



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

SP1138-2022

Radicado N° 59738.

Acta 76.

Bogotá, D.C., seis (6) de abril de dos mil veintidós (2022).

VISTOS

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa y el procesado contra la sentencia proferida el 6 de mayo de 2021 por la Sala Especial de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual condenó a ARNALDO JOSÉ ROJAS TOMEDES, como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y sucesivo, al tiempo que lo absolvió por el punible de peculado por apropiación.

2. ANTECEDENTES

2.1 Fácticos

ARNALDO JOSÉ ROJAS TOMEDES, Gobernador del Departamento de Guainía durante el período comprendido entre el 2 de enero de 1998 a diciembre 30 de 2000, recibió la suma de \$205.920.000 por parte de la Comisión Nacional de Regalías, para el desarrollo del proyecto denominado “*Control de contaminación por mercurio de producción limpia en la pequeña minería y organización de una promotora minera en el departamento de Guainía*”.

Con cargo a la imputación presupuestal del mismo fueron realizados 28 contratos, discriminados en el pliego de cargos, así:

Contrato o número de orden y fecha	Contratista y valor contrato	Objeto del contrato	Suscrito por el departamento del Guainía
1.- 0103 del 19-10-1998.	TOPOING y CIA LTDA. Gerente de Evaristo Vega Monroy \$1.300.000	Prestación de servicios para levantamiento topográfico de la zona Morroco Rio Inírida.	José Gilberto Rojas Flórez (gobernador encargado)
2.- 0101 del 2-10-1998	Luis Antonio Silva Acevedo por valor \$2.700.000	Prestación de servicios como auxiliar técnico en la Secretaría de Desarrollo Agropecuario y Medio Ambiente.	Arnaldo José Rojas Tomedes

3.- 0099 del 22-09-1998	Jaime Fernando Hernández Olaya \$2.400.000	Prestación de servicios para realizar el inventario forestal en la zona de los ríos Inírida y Guainía.	Jairo Enrique Echavarría Forero (Gobernador encargado)
4.- 0102 del 9-10-1998	Diego León Zuluaga Álvarez, por valor de \$2.900.000	Prestación de servicios para efectuar el estudio faunístico en los ríos Inírida — Guainía.	Saúl Alberto Romero Piñeros (Gobernador encargado). La cuenta de cobro está suscrita por Arnaldo José Rojas Tomes
5.- 0105 del 19-10-1998	Roberto Medina Cardozo, por valor de \$900.000	Prestación de servicios como operario en la Secretaría de Desarrollo Agropecuario y Medio Ambiente	José Gilberto Rojas Flores (Gobernador encargado). La cuenta de cobro está suscrita por Arnaldo José Rojas Tomedes.
6.- Cuenta de cobro N° 1370 del 10-11-1998	A favor de José Gilberto Rojas Flórez (Secretario de Agricultura) por valor de \$1.428.412	Por concepto de pago de viáticos de ocho días de seminario autorizada según resolución 1007 del 5 de octubre de 1998	Autorizó Arnaldo José Rojas Tomedes
7.- 209 del 4 de noviembre de 1998	Héctor Alonso Montenegro Zambrano, por valor de \$2.328.000	Suministro de papelería	Autorizó Arnaldo José Rojas Tomedes

8.- 0085 del 31 de agosto de 1998	Nelson Cruz Pizarro, por valor de \$3.000.000	Prestación de servicios como motorista y auxiliar técnico dependiente de la Secretaría de Desarrollo Agropecuario y Medio Ambiente.	Omar Arana Balcázar (Gobernador encargado). La cuenta de cobro está suscrita por Arnaldo José Rojas Tomedes
9.- 035 del 13-10-1998	Héctor Alfonso Montenegro Zambrano por valor de \$18.974.574	Compraventa de elementos para laboratorio.	Saúl Alberto Romero Piñeros (Gobernador encargado). La cuenta de cobro está suscrita por Arnaldo José Rojas Tomedes.
10.- 036 del 6-11-1998	Ovidio de Jesús Vázquez Restrepo, por valor de \$26.661.844	Compra de un bote poliéster reforzado con fibra de vidrio E25CB, y otros artículos para el mismo.	Arnaldo José Rojas Tomedes.
11.- 0107 del 19-10-1998	Ninon Selene Barbudo Domínguez, por valor de \$9.000.000	Prestación de servicios como digitadora en la Secretaría de Desarrollo Agropecuario y Medio Ambiente	José Gilberto Rojas Flores (Gobernador encargado). La cuenta de cobro está suscrita por Arnaldo José Rojas Tomedes.
12.- 202 del 26-10-1998	Guillermo Antonio Forero, por valor de \$3.048.000	Suministro de 1.180 galones de gasolina y 190 de liga.	Arnaldo José Rojas Tomedes.

13.- 020 del 09-09-1998	Guillermo Antonio Castillo Andrade, por valor de \$24.592.497	Ampliación del laboratorio de la Secretaría de Salud	José Gilberto Rojas Flores (Gobernador encargado). La cuenta de cobro está suscrita por Arnaldo José Rojas Tomedes.
14.- 017 del 3-09-1998	Firma Jaraba y Mejía limitada. IGEQ LTDA, Castro Gordillo EU, por valor de \$48.300.018	Prestación de servicios para realizar estudios de impacto ambiental para la explotación aurífera en pequeña minería a cielo abierto en los lechos de los ríos y Inírida y Guainía.	José Gilberto Rojas Flores (Gobernador encargado). El informe final está suscrito por Arnaldo José Rojas Tomedes.
15.- 0005 del 24-02-1999	Clara Inés Manrique por valor de \$900.000	Efectuar el transporte fluvial ruta San Felipe - Caranacoa - San Felipe.	Arnaldo José Rojas Tomedes
16.- 028 del 30-12-1998	Natalia del Pilar Ríos Contreras, por valor de \$9.600.000	Prestación de servicios para realizar estudio de impacto ambiental y plan de manejo de la explotación minera y de los ríos y Inírida y Guainía	Arnaldo José Rojas Tomedes
17.- 0018 del 01-03-1999	Elba Jhanet Reyes moreno, por valor de \$1.600.000	Prestación de servicios profesionales para la divulgación del estudio del impacto ambiental para la explotación aurífera en la pequeña minería a cielo abierto en los lechos de los ríos y Inírida y Guainía	Arnaldo José Rojas Tomedes

18.- 0133 del 30-12-1998	Reynel Arcángel Urquijo, por valor de \$3.000.000	Prestación de servicios en la Secretaría de Desarrollo Agropecuario y Medio Ambiente como auxiliar de promotora minería	Arnaldo José Rojas Tomedes
19.- 0211 del 28-12-1998	Electroaguas y/o Ovidio Vázquez, por valor de \$700.000	Realización de montaje e instalación del motor Yamaha HP 200 a la voladora propiedad de la gobernación	Arnaldo José Rojas Tomedes
20.- 010 del 13-04-1999	Elba Jhanet Reyes Moreno, por valor de \$12.800.000	Prestación de servicios profesionales en asesoría y capacitación de las comunidades mineras del departamento	Arnaldo José Rojas Tomedes
21.- 155 del 17-08-1999	Guillermo Forero G, por valor de \$1.761.966	Suministro de 518 galones de gasolina, 90 pots de aceite de liga pote Transmilube	Arnaldo José Rojas Tomedes
22.- 027 del 30-12-1998	Hernán Jara Chajín, por valor de \$46.000.000	Prestación de servicio Por realizar estudio de impacto ambiental para la explotación aurífera en pequeña minería a cielo abierto	Arnaldo José Rojas Tomedes
23.- 0167 del 23-10-1998	Alirio Torcuato Tividor, por valor de \$1.350.000	Prestación de servicios como auxiliar operativo en la Secretaría de Desarrollo Agropecuario y Medio Ambiente	Omar Arana Balcázar (Gobernador encargado). La cuenta de cobro está suscrita por Arnoldo José Rojas Tomedes

