra (\$2.416.905.040) quedando solamente por reintegrar la suma de \$305.404.110.62, por parte de la Cooperativa COOMNARIÑO, que, como se menciona en el texto de la resolución *“recibió dicha suma sin que existiera avance de obra”*.

Respecto de esto último conviene destacar que para los fines del proceso de liquidación del convenio el departamento contó con el “INFORME DE APOYO PARA LA LIQUIDACIÓN” de octubre de 2007, elaborado por la firma MULTINGENIERÍA E. U., la cual, previos los análisis documentales correspondientes, determinó los valores y porcentajes de obra ejecutados hasta ese momento que fueron los tomados en cuenta para la liquidación.¹⁵¹

Así las cosas, dadas las fluctuaciones y diferencias en dinero y cantidades de obra que muestran los informes de policía judicial que sirvieron de apoyo a la Fiscalía, la Sala considera razonable atenerse a la liquidación formulada por la

¹⁵⁰ C. 2 Fiscalía a folios 46 y ss.

¹⁵¹ Cfr. C. anexo 5.

administración y, por tanto, no estima plausible asumir la tipicidad del delito de peculado por apropiación enrostrado por la Fiscalía a los ex-Gobernadores, porque no pudo demostrar la apropiación de dineros oficiales derivados de la ejecución del convenio.

Eventualmente podría pensarse en que el monto de la apropiación equivaldría a los \$305.404.110.62 que debe reintegrar al departamento la Cooperativa COOMNARIÑO, sin embargo, la sola pérdida de dinero no constituye prueba suficiente de la apropiación que permita asumir la materialidad del delito de peculado, pues para ello además se requeriría demostrar la intención del agente encauzada hacia esa precisa finalidad y de ello la Fiscalía no aportó ningún elemento de prueba que haga suponerla razonablemente.

Como corolario, la Sala ante las dudas existentes que no pueden ser superadas en este extremo procesal sobre la supuesta apropiación, absolverá a los acusados por este delito.

En mérito 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,

RESUELVE

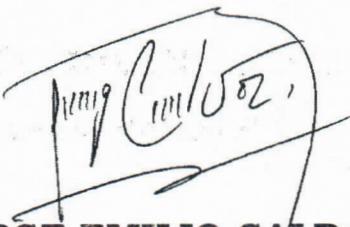
PRIMERO. NEGAR la nulidad propuesta por la defensora pública de CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, por las razones indicadas.

SEGUNDO. ABSOLVER a IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA, ARMANDO DÍAZ SÁNCHEZ y CARLOS ALBERTO PALACIOS PALACIO, de anotaciones civiles y personales conocidas en el proceso de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

TERCERO. ARCHIVAR definitivamente el expediente, una vez ejecutoriada esta decisión.

CUARTO. Contra esta decisión procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

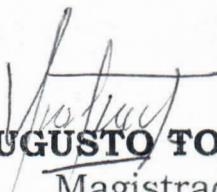
COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado



BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado

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

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario