



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

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada Ponente

SEP 00053-2021

Radicación N° 48896

Aprobado mediante Acta No. 27

Bogotá D.C., Veinte (20) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Procede la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia a proferir sentencia en el proceso que se adelanta contra PABLO ADRIANO MUÑOZ PARRA, ex gobernador del Caquetá, acusado por la probable comisión de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

1. SITUACIÓN FÁCTICA

PABLO ADRIANO MUÑOZ PARRA, como gobernador del departamento del Caquetá, celebró el 22 de diciembre de 2003 el Convenio 109, de participación comunitaria con la entidad sin ánimo de lucro denominada *Junta*

Administradora Casa Hogar Los Colonos, el cual tenía por objeto “AUNAR ESFUERZOS PARA LA PROTECCIÓN DEL ADULTO MAYOR EN EL MUNICIPIO DE BELÉN DE LOS ANDAQUÍES-CAQUETA”¹. El valor ascendió a la suma de \$100.000.000, de los cuales \$60.000.000, era el aporte del departamento, en tanto que la *Casa Hogar* contribuía con \$40.000.000, representados en la dotación de muebles y enseres, así como en el pago de sueldos y prestaciones para una manipuladora de alimentos, una aseo y un celador.

Con los dineros aportados por la Gobernación, el presidente de la *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos*, Fabio Valenzuela Soto, adquirió dos bienes inmuebles ubicados en el municipio de Belén de los Andaquíes, a saber:

- i) Lote de terreno situado en la calle 6 No. 2-35/43, según Escritura Pública N° 2357 de 4 de noviembre de 2003 de la Notaría Primera del Círculo de Florencia-Caquetá, por valor de \$29.000.000, vendido por Humberto Castañeda Sarria², (*quien era el Notario del municipio Belén de los Andaquíes*);
- ii) Lote de terreno ubicado en la calle 6 A No. 51-61, según Escritura Pública N° 3006 de 30 de diciembre de 2003 de la Notaría Primera del Círculo de Florencia-Caquetá, por valor de \$31.000.000, vendido por Jaqueline Gómez Artunduaga, compañera permanente del señor Castañeda Sarria³.

¹ Fls. 3 ss., cuaderno anexo Fiscalía N° 1.

² Fls. 18 ss., cuaderno anexo Fiscalía N° 2.

³ Fls. 21 ss., cuaderno anexo Fiscalía N° 2.

El 11 de noviembre de 2004, la Contraloría General de la República, a través de su Gerencia Departamental de Caquetá, reportó un hallazgo fiscal tras analizar el referido convenio, porque con el avalúo comercial hecho el 25 de octubre de 2004 a los referidos inmuebles, el cual fue solicitado por la administración departamental que sucedió a la del acusado, se determinó que su valor comercial ascendía a la suma de \$41.691.599, lo que arrojaba un sobrecosto de \$18.308.401⁴ respecto de los \$60.000.000 dados por el departamento. De tal hallazgo compulsó copias a la Fiscalía General de la Nación⁵.

No obstante, según avalúo llevado a cabo en el sumario el valor de los inmuebles correspondía a \$42.364.610 y, por ende, respecto de los \$60.000.000 aportados por la Gobernación por razón del convenio, conllevaba una diferencia de \$17.635.390⁶.

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

PABLO ADRIANO MUÑOZ PARRA, se identifica con la cédula de ciudadanía No. 17.632.668 de Florencia (Caquetá), hijo de Adriano Muñoz y Zunilda Parra, nacido el 25 de febrero de 1961 en San Agustín-Huila. Zootecnista de profesión, con estudios en Gestión de Gerencia. Fue diputado del Caquetá durante los años 1990 a 1997 y gobernador de

⁴ Fls. 1 ss., cuaderno anexo Fiscalía N° 2.

⁵ Fls. 79 ss., cuaderno principal Fiscalía N° 1.

⁶ Fls. 189 ss., cuaderno anexo Fiscalía N° 3

ese departamento desde el 1° de enero de 2001 al 30 de diciembre de 2003.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1 Etapa de investigación

El 13 de septiembre de 2006, la Fiscalía General de la Nación dispuso abrir investigación previa⁷, y tras recaudar distintos elementos probatorios, el 6 de febrero de 2008 abrió formal instrucción penal en contra de PABLO ADRIANO MUÑOZ PARRA, a quién vinculó mediante indagatoria, recepcionada el 18 de mayo de 2009⁸, por la probable comisión de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación⁹.

El 28 de mayo de 2012 le definió la situación jurídica al abstenerse de imponerle medida de aseguramiento, por no advertir la necesidad constitucional de la misma¹⁰.

Clausurado el ciclo instructivo¹¹, mediante decisión de 29 de octubre de 2014, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por la presunta autoría en los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, según las previsiones de los artículos 410 y

⁷ Fls. 95 ss., cuaderno principal Fiscalía N° 1.

⁸ Fls. 16 ss., cuaderno principal Fiscalía N° 3.

⁹ Fls. 195 ss., cuaderno principal Fiscalía N° 1.

¹⁰ Fls. 153 ss., cuaderno principal Fiscalía N° 3.

¹¹ Fls. 243 ss., cuaderno principal Fiscalía N° 3.

397 del Código Penal¹², decisión que adquirió firmeza el 10 de diciembre de 2014.

3.2 Etapa de juicio

La fase la adelantó inicialmente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde tras surtir el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000¹³, mediante decisión de 13 de junio de 2017, al cumplirse la audiencia preparatoria, negó la nulidad solicitada por el defensor, al tiempo que ordenó las pruebas pedidas por el mismo sujeto procesal, así como dispuso la práctica de otras de oficio¹⁴.

En virtud de la implementación del Acto Legislativo 01 de 2018 el proceso fue remitido por competencia a esta Sala de Primera Instancia¹⁵.

Con ocasión de la Emergencia Sanitaria declarada en el territorio nacional a raíz de la pandemia del *covid-19*, y ante las disposiciones administrativas emanadas del Consejo Superior de la Judicatura, esta Sala mediante Acuerdo N° 04 de 16 de marzo de 2020 dispuso suspender los términos de los procesos sin preso, medida que prorrogó hasta que a través del Acuerdo N° 11 de 1° de julio de la anualidad en cita, levantó tal suspensión.

¹² Fls. 1 ss., cuaderno principal Fiscalía N° 4.

¹³ Fls. 4 ss., cuaderno CSJ N°1.

¹⁴ Fls. 52 ss., cuaderno CSJ N°1.

¹⁵ Fls.130 ss., cuaderno CSJ N°1.

En decisión de 26 de junio de 2020, se declaró infundado el impedimento manifestado por el Magistrado Jorge Emilio Caldas Vera¹⁶.

A su turno, a través de auto de 19 de agosto de la misma anualidad fue admitido el departamento del Caquetá, representado por apoderado, como parte civil.¹⁷

Tras varios aplazamientos de la audiencia pública, motivados en el estado de salud del defensor y su lamentable deceso, se cumplió tal diligencia con una nueva apoderada del procesado¹⁸, en cuyo desarrollo se escuchó en interrogatorio a éste y culminada la práctica probatoria, se dio paso a los alegatos finales¹⁹.

4. RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

La Fiscalía estimó satisfechos los requisitos para convocar a juicio al procesado a título de autor por la probable comisión de las conductas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

Tras indicar que cuando una entidad estatal hace uso de las atribuciones previstas en el artículo 355 de la Constitución Política para celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro, debe ceñirse a las previsiones del Decreto

¹⁶ Fls. 192 ss., cuaderno CSJ N° 1.

¹⁷ Fls. 14 ss., cuaderno parte civil N° 1.

¹⁸ Fls. 289, cuaderno CSJ N° 2.

¹⁹ Fls. 311 ss., cuaderno CSJ N° 2.

777 de 1992, modificado por el Decreto 1403 del mismo año, o en su defecto, acudir al artículo 96 de la Ley 498 de 1998, como quiera que no se trata de normas complementarias, destacó que para este caso era aplicable la Ley 80 de 1993 y normas complementarias, por cuanto, al transferir recursos oficiales se debe cumplir con los fines del Estado y los planes y programas de desarrollo tanto económico como social²⁰.

Que, teniendo en cuenta los informes de la Contraloría y el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, los dineros estatales fueron invertidos en la compra de dos bienes inmuebles, cuyo avalúo, solicitado por la administración que sucedió al procesado arrojó un valor comercial de \$41.691.599, lo que, en su entender, significó un sobrecosto de \$17.836.896, respecto del valor total de su compra (\$60.000.000).

Puso de presente que el informe de Policía Judicial No. 2832 de 24 marzo de 2007, da cuenta del incumplimiento de los requisitos de cada una de las etapas del convenio, pues no hubo recepción de ofertas, adjudicación de contrato, pólizas de garantía y cumplimiento e informes de interventoría, en infracción de los requisitos y formalidades consagrados en el Decreto 777 de 1992 y el Decreto 1403 del 1993, así como en la Ley 80 de 1993, por cuanto "*no se ubicaron los demás aspectos, distintos al hecho de haberse realizado por escrito y fijado el pago del Convenio*"²¹.

²⁰ Fl. 26, cuaderno principal Fiscalía N° 4.

²¹ Fl. 30, cuaderno principal Fiscalía N° 4.

Que también se incumplieron los requisitos de publicidad, certificado de disponibilidad presupuestal, acreditación de idoneidad de la persona jurídica sin ánimo de lucro, inclusión de cláusulas exorbitantes (hoy excepcionales), aprobación oportuna de garantías de manejo y cumplimiento y establecimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, los cuales son elementos esenciales de la contratación, tanto en el Decreto 777 de 1992 y su decreto reglamentario, como en la Ley 80 de 1993, en especial, por tratarse de un contrato de compraventa de bienes inmuebles por la Nación, lo que estructura los elementos objetivos del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, así como el compromiso y responsabilidad de MUÑOZ PARRA en el mismo.

Resaltó que la conclusión no varía de admitirse la tesis de la defensa, según la cual las normas aplicables al caso concreto son el Decreto 777 de 1992, su modificatorio 1403 del mismo año y el Decreto 2459 de 1993, por los cuales se reglamentan los contratos previstos en el artículo 355 de la Constitución Política.

Señaló como requisitos esenciales del contrato: *i)* constar por escrito; *ii)* certificado de disponibilidad presupuestal; *iii)* publicación en la Gaceta Oficial; *iv)* estudios previos y evaluación motivada de la capacidad e idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato; *v)* consignación de cláusulas de terminación unilateral por parte de la administración; *vi)* la constitución

de garantías por parte del contratista; y *vii)* el registro presupuestal.

Y que aquí sólo se cumplió con la suscripción del convenio por escrito y el certificado de disponibilidad presupuestal, ya que *“el documento de estudios previos carece de las exigencias mínimas para ser tenido como tal y anticipese que las pólizas fueron aprobadas con posterioridad al giro de los recursos”*²².

Respecto al delito de peculado por apropiación, encuadró la conducta del señor MUÑOZ PARRA en el inciso primero del artículo 397 del Código Penal, al tratarse de un detrimento superior a 50 salarios mínimos, suma que para el año 2003 ascendía a \$16.600.000²³. Ello por cuanto, según el informe pericial N° 705036 de 24 de agosto de 20 el sobrecosto ascendió a \$17.836.896, que corresponde a la diferencia entre el valor comercial de los inmuebles y el precio pagado por estos, sin que la aparente intención altruista de favorecer a las personas mayores justifique los comportamientos atribuidos al gobernador.

Enfatizó que, según las pruebas obrantes, el aforado y el Notario, Humberto Castañeda Sarria, convinieron en la negociación de los inmuebles por valor de \$60.000.000, pagados con cargo al erario departamental. Para conseguir dicho objetivo, acudieron a los directivos de la *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos* y los invitaron a reunirse para ponerles al tanto sobre la negociación, en la

²² Fl. 36, cuaderno principal Fiscalía N° 4.

²³ S.M.L.M.V para la fecha: \$332.000.

que aparentemente resultaría beneficiada esa entidad, a la cual estos accedieron con el fin de lograr un recinto propio para el cuidado del adulto mayor.

Adujo que de las declaraciones de Fabio Valenzuela Soto y Eusebio Torres se demuestra que el negocio de la compraventa de los inmuebles surgió por iniciativa de MUÑOZ PARRA y Castañeda Sarria, pues ambos declarantes indicaron que la entidad sin ánimo de lucro no elaboró una solicitud o proyecto ante la gobernación y que los documentos firmados fueron los señalados por el citado Notario, quien, además, asumió los gastos de traslado de ida y regreso de ellos a Florencia, así como los costos de escrituración de los bienes.

Para el ente acusador, tanto Fabio Valenzuela Soto como Eusebio Torres coinciden en afirmar que el precio de la venta de los inmuebles estuvo muy por encima de lo que podían costar en esa zona, aspecto que incluso éste último declaró que "(...) el precio lo acordaron el gobernador y el doctor CASTAÑEDA".

Así se estimó en la calificación sumarial que el aforado y Castañeda Sarria direccionaron través de la celebración del convenio, lo que en realidad fue un contrato de compraventa de bienes inmuebles, con el propósito ilegal de eludir los procedimientos de la contratación directa y los principios de la Ley 80 de 1993.

Por ello acusó a PABLO ADRIANO MUÑOZ PARRA, a título de autor, por la probable comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, producto del cual se generó un detrimento al erario departamental y a favor de un tercero, concretándose en el ilícito de peculado por apropiación.

5. AUDIENCIA PÚBLICA

En desarrollo de la vista pública, los sujetos procesales hicieron las siguientes peticiones:

5.1. Fiscalía

Solicitó emitir sentencia condenatoria en contra de MUÑOZ PARRA²⁴ como autor de los delitos objeto de acusación, al haberse acreditado que con la suscripción del convenio de 22 de diciembre de 2003, infringió de manera consciente y voluntaria los postulados esenciales de la contratación estatal y consintió que un tercero se apropiara de recursos del erario departamental.

Indicó que el régimen aplicable a los contratos celebrados al amparo del artículo 355 de la Constitución Política es el Decreto 777 de 1992 o el Decreto 1403 de 1992 o en su defecto, el artículo 96 de la Ley 498 de 1998, toda vez que no se trata de normas complementarias y conllevan trámites diferentes. No obstante, recalcó que aquí resultaba

²⁴ Fls. 315 ss., cuaderno CSJ N° 2.

aplicable la Ley 80 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias y complementarias.

En relación con el contrato sin cumplimiento de requisitos legales, afirmó que se logró acreditar la calidad de servidor público del aforado, que actuó en razón de sus funciones y que con base en ellas tramitó y celebró un convenio de participación ciudadana el 22 de diciembre de 2003 con la *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos*, cuyo real cometido fue la compra de dos inmuebles.

Que aún si se admite que la normativa aplicable al caso concreto es el Decreto 777 de 1992, modificado por el Decreto 1403 de 1992 y el Decreto 2459 de 1993, la conclusión no varía. En su entender, dado que la cuantía del convenio superaba los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos, era necesario que: *i)* existiera certificado de disponibilidad presupuestal; *ii)* se publicara en la Gaceta Oficial; *iii)* se motivara la capacidad e idoneidad técnica y administrativa de la entidad sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato, pero aquí solo consta la realización del convenio por escrito y que, si bien existió un certificado de disponibilidad presupuestal, fue expedido con posterioridad a la celebración del convenio, así mismo, los estudios previos fueron incorporados en un documento carente de las exigencias mínimas para ser tenido como tal y las pólizas fueron presentadas con posterioridad al giro de los recursos, en clara infracción de los principios de la administración pública como el de economía, selección

objetiva, responsabilidad y planeación, en perjuicio del erario departamental.

Puso de presente que el propósito de MUÑOZ PARRA de no cumplir las exigencias legales se advierte en la falta de designación de un interventor del convenio, pues si bien manifestó que se designó a Bellanid Vargas Artunduaga como tal, ella en su declaración dijo que nunca fue notificada de ese encargo.

También reprochó que, con fecha 7 de noviembre de 2003, se hubiesen presentado unos estudios en los que se menciona la adquisición de dos bienes inmuebles, cuando tres días antes ya se había comprado uno de ellos.

Y que según lo señalado por Fabio Valenzuela Soto y Eusebio Torres, los miembros de la entidad sin ánimo de lucro no realizaron solicitud o presentaron algún proyecto a la Gobernación del Caquetá, en tanto que los documentos firmados por ellos fueron los indicados por el Notario Castañeda Sarria.

Para el representante de la Fiscalía, tampoco se contaba con el certificado de disponibilidad presupuestal, el cual debía estar constituido previamente, conforme el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico del Presupuesto), y el propio instructivo de interventoría del departamento del mes de octubre de 2003, y que por eso en la cláusula quinta del convenio la imputación presupuestal aparece sin número, ya que para esa fecha no existía, pues

se hizo dos días después de su celebración, pese a que para el 29 de diciembre de 2003 se suscribió la orden de pago No. 2386.

De otra parte, adujo que, si bien el 30 de diciembre de 2003 el aforado aprobó las pólizas, las mismas fueron expedidas el 31 de diciembre, todo lo cual denota que la celebración del convenio fue solo una fachada para lograr el cometido señalado previamente.

Y que el gobernador, pese a ser garante de la correcta ejecución de los recursos públicos, entregó dineros sin el debido cumplimiento de los principios de transparencia, planeación y economía, toda vez que con el avalúo practicado a los inmuebles ante su valor comercial de \$41.691.599, dio lugar a un sobre costo de \$16.788.581 entre aquél valor y la suma transferida por el departamento (\$60.000.000), configurándose el delito de peculado por apropiación del inciso primero del artículo 397 del Código Penal, por cuanto el valor superó los cincuenta (50) S.M.L.M.V para el año 2003 que correspondían a \$16.600.000.

Precisamente, en relación con el sobre costo, aclaró que de la cifra de \$17.836.896, se debe descontar el valor de los gastos notariales de escrituración y registro sufragados por Castañeda Sarria que ascendieron a \$1.048.315, por ello la suma \$16.788.581, corresponde a los dineros trasladados por el gobernador en favor de Humberto Castañeda Sarria y Jacqueline Gómez Artunduaga.

En esa misma línea, señaló que, ante la imposibilidad de destinar recursos para la compra y donación de inmuebles según lo previsto en el artículo 355 de la Constitución Política, la Secretaria de Planeación cambió la certificación de 24 de octubre de 2003 al proyecto que había denominado “*COMPRA CASA PARA ATENCIÓN DEL ADULTO MAYOR EN EL MUNICIPIO DE BELÉN DE LOS ANDAQUÍES, DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ*”, —que se encontraba contemplado en los programas del Plan de Desarrollo Departamental bajo el radicado 291 en el Banco de Programas y Proyectos—, por una nueva certificación al indicar que el proyecto iba referido a la “*PROTECCIÓN DEL ADULTO MAYOR EN EL MUNICIPIO DE BELÉN LOS ADAQUÍES, DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ*” con idéntica información, lo que en criterio de la Fiscalía se hizo con el fin de ajustar el objeto para lograr la disposición de los recursos públicos.

Concluyó que en la cláusula segunda del convenio hizo alusión a los inmuebles lo que denota que su adquisición fue razón de ser del monto del aporte de la Gobernación, de manera que el aforado de forma consciente y voluntaria, eludió cumplir con los requisitos esenciales para la celebración del referido convenio y con ello permitir que terceros se quedaran con los dineros del departamento, sin que pueda ser justificado por la aparente intención altruista de favorecer a los ancianos.

5.2. Ministerio Público

La Delegada del Ministerio Público no pudo concurrir a

la audiencia de juzgamiento, excusándose por ello, no obstante, como allegó de manera escrita su intervención la Sala estima que, en respeto por su función constitucional de salvaguardar y promocionar los derechos humanos, proteger el interés público y vigilar la conducta oficial de quienes desempeñan funciones oficiales, se analizarán sus alegaciones:

Además, porque el proceso reglado por la Ley 600 de 2000 es esencialmente escritural y, aunque en la vista pública se dé participación oral a los sujetos procesales, no existe la posibilidad de réplica de la defensa, como sí lo prevé el artículo 443 de la Ley 906 de 2004, por ello, darle cabida a tales argumentos no socava las garantías fundamentales de los demás sujetos procesales y, por el contrario, materializa la prevalencia del derecho sustancial respecto de las formas.

En su escrito, solicitó emitir una sentencia absolutoria a favor del aforado²⁵ al estimar que en el convenio censurado sí se cumplieron los requisitos de orden constitucional y legal del Decreto 777 de 1992, no mediando por lo mismo irregularidades.

Destacó también que no existe indicio o prueba sumaria de la apropiación de dineros públicos por parte del enjuiciado y que las irregularidades advertidas por la Contraloría por presuntos sobrecostos no pueden endilgársele a él, ya que

²⁵ Fls. 355 ss., cuaderno CSJ N° 2.

esas operaciones comerciales hicieron parte de la ejecución del contrato, cuya fase no está abarcada por el tipo penal, y de otro, porque era responsabilidad de la interventoría y no del aforado vigilar el manejo que la entidad sin ánimo de lucro daba a los recursos girados por la Gobernación.

En su criterio, la Fiscalía se equivocó al señalar que era aplicable la Ley 80 de 1993, por cuanto el convenio celebrado se regía por un régimen especial, ya que solo aquél Estatuto Contractual tiene lugar en dos eventos: *i)* en lo concerniente a los principios rectores de la contratación pública; y *ii)* en la integración de las cláusulas exorbitantes o excepcionales a los regímenes especiales, conforme lo ha señalado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP712-2017, 25 ene. 2017.

Resaltó así, en primer lugar, que el convenio efectivamente constó por escrito y que se expidió el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal el 24 de diciembre de 2003. También hizo referencia a la obligación de publicar el convenio en la Gaceta Oficial atendiendo a su cuantía, requisito que hace parte de la fase de ejecución contractual y, por tanto, la constatación de una irregularidad en dicho sentido no se ajusta al tipo penal en comento.

Respecto a la idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro, puso de presente que obra la declaración extra proceso en la cual el presidente de la *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos* dio cuenta de haber manejado con

anterioridad recursos públicos, siendo la única institución que funcionaba como casa hogar del adulto mayor.

Con lo anterior, aseguró que la verificación de la capacidad e idoneidad técnica y administrativa de la entidad privada se cumplió a cabalidad, pues antes de su celebración se constató que dicha entidad, fundada en 1996, tenía experiencia en el manejo de recursos públicos y, además, era la única dedicada al cuidado de los adultos mayores en el municipio.

Acerca de las cláusulas de terminación unilateral, adujo que el Decreto 777 de 1992 establece la posibilidad de consagrarlas, sin que ello se constituya en una obligación, pues la norma opera de pleno derecho para todos los contratos de tal tipología, por lo que la ausencia del referido clausulado no podría ser considerada como una irregularidad, no obstante, en la cláusula décima primera del convenio se indicó la aplicación de los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993, esto es, las aludidas cláusulas.

Tocante a las garantías y pólizas señaló que estas efectivamente fueron constituidas y aprobadas por el aforado antes de iniciar la etapa contractual. Además, insistió en que tal requisito, en cualquier caso, hace parte de la ejecución del contrato, conforme lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

Concerniente al registro presupuestal, resaltó que tampoco es un requisito cuya vulneración configure el delito

de contrato sin cumplimiento de requisitos, pues no es una condición de existencia del contrato o de su perfeccionamiento, sino un requisito necesario para su ejecución, por demás su presunta inexistencia no puede considerarse como irregularidad atribuible al acusado.

En relación con el supuesto sobrecosto destacó que como el convenio iba dirigido a aunar esfuerzos para la protección del adulto mayor, le correspondía a la interventoría vigilar el correcto uso de los recursos públicos por parte de la *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos*.

Y que el eventual sobrecosto en la compra de los bienes no puede ser imputable al aforado, en la medida en que ni su adquisición ni su valor fueron parte del convenio. Así mismo, recalcó que el aporte de \$60.000.000 hecho por la Gobernación debía ser invertido en la protección del adulto mayor por parte de la *Casa Hogar Los Colonos*, lo que le correspondía hacer a esta última, siendo del resorte de la Secretaría de Planeación vigilar la ejecución del convenio y precaver los supuestos sobrecostos.

Finalmente, adujo que en el plenario no hay prueba que determine el apoderamiento de dineros públicos por parte de MUÑOZ PARRA, sin que sea suficiente para ello argumentar la ocurrencia del presunto sobrecosto en la compra de los inmuebles.

5.3. Apoderado de la parte civil

Se mostró partidario de la solicitud presentada por la Fiscalía²⁶, al considerar que existe prueba suficiente para condenar al procesado ya que obra la declaración de Fabio Valenzuela al narrar cómo Humberto Castañeda Sarria lo abordó en una ocasión y lo invitó a la casa que estaba vendiendo, lugar en el que a su vez se encontraba el entonces gobernador, reunión en la que participaron distintos miembros de la entidad sin ánimo de lucro a quienes MUÑOZ PARRA les dijo que iba a comprar dicho inmueble para el ancianato ante las malas condiciones del lugar en el que estaba funcionando, agregando el deponente que el procesado no les informó el valor, pues fue Humberto Castañeda Sarria quien les dijo que la venta era por \$60.000.000.

Que también está la declaración de Eusebio Torres, que corroboró lo manifestado por Fabio Valenzuela, al indicar que el procesado y Castañeda Sarria, después de plantear la compra, se "retiraron un poquito", lo que permitió a los miembros de la junta comentar lo costoso que resultaba tal compra, no obstante, el presidente Fabio Valenzuela dijo que "la plata no salía de ellos" y, por tanto, no había razón para oponerse al precio.

Por ello, estimó que las anteriores declaraciones evidencian que la iniciativa de la negociación surgió del procesado y del señor Castañeda Sarria. De igual manera,

²⁶ Fls. 348 ss., cuaderno CSJ N° 2.

que la junta no presentó la propuesta ni el proyecto, por el contrario, fue direccionada hacia la firma del convenio para la obtención de una donación, cuando la verdadera naturaleza del negocio era la compra de dos bienes inmuebles.

Subrayó que el convenio no cumplía con los requisitos legales exigidos, por cuanto los estudios previos carecían de exigencias mínimas y las pólizas fueron aprobadas con posterioridad al giro de los recursos, lo cual, en su criterio, llevó a la vulneración de principios de la administración pública como el de economía, selección objetiva del contratista, responsabilidad y planeación, en detrimento del erario público.

En relación al delito de peculado por apropiación, destacó el informe pericial 705036 de agosto 24 de 2012, que no fue objetado por los sujetos procesales, y en el cual se estableció un avalúo de los inmuebles por valor de \$42.163.104 y, por tanto, un sobrecosto de \$17.836.896.

Finalmente, insistió en la incapacidad económica de la *Junta Administradora de la Casa Hogar Los Colonos*, pues los recursos disponibles no llegaban a \$4.000.000, como se comprobó con el acta de inventario general de mayo 24 de 2004, a través del cual Fabio Valenzuela hizo entrega a quien lo sucedió como presidente de la misma.

5.4. Alegatos de la defensa

La apoderada del procesado solicitó la emisión de sentencia absolutoria²⁷, por ausencia de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de las conductas que le fueron endilgadas a su asistido.

Aseguró que la Fiscalía no probó los hechos de la acusación y solo pretende inculpar a MUÑOZ PARRA con argumentos fuera de contexto, según las declaraciones de dos de los cinco miembros de la *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos*.

Que el ente acusador no tuvo en cuenta el actuar doloso de Fabio Valenzuela Soto, principal causante y responsable del quebrantamiento de las obligaciones adquiridas en el convenio.

En criterio de la togada, las pruebas que soportaron la acusación fueron interpretadas de manera acomodada, pues la Fiscalía no persiguió a los verdaderos culpables, ni llamó a declarar al gobernador entrante, Juan Carlos Claros Pinzón, a quien correspondía velar por la correcta ejecución y liquidación del convenio, más aún cuando el posible daño patrimonial ocurrió en su mandato y no en el su defendido.

Subrayó que no obra prueba sobre el seguimiento a la ejecución y liquidación del convenio por parte de la nueva

²⁷ Fls. 331 ss., cuaderno CSJ N° 2.

administración, por demás, si se hubiese actuado de forma oportuna habría sido posible hacer efectivas las pólizas de garantía y cumplimiento o evitar el pago o, incluso, deshacer la compra.

Puso de presente que fue el representante legal de la *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos* quien realizó la compra de los respectivos inmuebles. Así mismo, que tanto este último, como otros integrantes de la entidad, entre ellos Eusebio Torres, recibieron dádivas durante el tiempo que demandó el negocio (incluyendo comida y transporte), de parte del vendedor Humberto Castañeda Sarria. Pese a ello, reprochó que la Fiscalía los hubiera tratado como meros testigos y nunca los hubiera investigado, en el afán de inculpar a un inocente.

Así mismo, destacó que, según obra en el sumario, la propiedad de los inmuebles radica en cabeza de la entidad sin ánimo de lucro, en la cual actualmente aloja y atiende a los ancianos a su cargo.

Sobre el delito de peculado por apropiación, advirtió que la Fiscalía le dio una lectura diferente al objeto del convenio, en contravía del artículo 1602 del Código Civil, como quiera que no fue la compra de dos bienes inmuebles, de ahí que, en criterio de la defensora, no es posible, ni justo imputar el referido delito a su asistido.

Puso de presente que la Fiscalía busca inducir a error cuando resalta el avaluó realizado por el técnico del ente

investigador, según el cual, la Gobernación del Caquetá compró los inmuebles a un precio de \$60.000.000, cuando claramente tal entidad no los adquirió.

Advirtió que medió libertad del comprador en la adquisición de bienes, pues el representante de la entidad sin ánimo de lucro libremente se desplazó al banco en compañía del vendedor Humberto Castañeda Sarria, a pesar de que le pareció exagerado el precio, y sin que exista prueba de que hubiera sido presionado, constreñido o intimidado para llevar a cabo tal compra.

Paralelamente, aseveró que es falso que el cheque de 29 de diciembre de 2003 fuera entregado un día antes de la aprobación de las pólizas, pues en su entender, fue el mismo día o, al menos, surge una duda en este aspecto, la cual debe ser resuelta a favor del enjuiciado, por demás, ese título valor se hizo efectivo el 2 de enero de 2004, de ahí que el momento de ejecución del delito con la entrega de los \$60.000.000, así como el pago de los respectivos inmuebles, se cumplieron cuando su defendido ya no era gobernador.

Tras cuestionar la falta de claridad entre los hechos y su encuadramiento en el referido delito, señaló que: *i)* al convenio no le es aplicable la Ley 80 de 1993; *ii)* el cumplimiento de los requisitos de la etapa previa se dio entre el mes de noviembre y el 22 de diciembre de 2003; *iii)* su legalización se surtió entre la última fecha mencionada y el 30 de diciembre de 2003; *iv)* su ejecución a partir del 2 de enero hasta el 2 de febrero de 2004, tal y como se pactó en

la cláusula séptima del convenio, momento para el cual su representado ya no era el gobernador del Caquetá; v) la liquidación debió ocurrir entre el 3 de febrero de 2004 y el 3 de febrero de 2005, cuando tampoco fungía su defendido como gobernador.

Resaltó el documento suscrito por la Contralora Delegada para la Investigación, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, en el cual afirmó que el objeto del convenio no era la adquisición de bienes inmuebles, sino que se constituyó en un apoyo para su adquisición y, por ende, no era necesario hacer avalúos ni determinar sus costos, siendo del resorte de la interventoría la vigilancia y correcta ejecución de los recursos.

Trajo también a colación el documento emitido por la Procuraduría General de la Nación dentro de la investigación disciplinaria contra el aforado por estos mismos hechos, cuando se precisó que al mencionado acuerdo no le resultaba aplicable el Estatuto Contractual y que si bien las fechas entre la aprobación de póliza y su expedición diferían del orden normal (la aprobación tiene fecha del 30 de diciembre y la expedición de pólizas del 31 de diciembre), materialmente no pudieron aprobarse las garantías si estas no hubieran sido previamente expedidas, las cuales, resaltó, cumplían con los parámetros legales requeridos en el convenio.

A su turno, cuestionó que en la acusación se considerara que los estudios previos no cumplían con las

exigencias mínimas, sin alguna precisión al respecto, lo cual va en detrimento de los derechos de defensa, legalidad, buena fe, prevalencia del derecho sustancial y acceso a la administración de justicia.

Con base en lo anterior estimó que también la falta de antijuridicidad de la conducta y por ende, la ausencia de responsabilidad penal de MUÑOZ PARRA.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018, el cual modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y emitir sentencia, pues el fuero que ampara al señor PABLO ADRIANO MUÑOZ PARRA por haber sido gobernador del departamento de Caquetá, aun cuando ya no ostenta tal condición, las conductas descritas en la resolución de acusación emitida en su contra por la Fiscalía General de la Nación guardan relación con las funciones que desarrolló al frente de ese departamento del 1° de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2003.

Según constancia de la Oficina de Recursos Humanos y Bienestar Social del Departamento del Caquetá el procesado

se desempeñó como gobernador en el citado periodo²⁸, por ello, en tal condición, el 22 de diciembre de 2003 celebró el Convenio 109 con la entidad sin ánimo de lucro *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos*, el cual es materia de análisis en este juicio.

6.2. Requisitos para condenar

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, que rige en el presente asunto, para proferir sentencia condenatoria se requiere que la prueba legal, regular, oportuna y válidamente recaudada en el proceso conduzca a la certeza sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del acusado.

En armonía con lo anterior, se requiere dar pleno cumplimiento a las previsiones del artículo 238 de la misma normatividad, según el cual para resolver el asunto se debe hacer una valoración conjunta y concatenada de los medios de convicción arribados al plenario tanto de cargo como de descargo, confrontándolos y comparándolos entre sí, de cara a dar cumplimiento a los principios que integran la sana crítica –los principios de la lógica, las leyes de la ciencia y las reglas de la experiencia–, sin desconocer que en el sistema procesal regido por la citada ley opera el principio de la libertad probatoria, consagrado en el artículo 237 *ídem*.

²⁸ Fl.104, cuaderno principal Fiscalía N° 1. En la audiencia pública de juzgamiento el acusado manifestó que su período como gobernador comenzó el 1 de enero de 2001 y finalizó el 31 de diciembre de 2003 (Audio minuto 10:10- 10:21).

Con este fin, se debe destacar que para la sentencia no se basta la asunción de la ocurrencia de un suceso, porque para la adecuación típica y subsiguiente declaración de responsabilidad penal es menester motivar la atribución jurídico penal o ligazón con el actuar del procesado, aspecto en el cual debe mediar la precisión del tipo objetivo y subjetivo, así como de qué manera desarrolló en todo o en parte la conducta prohibida, sus circunstancias, el objeto sobre el cual recayó, la forma conductual, etc.

Por eso, para determinar si en el presente asunto se encuentran reunidos los citados presupuestos, se abordará en primer lugar la definición legal y estructura dogmática de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, baremos que servirán para verificar si los comportamientos predicados de MUÑOZ PARRA se adecuan a la descripción típica del concurso delictual objeto de acusación, y si de contera, tales conductas devienen en antijurídicas y culpables.

6.3. Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

6.3.1. Del tipo objetivo

Como las actividades contractuales públicas hacen parte del armazón estatal, han de estar signadas por los principios fundantes de la función administrativa, de ahí que no solo deben estar al servicio de los intereses generales, sino que, en virtud de lo normado en el artículo 209 superior,

deben ajustarse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, todo ello encaminado a cumplir los fines del Estado de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales.

En ese orden, el delito en estudio, conducta atentatoria del bien jurídico de la administración pública, busca preservar los postulados que de raigambre constitucional la rigen y específicamente con la descripción típica, que los ámbitos de tramitación, celebración y liquidación de los contratos estatales se cumplan de acuerdo con las normas que los rigen.

El artículo 410 del Código Penal lo define en los siguientes términos:

El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) 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.

Es menester advertir que en este caso no resulta aplicable el incremento punitivo de que trata el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pues tal normativa que estuvo asociada

al trámite de la Ley 906 de 2004, solo rige para las conductas perpetradas a partir del 1° de enero de 2005, en tanto que los hechos ocurrieron el 22 de diciembre de 2003, razón por la cual se ha surtido bajo los lineamientos de la Ley 600 de 2000.

Para la estructuración del referido ilícito se exige, en primer lugar, ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato y, en segundo lugar, llevar a cabo la conducta desvalorada sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales²⁹.

Es un injusto *de mera conducta*, en tanto para su materialidad no requiere un perjuicio concreto al bien jurídico tutelado. La norma sanciona el que se prevalezca el interés particular en detrimento del provecho común que debe modular la contratación pública.

Es un tipo penal en blanco, razón por la cual se debe acudir a normativa extra penal para complementar su supuesto fáctico. En concreto, debe acudirse a aquellas normas consagradas en el Estatuto General de la Contratación Pública, esto es, la Ley 80 de 1993, las demás disposiciones que la desarrollan o, de ser el caso, a las normas consagradas en regímenes especiales de contratación estatal, con el fin de establecer el alcance del elemento normativo *requisitos legales esenciales*.

²⁹ Cfr. CSJ SP, feb. 9 de 2005, rad. 21547 y CSJ SP, mar 23 de 2006, rad. 21780.

La Sala de Casación Penal ha reiterado que la contratación estatal es una actividad pública estrictamente reglada a partir de principios y valores constitucionales que permean las distintas etapas del proceso contractual, su transgresión no solo puede comprometer la existencia y validez de los actos contractuales, sino también dar lugar a la configuración de responsabilidad penal, disciplinaria o fiscal por parte de los servidores públicos y los particulares que en ella intervienen³⁰.

Con tal tipo penal se pretende salvaguardar los pilares fundamentales de la contratación estatal con el objetivo de que las etapas de tramitación, celebración y liquidación se realicen con transparencia, economía, responsabilidad, planeación, igualdad y selección objetiva, principios contemplados en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 y descritos en sus mismos preceptos así:

i) Principio de transparencia (artículo 24), según el cual, la actuación administrativa y, en concreto, la relación jurídica que surge en todo trámite contractual debe regirse por disposiciones y estándares de conducta claros para las partes que permitan adelantar los procesos en condiciones de igualdad para todos los interesados.

Se concreta en la escogencia objetiva del contratista con fundamento en su idoneidad y favorabilidad de la oferta, en motivar expresa y detalladamente el informe de evaluación,

³⁰ Cfr. CSJ SP 13 jun. 2018, Rad. 45228.

adjudicación o declaratoria de desierto, así como en garantizar la publicidad y el derecho de contradicción de todas las etapas del proceso contractual, establecer de antemano las reglas por las que ha de regirse tal trámite y la adjudicación del contrato, así como en actuar sin desviación o abuso de poder.

ii) *Principio de economía* (artículo 25), busca asegurar la eficiencia en la actividad contractual, para que los procedimientos se surtan de forma ágil y sencilla, en orden a maximizar los resultados y minimizar los costos para la administración.

iii) *Principio de responsabilidad* (artículo 26), insta a los servidores públicos a dirigir su actividad hacia el cabal cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución del objeto acordado y actuar como garantes de los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, debiendo responder por sus acciones y omisiones.

iv) *Principio de planeación*, (artículos 25 y 26), consiste en la obligación de analizar la conveniencia del objeto a contratar, así como el deber de elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, pliegos de condiciones o términos de referencia con antelación al trámite de selección del contratista o a la firma del contrato, indicando de forma precisa las reglas para su adjudicación, requisitos que deben cumplir los oferentes con anterioridad a la apertura del

proceso licitatorio o al envío las invitaciones a presentar propuestas.

Así se pretende asegurar que la actividad contractual esté precedida de los estudios técnicos, financieros y jurídicos necesarios para determinar su viabilidad económica y técnica, minimizando los riesgos producto de la improvisación y el desorden administrativo y responder así a un verdadero análisis de las necesidades de los administrados³¹.

Tocante a las distintas etapas que abarca el correspondiente tipo penal, ha puesto de relieve la Sala de Casación de esta Corporación que:

...las formas de comisión de este delito se refieren a comportamientos distintos. Una es la conducta aludida en la primera modalidad, donde se reprocha el hecho de tramitar el contrato sin observar sus requisitos legales esenciales; y otra, la de quien lo celebra o liquida, pues en estos casos la prohibición se hace consistir en no verificar el cumplimiento de los requisitos legales inherentes a cada fase.

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 may. 2003, rad. 14.669) y, desde entonces, ha venido siendo reiterada (recientemente, cfr. CSJ y SP 23 nov. 2016, rad. 46.037). Por expresa disposición legal, la mencionada conducta punible se

³¹ Cfr. CSJ SCP, SP2682-2018, 27 jun. 2018, Rad. No. 48509.

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 ejecución.

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.

Digase, 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 descriptivos³².

6.3.2. Tipo subjetivo

El delito en estudio admite exclusivamente la forma conductual dolosa, por tanto, han de converger las aristas de conocimiento de los hechos típicos y *voluntad* en su realización. En tal medida, es necesario que medie el conocimiento o conciencia de los elementos descriptivos y normativos del tipo penal que se refieren a la exterioridad de la conducta, así como el volitivo, entendido como el querer realizarlos, de ahí que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.

6.3.3. Correspondencia de la conducta al tipo endilgado

i) Respecto al primero de los requisitos del tipo, esto es, ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la

³² CSJ SCP SP712-2017, 25 en. 2017, Rad. 48250.

competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato, se tiene que al proceso fue allegada la documentación que acredita que el señor PABLO ADRIANO MUÑOZ PARRA fue elegido gobernador del departamento del Caquetá, cargo del que tomó posesión el 1° de enero de 2001 y desempeñó hasta el 31 de diciembre de 2003³³.

Así mismo, que MUÑOZ PARRA durante su desempeño como gobernador del Caquetá y, por ende, como representante legal de dicha entidad territorial, celebró el Convenio 109 de 22 de diciembre de 2003 con la entidad sin ánimo de lucro *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos*³⁴.

Si bien la calificación del autor se encuentra acreditada, así como la competencia funcional para celebrar este tipo de convenios, la Sala hará una serie de precisiones respecto al núcleo de la conducta punible, en relación con la tramitación de contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o celebración o liquidación.

ii) Como se ha señalado con anterioridad, al ser el mencionado ilícito un tipo penal en blanco, se debe acudir a las normas que regulan la contratación estatal con el fin de determinar cuáles son los requisitos esenciales que deben cumplirse en las distintas fases precontractuales y

³³ Fl.104, cuaderno principal Fiscalía N° 1. En la audiencia pública de juzgamiento el acusado manifestó que su período como gobernador comenzó el 1 de enero de 2001 y finalizó el 31 de diciembre de 2003 (Audiencia de Juzgamiento, audio minuto 10:10-10:21).

³⁴ Fls. 3 ss., cuaderno anexo Fiscalía N° 1.

contractuales, específicamente aquí el convenio entre el aforado, como gobernador del departamento de Caquetá, y la entidad sin ánimo de lucro *Junta Administradora Casa Hogar los Colonos* celebrado al amparo del artículo 355 de la Constitución Política.

El punto álgido de la discusión radica precisamente en determinar cuál es el marco normativo al que debe de acudirse pues, mientras que la Fiscalía sostiene que este debe estar integrado por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y sus normas reglamentarias, la defensa y la representante del Ministerio Público, en desacuerdo con la anterior posición, manifiestan que es el Decreto 777 de 1992 y su decreto reglamentario, los que deben tenerse como punto de referencia.

El origen del artículo 355 de la Constitución Política con base en el cual nació el convenio en estudio se remonta al querer del constituyente de 1991 de frenar antecedentes prácticas irregulares que desbordaron el manejo adecuado del erario público, prohibiendo a las entidades públicas el decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, por eso señaló en el citado precepto que:

Ninguna de las ramas y órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de

reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

Con ello, se dio vía a los convenios de asociación con el claro fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes al plan nacional y los planes seccionales de desarrollo.

En esos convenios una de las partes ha de tener una cualificación especial al ser una persona jurídica de carácter privado, sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, acotándose por demás el objeto del mismo, ya que ha de estar destinado a impulsar programas y actividades de interés público.

La teleología del aludido precepto constitucional es incentivar y apoyar oficialmente a esas entidades que realizan actividades sociales en interés público, una de las maneras como se satisface la parte social del Estado.

Precisamente, en relación con este tipo de convenios, tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado³⁵ han coincidido en señalar que su objeto es el de impulsar o apoyar, por parte del Estado, las actividades de fomento y beneficio común que realizan las entidades privadas sin ánimo de lucro, con el fin de incentivar la participación de los particulares en las actividades sociales propias a cargo

³⁵ Así, por ejemplo, en Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 30 may. 2017, Rad. 2319. Sentencia Corte Constitucional C-507 de 2008.

del Estado y que se encuentran incluidas dentro del Plan Nacional de Desarrollo y los Planes Seccionales de Desarrollo, como ya se indicó.

Para su respectiva reglamentación inicialmente fueron expedidos los Decretos 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993, por eso, al ser disposiciones antecedentes a la Ley 80 de 1993 surgieron dudas si les era aplicable esta última normatividad de contratación estatal, y para zanjar tal incertidumbre fue expedido con posterioridad el Decreto 092 de 23 de enero de 2017³⁶, que derogó aquellos decretos y cobijó expresamente los convenios que se celebran bajo el artículo 355 con los principios de la contratación estatal.

iii) En las consideraciones del Convenio 109 del 22 de diciembre de 2003 se consagró lo siguiente:

1. Que en el plan de desarrollo "Un nuevo amanecer Por Ti...Caquetá", se contemplan como objetivos el mejorar las condiciones de vida de la población más necesitada del Departamento, dentro del programa "Sector salud Atención al Adulto Mayor". 2. Que la Constitución Nacional y el Decreto 777 de 1.992, modificado por el Decreto 1403 de 1.992 permite celebrar contratos y convenios entre entidades estatales y entidades sin ánimo de lucro, con el fin de impulsar programas y actividades del Plan de Desarrollo. 3. Que la Junta Administradora Casa Hogar los Colonos no cuentan con recursos necesarios para

³⁶ Sobre dicho decreto se ha tramitado demanda de nulidad en el Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 11001-03-26-000-2018-00113-00(62003), el cual, mediante Auto de 19 de octubre de 2017, ha decretado la suspensión provisional de diversos apartados del Decreto 092 del 23 de enero de 2017.

*el sostenimiento y brindar protección del adulto mayor en el Municipio de Belén de los Andaquíes – Caquetá*³⁷.

Con base en tales consideraciones, el gobernador MUÑOZ PARRA y la entidad sin ánimo de lucro, *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos*, celebraron un convenio cuyo objeto era el de “AUNAR ESFUERZOS PARA LA PROTECCIÓN DEL ADULTO MAYOR EN EL MUNICIPIO DE BELÉN DE LOS ANDAQUÍES – CAQUETÁ”, tal y como se acordó en su cláusula primera.

En la cláusula tercera se estableció que el valor de este ascendía a la suma \$100.000.000, discriminada así: \$60.000.000 correspondientes al aporte del departamento y \$40.000.000 al de la *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos*, representados en la dotación de muebles y enseres, así como en el pago de sueldos y prestaciones para una manipuladora de alimentos, una aseadora y un celador durante tres años.

Mediaba formalmente un correlato de obligaciones, unión de fuerzas en la actividad social a fin de proteger de un sector de la población en condiciones de vulnerabilidad (ancianato), del municipio de Belén de los Andaquíes-Caquetá, lo cual, según certificación de Bellanid Vargas Artunduaga, Secretaria de Planeación, se encontraba contemplado dentro de los programas del Plan de Desarrollo Departamental³⁸.

³⁷ Fl. 3, cuaderno anexo Fiscalía N°1.

³⁸ Fl. 36, cuaderno anexo Fiscalía N°1.

En relación con la normativa especial que se desprende de los Decretos 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993, que parecería ajena a la ley de contratación la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al alcance del contenido del elemento normativo “*requisitos legales esenciales*” ha señalado que:

... de cara al art. 410 del C.P., un requisito contractual puede catalogarse como esencial a partir de, entre otros criterios, la valoración sobre el impacto que su inobservancia pueda tener en la materialización de los principios de la contratación estatal, en tanto concreción de las máximas rectoras de la función administrativa (art. 209 de la Constitución). Sobre esa base, la jurisprudencia tiene dicho que los principios constitucionales y legales que gobiernan la contratación de la administración pública integran materialmente el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Ello, por cuanto tales principios constituyen límites del ejercicio funcional del servidor público en materia de contratación; por ende, la violación de los requisitos legales esenciales del contrato tiene que examinarse con remisión a aquéllos. Pues la contratación estatal, como actividad reglada, debe adelantarse ajustada a esos postulados fundamentales.