24.- 112 del 30-10-1998	Gina Paola Granados Rojas, por valor de \$1.400.000	Prestación de servicios como auxiliar de laboratorio	José Gilberto Rojas Flores (Gobernador encargado). La cuenta de cobro está suscrita por Arnaldo José Rojas Tomedes
25.- 0131 del 30-12-1998	Roberto Medina Cardozo, por valor de \$900.000	Prestación de servicios como operario de la Secretaría de Desarrollo Agropecuario y Medio Ambiente	Arnaldo José Rojas Tomedes
26.- 0122 del 02-12-1998	William García Pérez, por valor de \$1.600.000	Prestación de servicios en la Secretaría de Desarrollo Agropecuario y Medio Ambiente, como promotor	Arnaldo José Rojas Tomedes
27.- 0130 del 30-12-1998	Ninon Selene Barbudo Domínguez, \$ 450.000	Prestación de servicios en la Secretaría de Desarrollo Agropecuario y Medio Ambiente como digitadora	Arnaldo José Rojas Tomedes
28.- 019 del 02-09-1998	Guillermo Antonio Forero. \$6.127.800	Suministro de 2.564 galones de gasolina y 376 potes de liga	José Gilberto Rojas Flores (Gobernador encargado)

La Fiscalía General de la Nación estableció que: **(i)** el gobernador ROJAS TOMEDES incumplió las obligaciones legales y constitucionales de vigilancia y supervisión que, como ordenador del gasto y representante legal, se

encontraba en deber de realizar al momento de celebrar los negocios jurídicos; **(ii)** los contratos 017, 027 y 028 se celebraron sin contar con los requisitos de invitación, términos de referencia, actas de evaluación, resolución de adjudicación y estudios de precios del mercado y **(iii)** el contrato 0133 fue celebrado con una persona sin capacidad para contratar por el estado por tratarse de un menor de edad, con lo cual se transgredieron los principios que orientan la contratación estatal, tales como los de planeación, transparencia, responsabilidad y selección objetiva, previstos en los artículos 24, 25, 26, 29 numerales 7-12, y 60 de la Ley 80 de 1993.

Así mismo, el 19 de agosto de 1998, ROJAS TOMEDES constituyó el CDT número 1076607-1, por la suma de \$100.000.000, cuyos dividendos, por la cifra de \$2.407.500, omitió consignarlos a la dirección del Tesoro Nacional, como lo disponen los artículos 16 y 101 del Decreto 111 de 1996 y 12 del Decreto 630 del mismo año.

Se estableció como cuantía de la apropiación en favor de terceros, la suma total de 208.327.500 pesos.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con base en las copias del proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Dirección de Investigaciones de la Contraloría General de la República, en contra de ARNALDO

JOSÉ ROJAS TOMEDDES y otros funcionarios, por las irregularidades en la ejecución del proyecto “*Control de contaminación por mercurio de producción limpia en la pequeña minería y organización de una promotora minera en el departamento de Guainía*”, el Fiscal General de la Nación, el 13 de septiembre de 2006, dispuso la apertura de investigación previa contra el mandatario.

El 20 de febrero de 2008, luego de practicadas algunas pruebas, el mismo funcionario judicial declaró formalmente abierta la investigación penal y dispuso vincular a la misma, mediante indagatoria, a ROJAS TOMEDDES, lo que así sucedió el 17 de octubre del mismo año.

El 7 de febrero de 2012, la Fiscal General de la Nación suscribió la Resolución 0-0206, mediante la cual designó a uno de los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, para que continuara con la investigación respectiva, quien procedió, el 26 de agosto de 2013, a resolver la situación jurídica del procesado, absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento.

Dicho servidor judicial, después de haber clausurado el ciclo investigativo, procedió, el 15 de mayo de 2014, a calificar mérito probatorio del mismo, acusando a ARNALDO JOSÉ ROJAS TOMEDDES, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y sucesivo, junto con el de peculado por apropiación.

Al definirse el recurso de reposición promovido por defensa, mediante decisión del 11 de julio del 2014, se confirmó en su integridad lo resuelto, por lo que el proceso fue remitido a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para el adelantamiento de la etapa de juzgamiento de rigor, a donde arribó la actuación el 6 de agosto siguiente.

Después del traslado previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, la Sala de Casación Penal llevó a cabo la audiencia preparatoria, en la que ordenó la práctica de las pruebas solicitadas por la defensa y decretó otras de oficio. Igualmente, dio inicio a la audiencia de juzgamiento, lo que hizo en sesiones del 31 de julio y 1, 8 y 10 de agosto de 2017, en las que se interrogó al acusado y se receptionaron varios testimonios de manera directa y otros tantos a través de comisionado, previa elaboración de los interrogatorios respectivos.

El 25 de julio de 2018, con ocasión de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018, el proceso fue enviado a la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, oficina judicial que continuó con la audiencia de juicio, en sesiones del 12 de febrero y 26 de mayo de 2020¹, y, el 6 de mayo de 2021, condenó a ARNALDO JOSÉ ROJAS TOMEDES, a las penas principales de 60 meses de prisión,

¹ En este interregno (22 de mayo de 2020), aceptó la demanda de constitución de parte civil presentada por el Departamento de Guainía, a través de apoderado,

multa de \$10.000.000 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y sucesivo, pero únicamente respecto de los contratos 028 de diciembre 30 de 1998, 017 de septiembre 3 de 1998, 027 de diciembre 30 de 1998 y 0133 de diciembre 30 de 1998.

En relación con el punible de peculado por apropiación, la sentencia fue absolutoria.

La suspensión condicional de la ejecución de la pena se denegó, aunque se otorgó el sustituto de la prisión domiciliaria, bajo la exigencia del pago de caución prendaria por valor de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes y suscripción de diligencia de compromiso.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Contrato sin cumplimiento de requisitos legales

El fallador encontró acreditados los elementos contentivos del tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pero, como se dijo antes, sólo respecto de algunos de los hechos concretos objeto de acusación.

En primer lugar, destacó que ROJAS TOMEDES era servidor público para el momento en que se pretendía

desarrollar el proyecto “*control de la contaminación por mercurio, implementación de técnicas de producción limpia en la pequeña minería y organización de una promotora minera en el departamento de Guainía*”, y celebrar los contratos 0103, 0101, 0099, 0102, 1370, 209, 036, 202, 028, 0133, 0211, 027, 0131, 0122, 0130, 019, 0105, 0085, 035, 0107, 020, 017, 0167 y 112 de 1998; 005, 0018, 010 y 155 de 1999.

Sobre el particular, luego de profundizar respecto de la postura actual de esta Corte² –acogida desde el precedente radicado 14699 de mayo 20 de 2003–, en punto del componente típico del reproche penal, esto es, la inobservancia de requisitos legales esenciales en las fases de celebración, tramitación y liquidación contractual –no así en la de ejecución del negocio jurídico–, enfatizó en que, si bien, el procesado también intervino, en varios de los contratos objeto de acusación, en la hoy atípica fase de *ejecución* contractual, su actuación no sufre afectación en el ámbito de la tipicidad objetiva, en atención a que, de todas maneras, se encargó de dirigir en su totalidad la contratación relacionada con el proyecto “*control de la contaminación por mercurio, implementación de técnicas de producción limpia en la pequeña minería y organización de una promotora minera en el departamento de Guainía*”.

Sin embargo, precisó la Sala, con el propósito de demostrar la materialidad del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, que la Fiscalía erró al

² Citó varios precedentes, entre ellos, el más reciente radicado SP029 ene 23 2019. Rad. 52326.

considerar, en la resolución de acusación, una circunstancia general para los 28 contratos, la que previamente había sido deducida en el cometido de iniciar investigación por el delito de peculado por destinación oficial diferente –declarado prescrito en la definición de situación jurídica–, referida a que los negocios jurídicos, pese a que *no cumplieron con el objeto del proyecto*, fueron desarrollados con los recursos asignados presupuestalmente al mismo. De esa manera, dada la prescripción, soslayó el principio de cosa juzgada.

No obstante, concluyó, ello no es óbice para extraer los elementos de la descripción típica en comento, en la medida en que la determinación del origen de los fondos con los cuales la administración realiza los contratos administrativos, no constituye requisito legal esencial para su tramitación o celebración.

En tercer lugar, como en el cometido de acreditar la materialidad de la conducta resultaba insuficiente la mención genérica de violación de principios vinculados a la contratación estatal, la Sala de primera instancia destacó indispensable identificar los requisitos esenciales desconocidos con la contratación y relacionados con esos axiomas.