Sobre la incorporación de los principios que rigen la contratación con el Estado a los tipos constitutivos de celebración indebida de contratos, la Sala ha expresado:

Los principios rectores irradian toda la materia de que tratan en la ley o código donde estén contenidos; y si son constitucionales, abarcan toda la legislación nacional. Por ello, si es factible para efectos de tipicidad en el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, desentrañar cuáles son esos requisitos legales esenciales con apoyo en

los principios de la administración pública consagrados en el artículo 209 de la Carta y en los principios de la Ley 80 de 1993.

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

Bien se ve, entonces, que el acatamiento de los principios rectores de esta faceta de la función pública constituye un requisito esencial aplicable, sin excepción, a todos los contratos estatales (CSJ SP 25 sept. 2013, rad. 35.344), al margen de que se encuentren regulados por la Ley 80 de 1993 o que estén reglamentados por algún régimen especial (CSJ SP 30 ene. 2008, rad. 28.434)³⁹.

Así pues, aunque los convenios de que trata el art. 355 de la Constitución Política se rijan por un régimen específico y diverso al consagrado en la Ley 80 de 1993, los principios de la contratación estatal que se encuentran en esta última norma no son ajenos a los contratos especiales, por el contrario, se erigen en criterios básicos que han de orientar la actividad del Estado en ese ámbito. Adicional a ello, tal y como se establece en el artículo 1° del Decreto 777 de 1992, esta tipología de convenios se encuentra sujeta a los

³⁹ CSJ SCP SP712-2017, 25 en. 2017, Rad. 48250.

requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el mismo decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas en el Decreto 222 de 1983.

La Sala de Casación Penal en la providencia ya citada enfatizó en que para analizar el cumplimiento de requisitos legales en relación con convenios de interés público celebrado antes del 1° de junio de 2017 -cuando entró a regir el Decreto 092 de 2017, la aplicación de normas contenidas en la Ley 80 de 1993 está limitada a dos eventos específicos: *i)* respecto de los principios rectores de la contratación pública que al provenir de los que funda la función administrativa, son aplicables a toda la contratación estatal y *ii)* la integración del régimen especial de los convenios de interés público con las normas de la Ley 80 de 1993 sólo procede por cláusulas de expresa remisión normativa, como la señalada en el art. 1° inc. 1° del Decreto 777 de 1992 que se refiere a las cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común⁴⁰.

Lo anterior le otorga razón a la representante del Ministerio Público y a la defensa cuando afirman que ha de ser el Decreto 777 de 1992 y su decreto reglamentario las normas que delimiten el contenido del elemento típico a efectos de valorar si se cumplieron o no los requisitos legales esenciales en la tramitación y celebración del convenio, pero obviamente debiéndose integrar los principios rectores de la contratación pública, como manifestación concreta de los

⁴⁰ CSJ SCP SP712-2017, 25 en. 2017, Rad. 48250.

principios de la función administrativa regulados en el artículo 209 de la Constitución.

Sobre este último punto, es menester precisar que la mera alusión a la vulneración de los principios transversales de la contratación estatal no basta para fundamentar la tipicidad del delito, ya que es necesario concretar, por una parte, de qué manera se vulneraron tales principios y, por otra, encuadrar el comportamiento del agente dentro de la descripción típica previamente establecida por la ley. Si lo anterior no ocurre, la conducta devendrá en atípica al no realizarse la totalidad de los elementos consagrados en el correspondiente ilícito penal.

El Decreto 777 de 1992, establece los siguientes requisitos para la celebración de los contratos de que trata el artículo 355 del texto superior:

a) La entidad sin ánimo de lucro con la que se pretenda celebrar el convenio debe ser de reconocida idoneidad. Según artículo 1º del Decreto 777 de 1992 (modificado por el artículo 1º del Decreto 1403 de 1992 *“Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La autoridad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado”*).

b) Los convenios deben estar dirigidos a impulsar programas y actividades de interés público. De conformidad

con el artículo 1º, inciso 2º, del Decreto 2459 de 1993 *“Los programa y actividades que se impulsen a través de dichos contratos deberán estar acordes a nivel nacional con el presupuesto de rentas y de apropiaciones de la Nación y a nivel departamental, distrital o municipal, con el respectivo plan de desarrollo”*.

c) Deben constar por escrito.

d) Dichos convenios están sujetos a las reglas de la contratación entre particulares, salvo lo relacionado con las cláusulas exorbitantes previstas en el Decreto 222 de 1983⁴¹.

e) Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a cien salarios mínimos mensuales (S.M.L.M.V) deben ser publicados en el Diario Oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial.

f) El contratista debe constituir garantías adecuadas de manejo y cumplimiento cuya cuantía será determinada en cada caso por la entidad contratante.

g) Se debe verificar la ejecución y cumplimiento del objeto del contrato a través de un interventor. En todo contrato se deben determinar sus funciones, entre las cuales están la de exigir el cumplimiento del objeto del contrato y solicitarle al contratista la información y los documentos que considere necesarios en relación con el desarrollo del mismo.

⁴¹ Normativa derogada por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993.

h) Antes de la celebración de los contratos se debe expedir un certificado de disponibilidad presupuestal suscrito por el Jefe de Presupuesto o quien haga sus veces en el organismo o entidad contratante, en el cual conste que dichos compromisos están amparados con apropiación presupuestal disponible.

i) Los contratos a que se refiere el presente decreto se encuentran sujetos al respectivo registro presupuestal y al control fiscal posterior por parte de las correspondientes Contralorías, conforme los artículos 267, 268 y 272 de la Constitución Política.

Es importante aclarar que, si bien estas formalidades deben cumplirse cuando se llevan a cabo convenios de tal naturaleza, no todas las inconsistencias que se generen al respecto se enmarcan *per se* dentro del tipo penal del artículo 410 del Código Penal. Recuérdese que solo resultará típico el incumplimiento de requisitos legales esenciales en la contratación estatal, siempre y cuando ello pueda encuadrarse en las fases de tramitación, celebración o liquidación de tales contratos.

En el caso concreto, el único requisito respecto del cual no existe discusión es que el convenio constase por escrito⁴². Más allá de eso, entre la Fiscalía y la defensa existe una gran

⁴² Fls. 3 ss., cuaderno anexo Fiscalía N° 1.

discrepancia en relación con el cumplimiento de las demás formalidades.

En sus alegatos de conclusión, el delegado del ente acusador afirmó que el aforado incumplió con los requisitos de publicidad, vigilancia del contrato a través de un interventor, contar previamente con el certificado de disponibilidad presupuestal, acreditar y motivar la idoneidad de la persona jurídica sin ánimo de lucro, aprobar en el correspondiente momento las garantías para el manejo y cumplimiento del convenio, los cuales considera esenciales, incluso, teniendo como punto de partida el Decreto 777 de 1992 y su decreto reglamentario.

Conforme con las anteriores normas, dado que la cuantía del convenio superaba los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos, advirtió el ente acusador que resultaba necesaria su publicación en la Gaceta Oficial, lo cual tampoco fue llevado a cabo por el acusado.

Así mismo, reprochó que los estudios previos fueron incorporados en un documento carente de las exigencias mínimas para ser tenido como tal, así mismo, el aforado entregó dineros, sin contar con las pólizas exigidas en clara contravía de los principios de planeación, transparencia, economía y selección objetiva de contratista.

iv) En primer lugar abordará la Sala los reproches relacionados con la fecha en la cual fue expedido el

certificado de disponibilidad presupuestal y el día en que fueron constituidas y aprobadas las pólizas.

Para la primera de las irregularidades mencionadas, según obra en el proceso, el certificado de disponibilidad presupuestal data del 24 de diciembre de 2003⁴³, pese a que el convenio se celebró el 22 de diciembre de la referida anualidad. Sin duda, existe una inconsistencia con la formalidad establecida en el artículo 7° del Decreto 777 de 1992 relativa al momento de expedición del aludido certificado, por cuanto fue con posterioridad a la celebración del referido convenio y no de manera previa.

Sin embargo, tal inconsistencia no da lugar *per se* a la configuración del tipo objetivo del delito contractual, pues se requiere valorar si dicha formalidad puede catalogarse como un requisito legal esencial de las fases de tramitación, celebración o liquidación y también habrá de verificarse si dicho comportamiento vulnera el bien jurídico protegido por el correspondiente tipo penal, conforme lo dispone el artículo 11 del Código Penal.

Lo primero que debe advertirse es que si bien el Decreto 777 de 1992 se titula "*por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la constitución política*", consagra exigencias y formalidades que no necesariamente hacen parte de la fase de celebración del contrato. Este es el caso del requisito que aquí se analiza, ya que la propia normativa exige que se cuente con el certificado

⁴³ Fl. 45, cuaderno anexo Fiscalía No 1.

de disponibilidad presupuestal antes de la celebración del contrato.

Dicha regulación permitiría entender que esta clase de requisito hace parte de la etapa de tramitación del convenio. En tal línea, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la preexistencia del certificado de disponibilidad presupuestal corresponde a un requisito de tramitación o previo a la celebración del contrato, conforme lo dispuesto en el art. 25, numeral 6° de la Ley 80 de 1993 (CSJ SCP SP712-2017, 25 ene. 2017, rad. 48250), criterio que también resulta admisible teniendo como marco normativo el Decreto 777 de 1992.

Por otra parte, desde el año 2005, el Consejo de Estado, en sentencia con Rad.12846, ha considerado que el certificado de disponibilidad presupuestal resulta ser un requisito previo y accidental del contrato en los siguientes términos:

(...) considera la Sala, que cuando el numeral 6° del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, hace alusión al certificado de disponibilidad presupuestal, lo establece como un requisito previo, accidental al acto administrativo que afecte la apropiación presupuestal, el cual, debe entenderse como a cargo del servidor público, cuya omisión, en los casos en que se requiera, genera responsabilidad personal y pecuniaria según indica el inciso final del mismo artículo 49 ya citado. En este sentido, no constituye entonces requisito de existencia ni de perfeccionamiento del contrato, pues se trata de un acto de constatación presupuestal propio de la administración,

*que como se indicó, es de carácter previo inclusive a abrir la licitación, concurso o procedimiento de contratación directa*⁴⁴.

Hecha la anterior precisión, resulta necesario entrar a valorar si tal requisito es esencial en la tramitación y desarrollo de los contratos estatales y, por ende, si su incumplimiento se encuadra en el tipo penal endilgado al aforado, para lo cual es pertinente advertir que, si bien el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo, como se puso de presente, ha unificado su jurisprudencia en el sentido de indicar que el certificado es un requisito accidental al contrato y su incumplimiento no genera inexistencia ni nulidad de este, la Sala de Casación de esta Corporación, al analizar el delito de que trata el art. 410 del Código Penal, ha afirmado la esencialidad del referido requisito, en los siguientes términos:

La Corte en sentencia de única instancia de 6 de febrero de 2008, rad. 20815, luego de citar en extenso la decisión del 23 de junio de 2005 en la que el Consejo de Estado después de distinguir el certificado de disponibilidad presupuestal del registro presupuestal considera que el primero es requisito accidental del contrato, dijo que en materia penal el mismo es esencial conforme con el artículo 71 del Decreto 111 de 1996.

En ese sentido concluyó que “Siendo ello así, es claro que la existencia previa de los recursos que habrán de soportar la obligación económica asumida por el ente público adquiere indudablemente la condición de requisito esencial, como a la postre lo reconoce el defensor, pues sin que exista la

⁴⁴ Tal postura se reitera, entre otras, en sentencia del 16 de agosto de 2012, Rad. 24463, en la que se señala que la falta de disponibilidad presupuestal no es causal de nulidad absoluta de ningún contrato, bien sea regido por el derecho común, o por el Estatuto de Contratación estatal, así como en sentencia del 13 de abril de 2015, Rad. 30685.

correspondiente partida no es posible adelantar el trámite contractual pertinente, precisamente porque el principio de legalidad del gasto prohíbe el compromiso de recursos que no tengan soporte en el presupuesto de la respectiva vigencia fiscal”.

Así, está probado que el certificado de disponibilidad presupuestal 0016 de marzo 23 de 2001 es preexistente al trámite del convenio interadministrativo celebrado entre la Alcaldía de Mocoa y la cooperativa COMENTE, de modo que por ese aspecto la conducta del acusado no transgrede el tipo penal por el cual fuera condenado.

Así mismo el recurrente agrega que haber tramitado el convenio excediendo el valor del certificado de disponibilidad presupuestal, no estructura una infracción de las reglas sustanciales de contratación.

Frente a este reclamo fundado en los errores atribuidos al Tribunal, la Sala advierte que aunque el valor de \$331.170.000 fijado en el Convenio Administrativo 034 del 24 de abril de 2001, que corresponde al señalado en la Resolución No. 048 del 31 de diciembre de 1999 del Departamento de Planeación Nacional – Comisión de Regalías- y al acreditado el 4 de octubre de 2000 por el Jefe de Presupuesto de Mocoa, es superior a la apropiación disponible certificada el 23 de marzo de 2001 por el citado funcionario, ello no configura el delito atribuido al procesado RUANO NAVARRO.

Considera que la suscripción del convenio por suma superior a la del certificado de disponibilidad presupuestal, no estructura la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, ni puede inferirse como lo concluyera el Tribunal que violó los principios de economía, planeación y de selección objetiva.

En efecto, está probado y así se dijo que previo a la suscripción del contrato había sido expedido el certificado de disponibilidad presupuestal, requisito este sí, esencial en la contratación administrativa⁴⁵.

Del extracto jurisprudencial traído a colación y, en concreto, en lo relacionado con la sentencia de 6 de febrero de 2008, Rad. 20815, resulta pertinente poner de relieve que también en aquella decisión se señaló que el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 exige, como requisito de legitimidad de la apertura de licitaciones y concursos, la existencia de las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales, más no su certificación, tras entenderse que la existencia de tal disponibilidad no depende de un documento que la certifique.

Pues bien, que la entidad pública cuente con una disponibilidad presupuestal antes de la celebración del contrato estatal, sin duda, es un requisito cuya finalidad radica en garantizar que se cuentan con los recursos necesarios para asumir las obligaciones económicas que se contraen y, de esta manera, actuar con responsabilidad económica, en cumplimiento de los principios de legalidad del gasto y planeación. En este contexto, el certificado de disponibilidad presupuestal tiene como objetivo acreditar precisamente que el gasto está autorizado dentro de la respectiva vigencia fiscal, resultando apenas obvio que su inexistencia, y como consecuencia, su no disponibilidad afecte los principios antes referidos.

⁴⁵ CSJ SCP SP18755-2017, 8 nov. 2017, Rad. 47318.

De la prueba allegada al proceso se tiene que el certificado con el que fue acreditada la existencia de disponibilidad presupuestal para el convenio sí fue expedido por la División de Presupuesto de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Caquetá, en el que se acredita una apropiación disponible por el valor de \$60.000.000; suma con la cual efectivamente el departamento cumplió con las obligaciones allí señaladas. Si ello fue así, para la Sala el reproche relacionado con la fecha de expedición del correspondiente certificado resulta ser meramente formal, pues este requisito, como se ha indicado, lo que busca es garantizar que se cuente con los recursos necesarios para asumir las obligaciones económicas contraídas y la expedición posterior del certificado—dos días después de la celebración del referido convenio—, no impidió el cumplimiento de tales compromisos, al haber estado los recursos a disposición de la entidad estatal.

En otras palabras, aunque la Sala no desconoce la irregularidad en el cumplimiento del requisito de expedición previa del certificado de disponibilidad presupuestal, materialmente tal inconsistencia, por sí sola, no tiene un impacto relevante sobre la materialización de los principios de la contratación estatal y no da pie a la vulneración del bien jurídico que se busca proteger en el delito del artículo 410 del Código Penal. Por ello, al no haberse acreditado una real afectación o tan siquiera una puesta en peligro del interés salvaguardado, tal y como se exige en el artículo 11 del referido estatuto punitivo, no se configura el injusto penal de cumplimiento de contrato sin requisitos legales como

consecuencia de esta particular deficiencia en la etapa previa.

v) Un segundo reproche tiene que ver con la fecha en la cual fueron expedidas y aprobadas las pólizas, lo que, en criterio de la Fiscalía, ocurrió con posterioridad al giro de los recursos. Sobre esta cuestión se tiene que efectivamente según obra en el plenario el documento que acredita la expedición de las pólizas data del 31 de diciembre de 2003, mientras que el documento de su aprobación tiene fecha del 30 de diciembre de tal anualidad⁴⁶.