En ese propósito, mencionó, la Fiscalía respecto de los contratos 0102, 0101, 0167, 0035, 0103, 0105, 0122, 0130, 0131, 085, 019, 0107, 0020, 0036, 0202, 0112, 0209, 0211 de 1998; 10, 0005 y 155 de 1999, más allá de aludir a la

vulneración del principio de selección objetiva, nada estableció de manera puntual, en el pliego acusatorio, sobre la existencia de algún requisito esencial soslayado.

En consecuencia, anunció la absolución respecto de estos negocios.

Por su parte, se refirió a los contratos cuyo objeto se reputa idéntico en la resolución de acusación –**017** de septiembre 3, **099** de septiembre 22, **027** y **028** de diciembre 30, todos de 1998, y **018** de marzo de 1999–, en cuanto, advierten de algún tipo de ilegal fraccionamiento dirigido a evadir la licitación pública.

A este efecto, aclaró, los convenios **017** y **027**, fueron suscritos y celebrados “*aparentemente*” por el mismo contratista –Hernán Jaraba Chaín– para “*llevar a cabo el estudio de impacto ambiental para explotación aurífera en pequeña minería a cielo abierto en los lechos de los ríos Inírida y Guainía, departamento de Guainía, según propuesta presentada por el contratista*”.

Sin embargo, el contrato **027** fue modificado en su objeto a través de la adición contractual celebrada el 26 de julio de 1999, para limitarlo al desarrollo del “*plan de manejo ambiental para la explotación aurífera en pequeña minería a cielo abierto en los lechos de los ríos Inírida y Guainía, Departamento del Guainía*”, advirtiendo que por error

involuntario se consignó originalmente que el contrato se dirigiría a efectuar el *“estudio de impacto ambiental”*.

Acorde con la propuesta presentada por Hernán Jaraba Chajín y su testimonio rendido en juicio oral, surgió irrefutable que la labor desempeñada lo fue el objeto aclarado y no el estudio de impacto ambiental; aspectos disímiles que, en todo caso, eran susceptibles de contratarse separadamente.

Respecto de los contratos **018**, **099** y **028**, la Sala tampoco encontró posible predicar que su objeto fuese el mismo. En tal sentido, evidenció similitud en sus finalidades, derivadas de su asocio al proyecto *“Control de contaminación por mercurio, implementación de producción limpia en la pequeña minería y organización de una promotora minera en el departamento de Guainía”*

Sin embargo, el primero se refirió a la preparación para la *“divulgación del estudio del impacto ambiental para la explotación aurífera en la pequeña minería a cielo abierto en los lechos de los ríos Inírida y Guainía”*, el segundo consistió en *“prestar sus servicios realizando el inventario forestal en las zonas de los ríos Inírida y Guainía”*; al tanto que el tercero tuvo por objeto poner en marcha estrategias o mecanismos a partir de sus resultados.

De acuerdo con lo expuesto, arribó a una decisión de absolución en relación con los contratos **099** de septiembre

de 1998 y **018** de marzo 1 de 1999, por cuanto, no se confirmó irregularidad alguna, ni repetición de los objetos contractuales. Respecto del contrato **028**, se inclinó a una conclusión diversa, conforme se menciona más adelante.

En ese contexto, concluyó el a quo, de los contratos analizados únicamente subsisten tres que son objeto de reproche penal, concretamente, contratos **017** de septiembre 3 de 1998, suscrito con la firma Jaraba & Mejía Limitada; **027** de diciembre 30 de 1998, suscrito por Hernán Jaraba Chajín; y, **028** de la misma fecha –todos de menor cuantía y, por lo mismo, susceptibles de contratación directa–.

Puntualmente, adujo el fallo, ya se conoce que los dos primeros fueron adjudicados a la firma Jaraba & Mejía Ltda y que en su desarrollo contractual no se dio cumplimiento a los términos de referencia fijados por la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico, para la elaboración de dichos planes.

La Fiscalía acusó a ROJAS TOMEDES, en relación con estos contratos, por considerar que no se observaron invitaciones, términos de referencia, actas de evaluación, resolución e adjudicación y actas de liquidación, como tampoco estudios de mercado para determinar el valor de los servicios contratados.

En esa medida, la Sala discriminó la argumentación, así:

Contratos **017** y **027** de septiembre 3 y diciembre 30 de 1998.