Pues bien, con una simple lectura de ambos documentos la Sala evidencia que la aprobación de las pólizas no pudo llevarse a cabo sin que realmente existiera el documento de expedición, de manera que lo más probable es que en el escrito de aprobación se haya errado en cuanto a la fecha de emisión. Este reproche, valga la pena resaltar, no solo fue irrelevante en la correspondiente investigación disciplinaria, en la que se llegó a la misma conclusión que aquí se expone⁴⁷, sino que también lo es en efectos penales, sin que pueda compartirse la apreciación de la Fiscalía según la cual la aprobación de las pólizas un día antes de que fueran expedidas se erige en un indicio más que demuestra la celebración del convenio como fachada para lograr el cometido ilícito que se le endilga al exgobernador, tesis cuyo análisis será abordado con posterioridad.

⁴⁶ Fls. 73 ss., cuaderno anexo Fiscalía N° 2.

⁴⁷ Fls. 219 ss., cuaderno anexo Fiscalía N° 4.

Además de la irrelevancia de tal error, es de anotar que las garantías cumplieran con los parámetros legales requeridos en el convenio, como lo ha puntualizado la delegada del Ministerio Público. En efecto, en el plenario obra copia de las pólizas AA003967 por un valor asegurado de \$60.000.000 para el buen manejo del anticipo, por un término de 121 días y de \$10.000.000 para el cumplimiento del contrato, por un lapso de 90 días⁴⁸.

Incluso, así hubiese existido alguna irregularidad relevante en la aprobación de pólizas, debe recordarse que este requisito hace parte de la ejecución del contrato, según la normativa extra penal que se integra al tipo, y la jurisprudencia del Consejo de Estado, como órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y de la Sala de Casación Penal de esta Corporación⁴⁹, por lo que el incumplimiento de un requisito propio de esta etapa resultaría atípico como quiera que el delito en comento abarca las fases de tramitación, celebración y liquidación del contrato estatal.

Si bien lo expuesto con anterioridad eximiría a la Sala de seguir ahondando en este punto en particular, en lo que tiene que ver con el reproche formulado por el ente acusador respecto al hecho de que las garantías tengan una fecha de aprobación posterior a la orden de pago No. 2386 de fecha 29 de diciembre del 2003 para el desembolso de los \$60.000.000 a favor de la *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos*,

⁴⁸ Fls. 76 ss., cuaderno anexo Fiscalía N° 2.

⁴⁹ Sentencia del Consejo de Estado, 23 jun. 2005, Rad.12846. CSJ SP17159-2016 Rad. 46037.

de fecha 29 de diciembre del 2003⁵⁰, baste hacer la siguiente precisión:

Aunque la defensa pretende plantear una duda en la fecha de entrega del cheque, al afirmar que esto fue llevado a cabo el mismo día en el que fueron presentadas y aprobadas las referidas garantías, o que al mejor hay duda sobre ello, lo cierto es que en el proceso se encuentra copia del correspondiente cheque en el que se acredita que los recursos fueron consignados por la Tesorería del Departamento del Caquetá a favor de la *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos* el 2 de enero de 2004⁵¹, esto es, en una fecha posterior a la aprobación de las correspondientes pólizas.

Así pues, en este punto, tampoco ha logrado demostrar la Fiscalía, en primer lugar, que las inconsistencias entre las fechas de los referidos documentos sean deficiencias relevantes a efectos penales y que den lugar a la configuración del punible referido, ni, en segundo lugar, que tal cuestión en particular sea una muestra más de la artimaña que en su entender se llevó a cabo con la celebración del convenio para eludir las normas de la Ley 80 de 1993 y con ello apropiarse ilícitamente de recursos del Estado.

vi) La misma suerte corren los reproches relacionados con la falta de vigilancia del contrato a través de la

⁵⁰ Fl. 10, cuaderno anexo Fiscalía N° 6.

⁵¹ *Ibidem*.

interventoría, publicación del convenio en la Gaceta Oficial y la expedición del registro presupuestal, como quiera que, no solo existen dudas sobre la ocurrencia de tales hechos, sino que, aunque ello hubiese sido así, dichas irregularidades no pueden encuadrarse en el delito en estudio, al ser condiciones que han de cumplirse en la fase de ejecución del contrato y no en aquellas etapas que se consagran en el ilícito del artículo 410 del Código Penal.

vii) Concerniente a la presunta falta de vigilancia por parte de la interventoría del correspondiente convenio se tiene que en su cláusula décima se designó como interventora a la Secretaria de Planeación Departamental del Caquetá, Bellanid Vargas Artunduaga, pero al respecto obran declaraciones contradictorias: Por una parte, la propia señora Bellanid afirmó que su participación se contrajo a dar el visto bueno a los estudios previos e inscribir el proyecto en el Banco de Proyectos⁵², negando que hubiera sido designada como su interventora⁵³.

Por otra, los funcionarios de la Gobernación del Caquetá, Orlando Rojas Pinzón⁵⁴, Celmira Carvajal Otálora⁵⁵ y Amparo Vélez Pimentel⁵⁶, tras referir que fueron los encargados de la elaboración de los estudios previos y asesoría para la formulación del convenio, coincidieron en señalar que la interventora del convenio fue la Secretaria de Planeación de la época, Bellanid Vargas Artunduaga, lo cual

⁵² Fls. 112 ss., cuaderno principal Fiscalía N° 3. Fl. 36, cuaderno anexo Fiscalía N°6.

⁵³ Fls. 119 ss., cuaderno principal Fiscalía N° 3.

⁵⁴ Fls. 62 ss., cuaderno principal Fiscalía N° 3.

⁵⁵ Fls. 66 ss., cuaderno principal Fiscalía N° 3.

⁵⁶ Fls. 72 ss., cuaderno principal Fiscalía N° 3.

ratifica el dicho del procesado cuando adujo que la designación de la interventoría recayó en ella⁵⁷.

Y si bien Bellanid Vargas niega tal hecho, al tiempo que dice desconocer por qué sus compañeros de trabajo dan cuenta de ello⁵⁸, tal negativa puede obedecer a que el proceso de responsabilidad fiscal relacionado con el convenio que adelantó la Contraloría no iba dirigido contra MUÑOZ PARRA como gobernador, sino contra ella como Secretaria de Planeación⁵⁹ (proceso que terminó por prescripción de la acción fiscal), lo que haría entendible que en esta sede penal quiera mostrarse ajena a la vigilancia del convenio.

Precisamente en el proceso de responsabilidad fiscal que se adelantó por estos hechos, si bien por auto de 15 de diciembre de 2006, se abrió proceso en contra de PABLO ADRIANO MUÑOZ PARRA⁶⁰, por auto 12 de marzo de 2007 fue revocada su vinculación, en tanto que centró la atención en la interventora del contrato:

El convenio por sí mismo no consistió en la compra de los bienes, sino se (sic) constituyó en un medio de apoyo para que se pudieran adquirir, lo que permite deducir, que para su celebración (del convenio) no era necesario hacer estudio de predios, determinar su costo, ni hacer avalúos, estas actividades las debió realizar como función de vigilancia, la interventoría para controlar la correcta ejecución de los recursos. Así las cosas, la participación

⁵⁷ Audiencia de Juzgamiento, audio minuto 24:02 -24:40.

⁵⁸ Fls. 112 ss., cuaderno principal Fiscalía N° 3.

⁵⁹ Fl. 154, cuaderno CSJ N° 1. Proceso de responsabilidad fiscal allegado en medio magnético (fls.605 ss., cuaderno principal N° 4).

⁶⁰ Fl. 154, cuaderno CJS N° 1. Proceso de responsabilidad fiscal allegado en medio magnético (fls.254 ss., cuaderno principal N° 2).

del Gobierno Departamental fue única y exclusivamente, el aporte de unos recursos para la protección del adulto mayor, es decir, era una labor de apoyo, más no de gestor del proyecto, lo que viene a significar que no hay relación de causalidad entre el hecho presuntamente irregular y el gobernador con la firma del convenio...Expuesto todo lo anterior, este Despacho concluye que si bien se presenta un presunto sobre costo en la compra de los inmuebles, atendiendo a las declaraciones y a los documentos que soportan la preliminar, la responsabilidad radica en la Junta Administradora de la Casa Hogar Los Colonos, quien efectuó la negociación directa de los predios con sus propietarios tal como se desprende de las declaraciones rendidas por estos, así como también en la Secretaría de Planeación Departamental, quien se desempeñó como interventora del acuerdo suscrito entre el Departamento y la Junta Administradora de la Casa Hogar, que de suyo, debía cumplir sus funciones de conformidad con lo estipulado en el instructivo de interventoría No. 2 de octubre de 2003... Sin mayor esfuerzo interpretativo y teniendo en cuenta los documentos allegados, las obligaciones derivadas del convenio, el instructivo de interventoría, estudios previos, declaraciones y demás obrantes en el expediente, se puede determinar inicialmente, que quienes realizaron gestión fiscal respecto de la compra de los inmuebles fueron el Secretario de Planeación de la Gobernación y la Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos."

De otra parte, un aspecto trascendental lo constituye la pérdida o hurto de diversa documentación departamental, cuyo suceso se puso en conocimiento de la Fiscalía, como lo señaló la Dirección Tributaria del Departamento de Caquetá el 1° de octubre de 2007 en el oficio DTD-1095 y que obra en el informe judicial 274 de 31 de marzo de 2008, al responder

⁶¹ Fl. 154, cuaderno CSJ N° 1. Proceso de responsabilidad fiscal allegado en medio magnético (fls.285 ss., cuaderno principal N° 2).

un requerimiento de la Secretaría de Planeación de tal ente territorial, informó:

En atención al oficio N.0584 del 24 de septiembre de 2007, en donde se solicita los soportes de la Orden de pago N. 2383 del 29 de Diciembre de 2003, le comunico que se encuentra en la Fiscalía denuncia por el hurto de tres cajas en las cuales reposaba documentación de archivo, dentro de la documentación extraviada se encuentran los documentos solicitados por usted ⁶².

En el mismo sentido, obra el Acta 0010 de 11 septiembre de 2007 elaborada por la referida dirección tributaria, en la que se relaciona la pérdida, entre otros, de los siguientes tomos⁶³:

Año	Mes	Días	No tomos
2003	Diciembre	01-15	4
2003	Diciembre	16-26	5
2003	Diciembre	26-31	8

También resulta importante destacar el oficio 0593 de 2 de octubre de 2007 obrante en aludido informe 274 del 31 de marzo de 2008, firmado por el entonces Secretario de Planeación de la Gobernación del Caquetá, en el que da respuesta a un requerimiento realizado por la Contraloría General Departamental relacionado con el Convenio 109 en los siguientes términos:

⁶² Fl. 231, cuaderno principal Fiscalía N° 1.

⁶³ Fl. 154, cuaderno CSJ N° 1. Proceso de responsabilidad fiscal allegado en medio magnético (fls.363 ss., cuaderno principal N° 2).

En cuanto a los documentos que usted solicita, este despacho procedió a revisar el archivo, con la novedad que no reposan soportes de las Actas de Interventoría, ni tampoco las Pólizas que amparan el cumplimiento del Convenio, por cuanto éstos originales fueron anexados como soporte a la Orden de Pago, requisitos necesarios para su respectivo trámite y cancelación⁶⁴.

Esta reseña permite advertir que, contrario a lo manifestado por la Fiscalía, la pérdida de documentación en el caso concreto sí resulta relevante a efectos de determinar la ocurrencia o no de estos hechos, sin que dicha situación pueda resolverse en desfavor del procesado.

En efecto, existen distintos indicios que permitirían acreditar la tesis según la cual la designación de la interventora sí fue realizada, pues, de una parte, están las declaraciones de los funcionarios Orlando Rojas Pinzón, Celmira Carvajal Otálora, Amparo Vélez Pimentel y del propio procesado que dan cuenta de tal acontecimiento.

Por otro lado, obra el oficio 0593 de 2 de octubre de 2007, en el cual se indica que las actas de interventoría, al igual que las pólizas, fueron anexadas como soporte de la orden de pago, al ser ello un requisito necesario para su trámite y cancelación, así como el hecho de que la Tesorería Departamental, el 2 de enero de 2004, efectivamente hubiese realizado la correspondiente consignación, sin que la Fiscalía acreditara la participación de esta dependencia en el presunto ardid que, en su parecer urdió el gobernador.

⁶⁴ Fl. 229, cuaderno principal Fiscalía N° 1.

Todo lo anterior, conspira contra lo afirmado por la señora Bellanid Vargas Artunduaga, quien, no puede perderse de vista, fungía para la época de los hechos como Secretaria de Planeación y por tanto podría resultar directamente involucrada en el tema objeto de discusión.

No obstante, lo cierto es que no existe la posibilidad de constatar con certeza si tales actas fueron elaboradas, ni tampoco si efectivamente la señora Vargas Artunduaga fue designada como interventora del convenio.

Ahora bien, se insiste, aun si esto no se hubiese llevado a cabo, el incumplimiento de verificar la ejecución del contrato resulta ser una irregularidad, primero, no atribuible al aforado, y segundo, hace parte de la fase de ejecución del convenio, como lo establece el artículo 6° del Decreto 777 de 1992 *“La ejecución y cumplimiento del objeto del contrato se verificarán a través de un interventor, que podrá ser funcionario del Gobierno en los niveles nacional, departamental, distrital o municipal designado por la institución contratante”*, esto es, de una etapa que no se encuentra descrita en el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Es cierto que tal irregularidad, en los casos en que se compruebe, puede afectar la liquidación del convenio y, en tal medida, tener relevancia a efectos penales, sin embargo, este no es el supuesto en este caso.

viii) En relación con la expedición del registro presupuestal, resulta pertinente traer a colación la posición

que la Sala de Casación de esta Corporación ha sostenido en cuanto a tal requisito:

La comprensión vigente y más actual de la jurisprudencia administrativa (CE Secc. 3ª Sub. A, sent. 24 feb. 2016, rad. 46.185), con la que ha de sintonizarse esta Sala, con toda claridad cataloga al registro presupuestal como una formalidad perteneciente a la ejecución de los contratos estatales, que de ninguna manera condiciona el perfeccionamiento del acuerdo de voluntades:

*En virtud de la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal la entidad imprime fe de que existen los fondos necesarios para contraer determinadas obligaciones. Sin embargo, en virtud del certificado no se afecta de manera inmediata la respectiva apropiación, simplemente la aparta de forma transitoria mientras se lleva a cabo el perfeccionamiento del compromiso presupuestal, lo cual se logra a través del registro presupuestal. En otras palabras, el registro presupuestal es el mecanismo mediante el cual se afecta la apropiación de forma definitiva, **acto que si bien a su turno se traduce en el perfeccionamiento del compromiso presupuestal no es lo mismo que el perfeccionamiento del contrato, en tanto el registro se obtiene luego de que el contrato nace a la vida jurídica y no antes, y además no consulta un consenso entre las partes.***

*[...] Lo mismo puede decirse del **registro presupuestal** en el ámbito de cobertura del Estatuto de Contratación Estatal, habida consideración de que **su implementación constituye una exigencia para la ejecución del contrato y no para su existencia**⁶⁵.*

⁶⁵ CSJ SCP SP712-2017, 25 en. 2017, Rad. 48250

Así pues, la inconsistencia en la expedición del correspondiente registro, cuya ocurrencia resulta igualmente dudosa dada la pérdida de la documentación del referido convenio, no deviene en el incumplimiento de un requisito legal esencial de las fases de tramitación, celebración o liquidación del convenio, de manera que no resulta posible en ese aspecto endilgar responsabilidad penal al aforado de conformidad con base en el artículo 410 del Código Penal.

ix) Acerca del requisito de publicidad del convenio se tiene que, en efecto, resultaba de obligatorio cumplimiento en atención a su cuantía (\$60.000.000), según lo previsto en el artículo 1° del Decreto 777 de 1992. No obstante, en este supuesto se presenta un escenario similar al ya referenciado, a saber, no existe certeza en relación con el acatamiento o no de tal exigencia y, además, dicha inconsistencia en cualquier caso no se encuadra dentro del ámbito del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, como pasa a explicarse:

Lo primero por cuanto, como ya se expuso, la Dirección Tributaria de la Gobernación del Caquetá reportó y denunció la pérdida de diversa documentación, entre ella, la relativa al Convenio 109. Así pues, esto no solo impide a la Sala afirmar con certeza si se incumplió con el referido requisito, sino también corroborar lo manifestado por el procesado, quien, al ser interrogado sobre esta cuestión, señaló que efectivamente se cumplió con tal obligación⁶⁶.

⁶⁶ Audiencia de Juzgamiento, audio minuto 26:20- 27:09.

En todo caso, se reitera, la exigencia que se analiza no se erige en un requisito legal esencial de las fases que se consagran en el delito del artículo 410 del Código Penal. Sobre este punto, resulta pertinente poner de relieve la postura asumida por la Sala de Casación de esta Corporación (CSJ SCP SP712-2017, 25 ene. 2017, rad. 48250), al indicar que el requisito de publicación en la Gaceta Oficial se desprende del artículo 41 parágrafo 3° de la Ley 80 de 1993, en el que se señala que el contrato sólo puede ejecutarse una vez se cumpla con su publicación, la cual tiene lugar tras el perfeccionamiento del convenio y agotamiento de la fase de celebración; postura que acoge íntegramente esta Sala.

x) La presunta falta de acreditación de la idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro, es tomada también por la Fiscalía para endilgarle responsabilidad penal al acusado.

Según se desprende del artículo 1° del Decreto 777 de 1992, y el Decreto 1403 de 1992, por el término *reconocida idoneidad* ha de entenderse la experiencia que acredita la capacidad técnica y administrativa de la entidad para realizar el objeto del contrato, aspecto que debe ser evaluado por escrito debidamente motivado por parte del organismo contratante.

Conforme con las pruebas, varios documentos y aspectos le permitieron a la gobernación dar por acreditada la idoneidad de la *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos*. En primer lugar, según el acta de fundación, fue constituida en 1996 con la finalidad de beneficiar a los

adultos de la tercera edad⁶⁷; fecha que también se acredita con el correspondiente certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Florencia⁶⁸. De igual manera, en sus estatutos se establece que está destinada a promover y apoyar acciones que contribuyan al mejoramiento de las condiciones de vida de los adultos mayores⁶⁹.

De lo anterior se desprende que el objeto de citada entidad sin ánimo de lucro encuentra en plena concordancia con el propio objeto del Convenio 109, esto es, el de aunar esfuerzos para la protección del adulto mayor.

De otra parte, obra en el plenario una declaración extra proceso de 22 de octubre de 2003, en la que el presidente de la referida junta, Fabio Valenzuela Soto, afirmó que dicha entidad había manejado recursos públicos con anterioridad y también que era la única institución que funcionaba como casa hogar del adulto mayor⁷⁰, dato sin duda relevante a efectos de acreditar la idoneidad de esa persona jurídica para la celebración del convenio.

De cara a soportar la hipótesis de la Fiscalía, según la cual, la celebración del convenio resultó ser una fachada para la compraventa de dos inmuebles a un precio superior al del mercado y en donde la casa-hogar fue simplemente *“un convidado de piedra”* en su respectiva

⁶⁷ Fls. 6 ss., cuaderno anexo Fiscalía N° 1.

⁶⁸ Fls. 37 ss., cuaderno anexo Fiscalía N° 1.

⁶⁹ Fls. 9 ss., cuaderno anexo Fiscalía N° 1.

⁷⁰ Fls. 39 ss., cuaderno anexo Fiscalía N° 1.

negociación, se debe tener en cuenta que aunque su presidente pretende hacer ver con su testimonio que la documentación por él firmada relacionada con la solicitud elevada a la Gobernación del Caquetá para el apoyo a la protección del adulto mayor, fue previamente confeccionada sin su intervención, lo cierto es que su declaración extra proceso (junto con otros aspectos que en su momento serán abordados), denota contrariamente un comportamiento activo tendiente a lograr la celebración del referido convenio, y no meramente una actitud pasiva.

Por demás, obra la certificación de 24 de noviembre de 2003, firmada tanto por Fabio Valenzuela Soto, en calidad de presidente, como por la tesorera de la *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos*, en la que se declara la capacidad que tiene tal entidad para cumplir con la contrapartida del referido convenio⁷¹.

Adicionalmente, es importante resaltar que, antes de la celebración del convenio, la Secretaria de Planeación del departamento del Caquetá, Bellanid Vargas Artunduaga dio su visto bueno a los estudios previos para la celebración del referido contrato, tras hacer la evaluación técnica correspondiente y, a su vez, que el citado convenio contó con la aquiescencia del departamento jurídico de la Gobernación, tal y como se desprende de dicho documento.

⁷¹ Fl. 41, cuaderno anexo Fiscalía N° 1.

Si bien en el interrogatorio realizado al acusado se le preguntó sobre la evaluación por escrito y de manera motivada acerca de la idoneidad de la casa-hogar, a lo cual contestó que ello efectivamente fue realizado y aparecía en el sumario⁷², no se encuentra en el plenario algún documento en el que efectivamente conste por escrito los motivos por los cuales la gobernación consideró acreditada la idoneidad de la *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos*.

Así pues, aunque el cumplimiento de esa formalidad no ha podido ser constatado, ello no significa que en el presente caso se omitiera acreditar la idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro, pues en concordancia con lo señalado por la delegada del Ministerio Público en sus alegaciones, para la Sala la verificación de la capacidad e idoneidad técnica y administrativa sí fue llevada a cabo por la entidad contratante. Ello se desprende del hecho de que se constatará que la casa-hogar fue fundada desde 1996, que contaba con experiencia en el manejo de recursos públicos y, además, que era la única dedicada al cuidado de los adultos mayores en el municipio de Belén de los Andaquíes.

Y concerniente a que la entidad privada no contaba con los recursos para el cumplimiento del referido convenio para la época de los hechos, como lo resalta el apoderado de la parte civil, baste precisar que tal apreciación no ha sido debidamente acreditada en el proceso, pues la mera alusión a un inventario realizado el 22 de mayo de 2004, cuando

⁷² Audiencia de Juzgamiento, audio minuto 37:58- 38:36.

hubo cambio del presidente de la junta y que arrojaba recursos que no sobrepasaban los \$4.000.000⁷³, en modo alguno da por probada tal cuestión.

Por demás, téngase en cuenta que el aporte de la entidad privada, además de muebles y enseres, consistía en el pago de emolumentos derivados del trabajo de una manipuladora de alimentos, una aseadora y un celador, relación laboral que obviamente por prolongarse en el tiempo y darse de manera sucesiva y a futuro, no requería la existencia actual del dinero que garantizara toda esa carga prestacional.

Como se ha visto con anterioridad, si bien existe un margen de duda considerable en cuanto al cumplimiento o no de los distintos requisitos legales en el desarrollo del citado convenio, como consecuencia de la pérdida de los respectivos soportes, aun si en ese punto se afirmara que tal escrito no fue en efecto elaborado, dicha irregularidad tan solo sería de índole formal, pues lo cierto es que objetivamente existen unos documentos que permitían a la gobernación dar por acreditada la idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro.

En otras palabras, si bien es una deficiencia significativa en la tramitación del convenio el hecho de no contar con un escrito en el que se motive esa idoneidad de la entidad, en este caso tal irregularidad no resultaría relevante

⁷³ Fls. 29 ss., cuaderno anexo Fiscalía N° 2.

a efectos penales, por cuanto, materialmente, la gobernación la comprobó a partir de los distintos documentos ya referenciados.

En suma, esa presunta inconsistencia ante el contexto descrito por sí sola no tendría un impacto relevante sobre la materialización de los principios de la contratación estatal y no daría pie a la vulneración del bien jurídico que se busca proteger en el delito descrito en el artículo 410 del Código Penal.

xi) Para la Sala en los reproches relacionados con la inclusión de cláusulas exorbitantes en el referido convenio y del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tal como lo puso de resalto la delegada del Ministerio Público en sus alegaciones, es patente el desacierto del ente acusador en este punto, como quiera que, en el propio convenio, en concreto, en las cláusulas décima primer y décima segunda, aparecen consagradas.

xii) Finalmente, corresponde analizar el reproche formulado por la Fiscalía sobre el incumplimiento de los requisitos mínimos en los estudios previos, exigencia que, si bien no ha sido consignada en el Decreto 777 de 1992, se deriva del principio de planeación⁷⁴ y se erige en una herramienta con la que cuenta la administración para

⁷⁴ En cuanto al principio de planeación, el Consejo de Estado, en sentencia del 15 de febrero de 2012, Rad.19730, advierte que “Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2° del Decreto 01 de 1984..”

valorar las necesidades que requieren ser satisfechas, así como los medios con puede llevarlo a cabo.

Previamente, es menester resaltar que la Fiscalía para estructurar los elementos objetivos del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, así como el compromiso y responsabilidad de MUÑOZ PARRA, parte de una premisa equivocada cuando aduce que todo obedeció al querer legalizar la compraventa de bienes inmuebles por la Nación y evitar así la contratación directa.

Para afirmar el incumplimiento del requisito esencial de contar con estudios previos para celebrar el convenio, el ente acusador tiene como punto de referencia la enajenación de los inmuebles. Bajo esa lógica, califica de precario el documento de estudios previos, pero sin ahondar en las razones por las cuales lo consideraba así.

Para la Sala es claro que los motivos de tal reproche van unidos a la idea misma de que los estudios previos, en su entender, debían evaluar lo que sería un contrato de compraventa de bienes inmuebles. En este sentido, se transcribe una parte de la resolución de acusación en la que se citan los hallazgos del informe pericial del 24 de agosto de 2012 en los siguientes términos:

1.- Es importante recalcar que antes de adquirir los predios en cuestión, la gobernación de Caquetá, debió haber realizar (sic) los estudios de títulos de los predios, con el fin de obtener toda la información necesaria del bien inmueble y así poder establecer si

los mismos presentaban algún tipo de inconveniente ya sea con los títulos de propiedad, sucesiones, valores, paz y salvos por conceptos de impuestos y servicios públicos etc. (sic). Estos estudios debieron hacer parte de la carpeta que del convenio 109 de 2003 (sic), para la compra de los inmuebles y posterior a los estudios previos⁷⁵.

A su turno, la referida hipótesis, esto es, que el aforado y el propietario de los inmuebles, Humberto Castañeda Sarria negociaron previamente la compra y precio de estos bienes y utilizaron a la entidad sin ánimo de lucro como medio para eludir los procedimientos de la contratación directa, la sustenta la Fiscalía principalmente en las declaraciones de Fabio Valenzuela Soto y Eusebio Torres. En cuanto la declaración del primero de ellos, transcribe en la resolución de acusación el siguiente apartado:

*“...una vez yo iba pasando por el parque cuando HUMBERTO CASTAÑEDA me llamó y me dijo que él había comprado una casa que quedaba en el barrio Santa Teresa y que la estaba vendiendo, **que él había hablado con el gobernador PABLO ADRIANO, para ver si la compraba para el ancianato**, y que el gobernador quería hablar con los de la junta...un día no muy lejano me llamó HUMBERTO **que el gobernador estaba en la casa que él estaba vendiendo**, ahí estuvo EUSEBIO TORRES, que era el Fiscal de la Junta en ese tiempo, GLADYS RICO; que era la Secretaría, estuvo la Tesorera ALEIDA, se me escapa el apellido en este momento, **el Gobernador nos dijo que iba a comprar esa casa, para el Ancianato**, porque donde estaba la sede estaban muy mal, se llovía, que ahí quedaban bien los abuelitos, yo como Presidente y con el ansia de tener la casa, era un solar*

⁷⁵ Fls. 38 ss., cuaderno principal Fiscalía No 4.

grande y que era regalado, a caballo regalao no se le mira el colmillo, el gobernador no nos dijo por cuanto era la venta, ya después el mismo HUMBERTO, nos dijo que la venta había sido por sesenta millones de pesos...(SIC)⁷⁶.

Esta declaración, en criterio del ente acusador, es corroborada a su vez con el testimonio de Eusebio Torres, respecto de cual reproduce lo siguiente:

“...seguro los dos Doctores ya habían hablado y se retiraron un poquito y conversamos con el presidente casa hogar los colonos FABIO VALENZUELA, y dijo que esa plata no sale de nosotros, eso sale del departamento o la nación que para que nos oponíamos en el precio el Gobernador dijo que esa casa Hogar los Colonos preteñía-sic-a los Municipios de Belén, San José, Albania y Curillo, y como era grande podíamos seguir edificando, cuando regresaron **nos preguntaron que qué habíamos resuelto**, yo tomé la palabra y le dije al Doctor PABLO ADRIANO, que le agradecía por su donación y Gentileza...después ya HUMBERTO CASTAÑEDA, nos citó a firmar papeles a la gobernación de Florencia, por valor de los \$60.000.000,oo... a los pocos días nos dijo HUMBERTO CASTAÑEDA, que ya estaba listo, que nos trasladáramos con los ancianos...”⁷⁷.

Pues bien, según obra en el plenario, Fabio Valenzuela Soto rindió dos declaraciones, la primera en el 2008⁷⁸, que transcribe la Fiscalía en su resolución de acusación, la segunda en el 2009⁷⁹. Sobre ellas, resulta relevante destacar dos cuestiones, por un lado, el papel protagónico que el declarante le otorga a Humberto Castañeda Sarria, por otro,

⁷⁶ Fls. 41 ss., cuaderno principal Fiscalía No 4.

⁷⁷ Fl. 42, cuaderno principal Fiscalía No 4.

⁷⁸ Fls. 269 ss., cuaderno principal Fiscalía N° 1.

⁷⁹ Fls. 83 ss., cuaderno principal Fiscalía N° 3.

ligado a lo anterior, el hecho haber afirmado que el gobernador no les dijo por cuánto era la venta, pues fue el mismo Humberto quien les indicó que era por \$60.000.000, pero valga advertir que en su segunda declaración Valenzuela Soto sostuvo que el gobernador les indicó que él iba a aportar la suma de \$60.000.000 para la compra de esos inmuebles.

Respecto a la participación de Castañeda Sarria, el declarante afirmó que fue éste quien le informó que había hablado con el gobernador sobre la venta de sus inmuebles para el ancianato, así mismo, quien le indicó el día en el que el aforado se encontraba en el municipio de Belén de los Andaquíes e, incluso, condujo a distintos miembros de la junta de la casa-hogar a la reunión llevada a cabo con el acusado; hecho debidamente acreditado con el testimonio de los allí involucrados, así como con el interrogatorio realizado al acusado⁸⁰.

De igual forma, en la declaración de 2008 Valenzuela Soto afirmó que el Notario Humberto Castañeda les había entregado dos escrituras, *“una estaba a nombre de él y otra a nombre de la mujer de él (...) solamente HUMBERTO fue el que me ofreció la casa, la mujer no ofreció nada (...)”*⁸¹. Pero de su atestación la Sala resalta un aspecto adicional, a saber, la forma en la que se administraron los recursos públicos, ya que en relación con el pago de los inmuebles, dijo:

⁸⁰ Audiencia de Juzgamiento, audio minuto 14:08- 22:16.

⁸¹ Fl. 270, cuaderno principal Fiscalía N° 1.

*(...) el notario nos hizo abrir una cuenta, no recuerdo como llama ese Banco, me parece que fue el Occidente, en Florencia, a esa cuenta giraban la plata para hacer el pago de la casa, el Notario me pagaba todo pa (sic) ir a Florencia a hacer vueltas de plata, él estaba pendiente, inclusive, yo esa plata ni la toqué, porque cuando HUMBERTO se dio cuenta que la plata estaba en el Banco, de una vez me llevó a Florencia, a retirar la plata, en el mismo banco él la recibió, me entregó la escritura lista, registrada (...)*⁸²

Según se desprende de las declaraciones de Fabio Valenzuela Soto existen suficientes datos que permiten constatar un comportamiento activo de parte de Humberto Castañeda Sarria en los diversos hechos que dieron lugar a la posterior celebración del Convenio 109, ello, además, se corrobora con lo expuesto por Eusebio Torres y el propio acusado. Es más, según Valenzuela Soto fue Castañeda Sarria quien le ofreció unos inmuebles, aunque en su declaración este último manifestó que fue la entidad sin ánimo de lucro la interesada en sus bienes⁸³.

Tampoco existe discusión sobre la existencia de la reunión que relata Valenzuela Soto, a la que el propio procesado reconoce haber asistido o que en ella se hubiera hablado sobre los inmuebles de propiedad del señor Humberto Castañeda Sarria, así como del precio de \$60.000.000 ya que el mismo enjuiciado manifestó: *“Personalmente conocí la necesidad de que esta junta administradora adquiriese una vivienda propia para el servicio del objeto de esta junta*

⁸² *Ibidem.*

⁸³ Fls. 136 ss., cuaderno principal Fiscalía N° 1.

administradora Casa hogar los Colonos, para mejorar las condiciones de vida de los ancianos."⁸⁴

No obstante, lo que sí resulta objeto de debate es si se ha acreditado por parte del ente acusador que entre el gobernador y Castañeda Sarria se pactó previamente el precio de los inmuebles y si la entidad sin ánimo de lucro simplemente fue un "convidado de piedra" o si como lo afirma el apoderado de la parte civil, fue manipulada para celebrar el respectivo convenio obteniendo una donación, cuando la verdadera naturaleza del negocio era la compra de las casas.

Al respecto, aunque la Fiscalía se apoya en las declaraciones de Valenzuela Soto, como se vio, la contradicción en este punto entre la atestación rendida en el año 2008 y la del año 2009, es uno de los motivos por los cuales se ve resquebrajada su credibilidad. Esta, como se ha analizado en acápites precedentes, también resulta dudosa al pretender hacer ver el declarante que la casa-hogar no tuvo más opción que aceptar lo propuesto en la referida reunión.

Recuérdese que, según el deponente, la entidad sin ánimo de lucro no elevó solicitud a la Gobernación del Caquetá y, además, la documentación que se firmó fue la que dijo el señor Humberto Castañeda Sarria, la cual, dijo no tuvo el cuidado de leer. Pero pese a la visión que intenta proyectar el referido testigo, lo cierto es que su comportamiento en desarrollo del convenio, al igual que el de

⁸⁴ Fl. 24, cuaderno principal Fiscalía N° 3.

Humberto Castañeda Sarria, fue bastante activo y no meramente pasivo.

Pero, además, es de anotar que, contrario a las afirmaciones de Valenzuela Soto, la solicitud presentada a la Gobernación del Caquetá por parte de la casa-hogar se encuentra con firma y huella de 5 miembros de tal entidad, a saber, Fabio Valenzuela Soto, Eusebio Torres, María Cecilia Lazo Bolaños, María Gladis Rico y María Dolores Cubillos Cuellar, sin que la Fiscalía hubiese tomado declaración de estas últimas tres personas.

También obran las declaraciones de los funcionarios Orlando Rojas Pinzón, Celmira Carvajal Otálora y Amparo Vélez Pimentel, quienes coinciden en afirmar que el proyecto si lo llevó la junta de la *Casa Hogar Los Colonos*⁸⁵, el cual, según certificación de Bellanid Vargas Artunduaga —que en su momento se desempeñaba como Secretaria de Planeación del departamento del Caquetá—, quedó debidamente registrado en el banco de proyectos de dicha entidad⁸⁶.

Incluso, no solo fue este documento el firmado por Valenzuela Soto, también en el plenario se encuentra una declaración extra proceso ante la Notaría Primera de Florencia-Caquetá en la que manifestó que la *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos* ha manejado previamente recursos públicos y que es la única entidad dedicada al cuidado del adulto mayor en el municipio de

⁸⁵ Fls. 62 ss.; 66 ss.; 72 ss. cuaderno principal Fiscalía N° 3.

⁸⁶ Fl. 36, cuaderno anexo Fiscalía N°1.

Belén los Andaquíes. Así mismo, se cuenta con un documento firmado tanto por el presidente de la entidad sin ánimo de lucro, como por su tesorera, en el que certifican estar en capacidad de cumplir con la contrapartida del convenio.

En cualquier caso, los señalamientos sobre la presunta confección previa de los documentos vuelven a recaer sobre Humberto Castañeda Sarria⁸⁷ y no sobre el acusado. Pero hay un dato adicional que le permite a la Sala cuestionar la credibilidad del testimonio de Valenzuela Soto y es su narración sobre el manejo dado a los recursos desembolsados por la Gobernación del Caquetá al señalar que: *“cuando HUMBERTO se dio cuenta que la plata estaba en el Banco, de una vez me llevó a Florencia, a retirar la plata, en el mismo banco él la recibió, me entregó la escritura lista, registrada”*.

Antes de abordar esta cuestión, es menester precisar que no existe en la declaración de Fabio Valenzuela Soto, ni en la de Eusebio Torres, indicio alguno de que los miembros de la junta del ancianato hubiesen sido obligados o coaccionados para celebrar el referido convenio, ni que su presidente se hubiese visto obligado a entregar los recursos desembolsados por el departamento del Caquetá a Castañeda Sarria.

Tal y como obra en el proceso, la casa-hogar adquirió dos bienes inmuebles, pero uno de ellos cuenta con la Escritura Pública No 2357 del 4 de noviembre de 2003,

⁸⁷ Fl. 85, cuaderno principal Fiscalía N° 3.

esto es, antes de que se hubiese celebrado el convenio y desembolsado el aporte al que se comprometió la Gobernación. Esta escritura se encuentra firmada por Fabio Valenzuela Soto como miembro de la junta y por Humberto Castañeda Sarria en calidad de propietario⁸⁸. Así mismo, obra recibo de caja No 2458406 de noviembre de 2003 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, a través del que se liquida una solicitud de registro de documentos, donde aparece como solicitante "CASA HOGAR LOS COLONOS" así como la alusión a la escritura No 2357 del 4 de noviembre de 2003⁸⁹. De igual manera, se cuenta con la Boleta de Liquidación de Tributos de la División de Rentas del Departamento de Caquetá de fecha 4 de noviembre de 2003⁹⁰ por concepto de compraventa (Acto No 2357 del 4 de noviembre de 2003), así como una consignación de la misma fecha en la que se tiene como depositante a la "Junta Administradora" y como beneficiario al "Supernotariado y Registro"⁹¹.

Con lo anterior, es evidente para la Sala que la negociación y el desarrollo de la compraventa del inmueble referenciado se dio entre Fabio Valenzuela Soto y Humberto Castañeda Sarria, antes del 22 de diciembre cuando se firmó el Convenio 109 con la Gobernación, sin que la Fiscalía hubiese hecho una mínima labor investigativa en torno a este hecho o en relación con la participación del aforado o su conocimiento al respecto, quien además manifestó en el

⁸⁸ Fls. 18 ss., cuaderno anexo Fiscalía N° 2.

⁸⁹ Fl. 52, cuaderno anexo Fiscalía N° 6.

⁹⁰ Fl. 53, cuaderno anexo Fiscalía N° 6.

⁹¹ *Ibidem*.

interrogatorio practicado en la vista pública que solo con ocasión de este proceso que se dio cuenta de que ya había una escritura firmada antes del perfeccionamiento del convenio⁹².

Las anteriores consideraciones llevan a esta Sala a cuestionar el valor suasorio de la declaración del señor Fabio Valenzuela Soto, quien, contrario a lo afirmado por la Fiscalía, no es ajeno a los hechos que aquí se analizan, más aún cuando, al recibir recursos por parte del Estado, debía cumplir con sus obligaciones legales correspondientes.

También soporta el ente acusador su hipótesis sobre el previo acuerdo de precios entre el aforado y el señor Humberto Castañeda Sarria en la declaración de Eusebio Torres, la cual, en su entender, corrobora lo manifestado por Fabio Valenzuela Soto, pero sobre tal tópico la Sala se remite incluso al apartado que la Fiscalía transcribe en la resolución de acusación con el fin de poner de relieve que lo manifestado por Torres resulta ser una mera suposición, pues más allá de esta no se observa en su relato datos objetivos sobre su conocimiento del previo pacto de precios entre los sujetos ya mencionados.

En efecto, el señor Eusebio Torres dijo: “(...) seguro los dos Doctores ya habían hablado y se retiraron un poquito y conversamos con el presidente casa hogar los colonos FABIO VALENZUELA, y dijo que esa plata no sale de nosotros, eso sale del departamento o la nación que para que nos oponíamos en el precio” (se subraya).

⁹² Audiencia de Juzgamiento, audio minuto 50:10- 50:25.

Del relato de este testigo también se desprende el papel activo de Humberto Castañeda Sarria en el desarrollo de los hechos aquí investigados, mas no del acusado. En concreto, afirmó que fue Castañeda, en compañía de Valenzuela Soto, quienes lo buscaron para llevarlo a la reunión con el gobernador. Así mismo, que fue el notario quien dijo que el gobernador iba a comprar la casa y que su precio era de \$60.000.000 y los citó para firmar los papeles, incluso les dio para el desplazamiento desde Belén de los Andaquíes a Florencia⁹³. Relato que también se compagina con el del propio acusado en el sentido de indicar que fue Humberto Castañeda Sarria quien lo abordó con la finalidad de ofrecerle una casa de su propiedad para el ancianato.

En la prueba allegada al proceso no se vislumbra la posible relación entre el señor Humberto Castañeda Sarria y el aforado que configurara el presunto pacto de precios para la compraventa de unos bienes inmuebles a un precio superior al del mercado del que parte el ente acusador y, sin embargo, sí existen ciertos datos que permiten desentrañar una relación entre Valenzuela Soto y Castañeda Sarria. De hecho, el propio Valenzuela dijo en su declaración: *"A Humberto, lo conocí desde muy pequeño, fuimos criados en Belén desde muy pequeños, Jaqueline es la mujer de Humberto, el Notario, la fecha exacta no la tengo, la distinguí ahí en Belén, porque era la mujer de Humberto"*⁹⁴.

⁹³ Fls. 79 ss., cuaderno principal Fiscalía N° 3.

⁹⁴ Fl. 269, cuaderno principal Fiscalía N° 1.

A su turno, este testigo adujo que fue Castañeda Sarria quien le ofreció sus inmuebles, lo contactó para conducirlo a la reunión con el gobernador, le entregó una documentación para la firma, le proporcionó los viáticos para los respectivos desplazamientos, entre otras cuestiones.

Y según la declaración de Eusebio Torres fue Valenzuela Soto quien, pese a los cuestionamientos de algunos miembros de la entidad sin ánimo de lucro sobre el precio de los bienes, les dijo que esos dineros venían del departamento o la Nación y que *"a caballo regalado no se le mira colmillo"*.

Pero sobre todo, se cuenta con el hecho de que Valenzuela Soto y Castañeda Sarria fueron quienes, previo a la celebración del respectivo convenio, firmaron una escritura de compraventa de uno de los bienes inmuebles, y que Valenzuela entregó los recursos públicos a Castañeda, contexto en el cual no se advierte la participación directa del enjuiciado o por lo menos el ente acusador no logró demostrar su tesis en cuanto a la preacordada compra de los bienes inmuebles por parte del notario y el gobernador, ni tampoco que se hubiese celebrado el convenio con el fin de aparentar legalidad y eludir las normas de la contratación todo con el fin de adquirir los inmuebles.

Como se ha expuesto, no surgen dudas en cuanto a la celebración de la reunión referida sobre la que se centran los testimonios de Fabio Valenzuela Soto y Eusebio Torres, tampoco sobre el hecho de que Castañeda Sarria ofreciera los bienes por un valor de \$60.000.000, ni siquiera sobre el

interés del aforado de apoyar esta iniciativa para el cuidado y protección del adulto mayor, pero con tales datos no se puede llegar a la conclusión de que MUÑOZ PARRA y el notario de Belén de los Andaquíes hubiesen acordado la compra y el precio de unos bienes inmuebles. No solo la declaración de Fabio Valenzuela Soto al respecto ha sido cuestionada por esta Sala, sino también la corroboración de tales hechos a partir de la declaración de Eusebio Torres, cuando en este punto en particular es a partir de suposiciones que se fundamenta la acusación al estimar que el precio fue acordado por los referidos sujetos.

Para la Sala, no hay sustento para afirmar, como lo hace la Fiscalía, que las declaraciones carecen de interés, pues el mismo está latente ya que la entidad sin ánimo de lucro era responsable del buen manejo de los recursos públicos, sin que su proceder pueda verse avalado por las *"ansias de contar con una sede propia"* como lo dijo Valenzuela Soto.

En este punto, aunque es cierto que el proceso de responsabilidad fiscal relacionado con el Convenio 109 finalizó como consecuencia del fenómeno de la prescripción, es importante resaltar que además de estar dirigido en su momento contra Bellanid Vargas Artunduaga, como Secretaria de Planeación también lo fue contra la *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos*⁹⁵.

⁹⁵ Fl. 154, cuaderno CSJ N° 1. Proceso de responsabilidad fiscal allegado en medio magnético (fls.759 ss., cuaderno principal N° 4).

Se insiste que, uno de los bienes ya había sido negociado entre el presidente de la entidad sin ánimo de lucro y el notario Castañeda Sarria, antes de la firma del convenio de esa persona jurídica con la Gobernación, sin que exista prueba alguna que permita acreditar el aval o el conocimiento de tal cuestión por parte del aforado.

Una vez la casa hogar recibió los recursos, estaba en su órbita de dominio invertir los dineros del Estado conforme lo dispuesto en el convenio y con la vigilancia de la interventoría y, sin embargo, según la prueba allegada al proceso lo que hizo fue finiquitar un negocio al que previamente se había comprometido, sin que esto pueda ser imputable al aforado, pues la Fiscalía no hizo una labor investigativa que permita arribar a tal conclusión.

Por demás, también resulta relevante destacar que el segundo predio tiene escritura del 30 de diciembre de 2003, esto es, con posterioridad a la firma del convenio, pero sin que conste aval alguno por parte de la interventoría para tal proceder.

En estas condiciones, el reproche relacionado con los estudios previos no tiene asidero como tampoco el hecho de que los mencionados sujetos hubiesen celebrado el Convenio 109 para eludir los requisitos de la contratación directa. En cuanto al referido documento, se tiene que efectivamente este fue elaborado y obtuvo el respectivo visto bueno de la Secretaria de Planeación del departamento del Caquetá, Bellanid Vargas Artunduaga. A través de este se evaluó la

necesidad presentada por la entidad sin ánimo de lucro, se propuso como objeto la protección del adulto mayor y un posible presupuesto de \$60.000.000, sin que, bajo este contexto, el ente acusador hubiese explicado y acreditado de qué manera se incumplieron los requisitos mínimos de los estudios previos.

xiii) Aunque al no estar demostrada la realización del tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales releva a la Sala de analizar lo atiente al aspecto subjetivo, es de anotar que tampoco el ente acusador logró acreditar que MUÑOZ PARRA actuó con conocimiento y voluntad de realizar los elementos constitutivos de la referida infracción penal.

En concreto, no existe certeza sobre el actuar doloso del acusado, pues para ello tenía que haberse probado que este sabía y quería (o, al menos, aceptaba), tramitar o celebrar un convenio sin cumplir con las exigencias esenciales legales de dichas etapas, según lo dispuesto en la normativa aplicable.

Los motivos antes expuestos conducen a la absolución de PABLO ADRIANO MUÑOZ PARRA en relación con el delito contractual penal achacado al no haberse desvirtuado la presunción de inocencia que le cobija, de origen constitucional y desarrollada por el 7° de la Ley 600 del Código de Procedimiento Penal del 2000.

6.4. Del delito de peculado por apropiación

6.4.1. Del tipo objetivo

El artículo inciso 1° del 397 del Código Penal lo consagra en los siguientes términos:

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.

Conforme lo anterior, para la estructuración del referido ilícito penal se requiere: *i)* un sujeto activo calificado -servidor público-; *ii)* la competencia funcional o material para disponer de los recursos; *iii)* la apropiación, en provecho propio o de un tercero, de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

La relación entre el servidor público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica. La disponibilidad material, conforme lo ha señalado la Sala de Casación Penal de esta Corporación, se asimila a la simple constatación

empírica de poder usar o manipular el objeto, mientras que en lo que se refiere a la disponibilidad jurídica se requiere llevar a cabo un proceso de abstracción en virtud del cual se analiza el dominio que el agente tiene sobre dichos bienes⁹⁶. Tal disponibilidad está vinculada al ejercicio de sus deberes funcionales, que por razón de sus competencias, los hace garantes de los recursos públicos⁹⁷.

Sobre el acto de apropiación puede ocurrir, entonces, que este sea como consecuencia de la disponibilidad directa de los recursos, o debido al ejercicio de un deber funcional que faculta al servidor público para decidir sobre el destino de los bienes públicos. Esta acción puede constatarse cuando se dispone del bien como si fuera propio o se incorpora al patrimonio personal o al de un tercero, con la consecuente sustracción de dicho bien del patrimonio del sujeto pasivo, esto es, del Estado.

Se trata de una conducta de ejecución instantánea que se consume cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado⁹⁸, en provecho suyo o de un tercero. Como lo ha reiterado la Sala de Casación de la Corte, además, *“El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público”*⁹⁹.

⁹⁶ CSJ SCP SP4490-2018, 10 oct. 2018, Rad. 52269, CSJ SCP SP2339-2020, 1º jul. 2020, Rad. 51444.

⁹⁷ CSJ SCP SP4490-2018, 10 oct. 2018, Rad. 52269.

⁹⁸ CJS SP18532-2017, 8 nov. 2017, Rad. 43263.

⁹⁹ *Ibidem*.

6.4.2. Tipo subjetivo

Es una conducta esencialmente dolosa que por lo mismo requiere *conocimiento* de los hechos constitutivos de la infracción penal y *voluntad* en su realización. En tal medida, para acreditar que el procesado prevalido de ese conciencia o conocimiento conduce su voluntad a la apropiación de los bienes públicos en provecho suyo o de terceros, como son aspectos que pertenecen a su fuero interno, probatoriamente será necesario analizar los actos externos a través de los cuales puedan acreditarse uno y otro.

6.4.3. Correspondencia de la conducta al tipo endilgado

i) Respecto al primer requisito del tipo, el ostentar la calidad de servidor público, fue allegada la documentación demostrativa que el señor PABLO ADRIANO MUÑOZ PARRA fue elegido gobernador del departamento del Caquetá, cargo del cual tomó posesión el 1º de enero de 2001 y desempeñó hasta el 31 de diciembre de 2003¹⁰⁰.

A su turno, se estableció que en ejercicio de sus funciones tenía el atributo de administración, tenencia o custodia de bienes del Estado y ostentaba la calidad de ordenador del gasto del ente territorial. Tal función encuentra soporte en lo dispuesto en el artículo 11, numeral 3º, literal b de la Ley 80 de 1993 y 41 de la Ley 489 de 1998.

¹⁰⁰ Fl.104, cuaderno principal Fiscalía N° 1. En la audiencia pública de juzgamiento el acusado manifestó que su período como gobernador comenzó el 1 de enero de 2001 y finalizó el 31 de diciembre de 2003 (Audio minuto 10:10- 10:21).

Así pues, como jefe del departamento administraba el presupuesto y podía comprometerlo mediante la celebración de contratos.

En tal condición celebró el Convenio 109 de 22 de diciembre de 2003 con la entidad sin ánimo de lucro *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos*¹⁰¹, siendo expedido el certificado de disponibilidad presupuestal No 2186 del 24 de diciembre de 2003 por una apropiación disponible de \$60.000.000 a favor del Despacho del Gobernador¹⁰² con la consecuente orden de pago No 2386 por dicho valor¹⁰³, dinero que efectivamente fue desembolsado por la Tesorería Departamental de Caquetá el 2 de enero de 2004¹⁰⁴.

ii) En los alegatos de conclusión la Fiscalía considera haber demostrado la configuración de este delito para lo cual parte de la premisa que el aforado y Humberto Castañeda Sarria preacordaron la compra de dos bienes inmuebles a precios muy por encima de su valor comercial, donde el medio para legalizar tal compraventa fue la celebración del aludido convenio entre el departamento y la entidad sin ánimo de lucro.

Bajo tal tesis, el ente acusador puso de presente que la suma de \$60.000.000 entregada por PABLO ADRIANO MUÑOZ PARRA a la referida casa-hogar fue utilizada para la adquisición de los inmuebles, que según el informe pericial

¹⁰¹ Fls. 3 ss., cuaderno anexo Fiscalía N°1.

¹⁰² Fl. 45, cuaderno anexo Fiscalía N°1.

¹⁰³ Fl. 10, cuaderno anexo Fiscalía N°6.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

705036 de 24 de agosto de 2012, fueron comprados en un precio superior a su valor comercial que correspondía a \$42.163.104, generando un sobrecosto de \$17.836.896 correspondiente a la diferencia entre ese avalúo y el valor en que fueron adquiridos¹⁰⁵.

Es necesario insistir en que la Fiscalía para cuantificar el delito, acude al citado informe pericial No 705036 del año 2012, el cual a su vez tiene en cuenta dos avalúos comerciales: el realizado a instancia de la administración que sucedió a la del aforado, por el arquitecto Ilde Rivera Losada, en el que se establece un valor comercial de los predios de \$41.691.599, como el avalúo realizado por la Contraloría General de la República, con fecha de 8 de mayo de 2006, en el que se establece un valor de los predios de \$42.364.610.

Con base en tales avalúos el investigador criminalístico de la Fiscalía concluyó lo siguiente:

*Ahora bien, al analizar los dos avalúos comerciales, el primero contratado por la Gobernación del Caquetá antes de la compra de los inmuebles y el segundo hecho por la Contraloría General de la República en el año 2006, podemos observar que el promedio del valor total de los dos inmuebles es de **\$42.163.104(...)***

*En conclusión, podemos establecer que el valor pagado por los inmuebles a los señores **Castañeda Sarria Humberto C.C # 17.681.152 y Artunduaga Jaqueline, C.C # 4.094.270** a la*

¹⁰⁵ Fls. 235 ss., cuaderno principal Fiscalía N° 3.

*Junta Administradora Casa Hogar por \$60.000.000, se observa un sobrecosto de \$17.836.896 (...)*¹⁰⁶

Pese a que la Fiscalía y el apoderado del actor civil han señalado que este informe no ha sido objetado por las partes, la Sala pone de relieve el gran desacierto por parte de referido investigador al señalar que el inicial avalúo a instancia de la administración que sucedió a la del aforado—, se realizó antes de la compra de dichos bienes inmuebles, como quiera que este avalúo data de 25 de octubre de 2004, mientras que las escrituras de compraventa de los inmuebles son del 4 de noviembre de 2003, fecha previa a la celebración del convenio, y del 30 de diciembre de 2003. Pero, además, en el mencionado informe, el investigador se limita hacer un promedio de los avalúos ya existentes (que no se corresponde con la media de estos dos valores) para a partir de allí determinar el valor comercial de los mismos, así como el referido sobrecosto.

Por otra parte, la Fiscalía llega a la conclusión de que el sobrecosto es de \$16.788.581, tras descontar “los gastos notariales de escrituración y registro que sufragó CASTAÑEDA SARRIA, según acredita la prueba documental en monto de 1.048.315”, sin que hubiese discriminado esta suma y pese a que, según obra en el plenario, algunos de los gastos de registro y escrituración fueron cancelados antes de la celebración del Convenio 109¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Fl. 241, cuaderno principal Fiscalía N° 3.

¹⁰⁷ Fls. 52 ss., cuaderno anexo Fiscalía N° 6.

iii) Tal y como se desprende de las anteriores consideraciones, el ente acusador basa la ocurrencia del delito de peculado por apropiación a partir del incumplimiento, en su entender, de los requisitos legales esenciales del Convenio 109, lo que dice, llevó a su vez al detrimento del erario público, no obstante, los delitos previstos en los artículos 410 y 397 del Código Penal son conductas autónomas e independientes, de manera que resulta necesario acreditar para cada una sus elementos típicos.

Efectivamente, la Sala de Casación de la Corte en CSJ SP2705-2018, rad. N° 51574, enfatizó en ello al señalar que si bien tales punibles pueden concurrir en un concurso heterogéneo o como delito medio-delito fin, en manera alguna puede concluirse que la materialización de uno necesariamente conduzca al segundo, o que uno de ello se explica en función del otro.

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

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

iv) En relación con el ilícito penal de carácter contractual, esta Sala ya ha expuesto los motivos por los cuales considera que no es posible predicar la responsabilidad penal del procesado, por lo mismo, los argumentos presentados por la Fiscalía para sustentar su petición de condena por el punible de peculado por apropiación, en los que se acude a la realización de la conducta descrita en el artículo 410 del Código Penal, no son suficientes para predicar el compromiso del gobernador en la apropiación de recursos en favor de terceros.

Como lo destaca la defensora del aforado, cuando los \$60.000.000 correspondientes al aporte al que se comprometió el ente territorial como consecuencia de la celebración del Convenio 109 fueron desembolsados por la Tesorería del Departamental a la entidad sin ánimo de lucro el 2 de enero de 2004, para ese momento MUÑOZ PARRA no ostentaba la calidad de gobernador del Caquetá, pero lo que elimina la ligazón de él con el comportamiento es que la hipótesis restante, relacionada con que dispuso de los recursos dolosamente para que fueran incorporados al patrimonio de un tercero, debe tenerse en cuenta que el desembolso fue a la entidad sin ánimo de lucro *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos* y no a Humberto Castañeda Sarria y Jaqueline Gómez Artunduaga, tal y como se desprende de la consignación del cheque que realizó la Tesorería a la cuenta de la Junta.

La Fiscalía, así como para predicar el incumplimiento de los principios de la contratación estatal fusionó el

convenio 109 con los contratos de compraventa de los inmuebles, también para configurar este delito de apropiación mezcla el aporte de dineros de la Gobernación a la entidad sin ánimo de lucro, con los actos posteriores de la casa-hogar en los que invirtió tal suma, es decir, con la adquisición de dos casas.

A partir del avalúo de los bienes hecho por la administración que sucedió a la de MUÑOZ PARRA, el ente acusador partió de un sobrecosto de \$16.788.581, cifra que ni siquiera cabría en la acción rescisoria por lesión enorme, propia de los contratos civiles onerosos, bilaterales y conmutativos basado en la desproporción del justo precio del bien con el finalmente pagado¹⁰⁸, por cuanto no ha pagado el comprador más del doble del justo precio del inmueble (aquí fueron adquiridos por \$60.000.000 y el avalúo comercial fue de \$42.163.104).

Ni la cualificación en el autor por sí sola, ni ella junto con la disponibilidad jurídica de los recursos son suficientes para dar por acreditada la configuración del peculado por

108 La acción rescisoria de la lesión enorme está contemplada en el artículo 1947 del Código Civil en los siguientes términos: *“El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella”*

Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte en SC10291-2017 9 mar. 2017 ha precisado sus elementos así: *...para estructurarse la lesión enorme en la compraventa se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que la venta sea sobre bienes inmuebles, y no se hubiese hecho por ministerio de la justicia (art. 1949 C.C., mod. art. 32 de la ley 57 de 1887); b) que la divergencia entre el justo precio al tiempo del contrato y el pactado sea enorme: menos de la mitad, o más del doble (art. 1947 C.C.); c) que el negocio celebrado no sea de carácter aleatorio; d) que luego de verificarse el contrato no se haya renunciado a la acción rescisoria; e) que el bien objeto del negocio no se hubiese perdido en poder del comprador (art. 1951); y f) que la acción rescisoria se ejerza dentro del término legal de cuatro años (art. 1954).*

apropiación, toda vez que es necesario probar el núcleo esencial de la conducta, esto es, la efectiva apropiación de los recursos públicos, tema éste para el cual la Fiscalía estima que MUÑOZ PARRA al girar los recursos aseguró el dinero para un tercero, no obstante, no hay base probatoria suficiente para afincar tal hipótesis, ya que contrariamente con la declaración del presidente de la *Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos*, Fabio Valenzuela Soto, se desprende la forma en la que la entidad optó por manejar los recursos públicos, sin que vislumbre la Sala alguna coacción o error en dicho sujeto que permitiera afirmar que actuó como un simple instrumento dominado por el aquí acusado y que le permitiera conseguir ese supuesto propósito de asegurar tal dinero, para beneficiar al Notario de Belén de los Andaquíes, Humberto Castañeda Sarria.

Una vez la entidad sin ánimo de lucro recibió los recursos, estaba en su órbita de dominio invertir los dineros del Estado conforme a lo dispuesto en el convenio y con la vigilancia de la interventoría, lo que hizo fue finiquitar un negocio al que previamente se había comprometido, sin que esto pueda ser imputable al aforado, quien, además para tal fecha no ostentaba la condición de gobernador del Caquetá. En este punto, resulta relevante destacar lo dispuesto en el correspondiente proceso fiscal que se adelantó como consecuencia del hallazgo reportado por la Contraloría General de la República, en cual inicialmente se adelantó contra PABLO ADRIANO MUÑOZ PARRA, pero luego se le desvinculó al acotar la investigación respecto de la

interventora y la propia casa-hogar, pues en el auto de 15 de 12 de marzo de 2007 se indicó:

"... El convenio por sí mismo no consistió en la compra de los bienes, sino se (sic) constituyó en un medio de apoyo para que se pudieran adquirir, lo que permite deducir, que para su celebración (del convenio) no era necesario hacer estudio de predios, determinar su costo, ni hacer avalúos, estas actividades las debió realizar como función de vigilancia, la interventoría para controlar la correcta ejecución de los recursos. Así las cosas, la participación del Gobierno Departamental fue única y exclusivamente, el aporte de unos recursos para la protección del adulto mayor, es decir, era una labor de apoyo, más no de gestor del proyecto, lo que viene a significar que no hay relación de causalidad entre el hecho presuntamente irregular y el gobernador con la firma del convenio...Expuesto todo lo anterior, este Despacho concluye que si bien se presenta un presunto sobre costo en la compra de los inmuebles, atendiendo a las declaraciones y a los documentos que soportan la preliminar, la responsabilidad radica en la Junta Administradora de la Casa Hogar Los Colonos, quien efectuó la negociación directa de los predios con sus propietarios tal como se desprende de las declaraciones rendidas por estos, así como también en la Secretaría de Planeación Departamental, quien se desempeñó como interventora del acuerdo suscrito entre el Departamento y la Junta Administradora de la Casa Hogar, que de suyo, debía cumplir sus funciones de conformidad con lo estipulado en el instructivo de interventoría No. 2 de octubre de 2003... Sin mayor esfuerzo interpretativo y teniendo en cuenta los documentos allegados, las obligaciones derivadas del convenio, el instructivo de interventoría, estudios previos, declaraciones y demás obrantes en el expediente, se puede determinar inicialmente, que quienes realizaron gestión fiscal respecto de la compra de los inmuebles fueron el Secretario de Planeación de la

Gobernación y la Junta Administradora Casa Hogar Los Colonos."

109

Reconociendo la diferente naturaleza y finalidad de la acción fiscal, respecto de la acción penal, sí vale la pena destacar lo allí consignado en cuanto se acotó el compromiso de la interventora, quien debía vigilar por la correcta ejecución del convenio, lo cual ayuda a desdibujar el compromiso del aforado en la apropiación de los recursos públicos.

v) Ahora, se muestra sin suficiente soporte la forma en que razonó la Fiscalía respecto de cómo se configuraba el tipo subjetivo del delito de peculado por apropiación, pues en su criterio, el gobernador de forma consciente y voluntaria eludió cumplir con los requisitos esenciales para la celebración del referido convenio, conllevando la apropiación de recursos públicos por parte de un tercero, concurriendo, por ende, un comportamiento doloso, pues no hay prueba demostrativa que MUÑOZ PARRA conocía y quería (o, al menos, aceptaba) apropiarse de los recursos públicos en la cuantía de (\$16.788.581) para beneficiar a un tercero.

Como se ha dicho, para la estructuración del tipo subjetivo la Fiscalía debía haber acreditado que el acusado conocía y quería apropiarse de los recursos públicos en la cuantía señalada y no lo hizo, pues el referido sobrecosto fue determinado con posterioridad a la celebración del Convenio

¹⁰⁹ Fl. 154, cuaderno CSJ N° 1. Proceso de responsabilidad fiscal allegado en medio magnético (fls.285 ss., cuaderno principal N° 2).

No 109 así como a la orden de pago y desembolso de los aportes a los que se había comprometido el departamento del Caquetá, a saber, \$60.000.000, de manera que, para el momento de los hechos, no podía el aforado haber conocido un evento que a su vez se finiquitó y determinó con posterioridad a estos.

vi) Al no encontrarse acreditada la realización de la conducta punible de peculado por apropiación de que trata el artículo 397 del Código Penal por parte del señor PABLO ADRIANO MUÑOZ PARRA, también procederá la Sala a su absolución por el referido punible.

Por 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: ABSOLVER al acusado PABLO ADRIANO MUÑOZ PARRA, de condiciones civiles y personales ya expuestas, por las conductas punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación que le fueron endilgadas como gobernador del departamento de Caquetá.

SEGUNDO: CANCELAR, una vez en firme esta decisión, todas las anotaciones emitidas en contra de PABLO ADRIANO MUÑOZ PARRA, con ocasión de este proceso.

TERCERO: ARCHIVAR, las presentes diligencias.

CUARTO: DISPONER, que, por Secretaría, se libren las comunicaciones a que haya lugar.

QUINTO: Contra esta sentencia procede el recurso de apelación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, conforme las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2018, que modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política.

Notifíquese y cúmplase


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado


BLANCA NELIDA BARRETO ARDILA

Magistrada



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario

CALA ESPECIALE DI ROMA