Estos contratos, suscritos, el primero con la firma Jaraba & Mejía Limitada, por valor de \$48.300.000, y el segundo, con Hernán Jaraba Chajín, por valor de \$46.000.000, “superaban el 50% de su menor cuantía (\$25.478.250) y al mismo tiempo los cien salarios mínimos legales mensuales de 1998 ($203.826 \times 100 = \$20.382.600$)”, razón por la que se exigía para su celebración y trámite, conforme lo dispone el artículo 3° del Decreto 855 de 1994:

i) Obtención previa de dos ofertas, ii) invitación pública a presentar propuestas a través de un aviso colocado en un lugar visible de la misma entidad por un término no menor de dos días y iii) tener en cuenta para efectos de la contratación, los precios del mercado y, si es del caso, “los estudios y evaluaciones que para el efecto se hayan realizado”.

El primer requisito fue observado. Se aludió en la sentencia de primera instancia a la existencia del número de ofertas exigidas legalmente. Sin embargo, el segundo y tercero fueron incumplidos, porque no se realizó invitación pública por parte del ente territorial y tampoco se contó con los estudios de precios del mercado.

Contrato **028** de diciembre 30 de 1998.

Sostuvo la Sala Especial de Primera Instancia, en relación con este contrato, de acuerdo con el contenido del artículo 3° inciso 2° del Decreto 855 de 1994, que para su trámite solo se exigía la solicitud de oferta y la obtención previa de por los menos dos de ellas, pero no precisaba de invitaciones, términos de referencia, actas de evaluación, resolución de adjudicación y actas de liquidación, como erradamente sostuvo la Fiscalía.

Efectuada esa claridad, el análisis de las pruebas recaudadas permitió determinar que no apareció solicitud de oferta distinta a la de la contratista Nathalia del Pilar Ríos Contreras, al tiempo que la Sala *a quo* echó de menos los estudios de precios del mercado; razones para concluir, de manera objetiva, que ese negocio no cumplió con los requisitos legales.

Finalmente, analizó la orden de servicios **0133** de diciembre 30 de 1998, realizada para contratar a Reynel Arcángel Núñez como auxiliar de la Promotora Minera, sin el lleno de los requisitos legales.

Lo anterior, por cuanto, en la celebración de esa negociación se desconoció la incapacidad de Arcángel Núñez

para contratar con entidades estatales³, dado que para esa fecha contaba con 17 años de edad, aspecto acreditado con su hoja de vida, en donde se plasma como fecha de nacimiento el 2 de febrero de 1981.

En síntesis, encontró acreditado, desde el componente objetivo del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, que solo 4 de ellos contienen irregularidades esenciales: los contratos **028, 017 y 027**, en cuanto, desconocieron los principios de transparencia y selección objetiva, y la orden de servicios **0133**, por desconocer la capacidad contractual del contratista.

Por otra parte, tildó de estéril el debate en torno a si ROJAS TOMEDES conoció o no de las irregularidades que se presentaron en la contratación referente al proyecto *“control de contaminación por mercurio, implementación de producción limpia en la pequeña minería y organización de una promotora minera en el departamento de Guainía”*, en virtud de la buena fe y confianza depositada en los funcionarios del departamento –Secretario de Agricultura y Medio Ambiente o funcionarios de la Oficina Jurídica– a quienes por delegación o desconcentración encargó el desarrollo contractual en referencia, por cuanto, las funciones de supervisar, revisar, dirigir y controlar no son delegables y operan como exigencia legal –artículos 23 y 26 de la Ley 80 de 1993; artículo 11, numeral 3°

³ En este sentido, cito el artículo 6° de la Ley 80 de 1993, artículo 1.504 del Código Civil, CSJ AP1592, abr. 30 de 2019, rad. 54881 y CE Sección Tercera Subsección B, radicado 17001233100019970803401 (20688) de febrero 8 de 2012.

Decreto 679 de 1994—, tal cual lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia en los referentes citados y transcritos en lo pertinente⁴.

En ese orden, pregonó, ROJAS TOMEDES no era un simple tramitador de las labores desarrolladas por sus subalternos, a quien solo incumbiera la función de firmar los contratos, pues, recaía en él la responsabilidad atinente a que todo el trámite se adelantase conforme a la ley.

Concluyó diáfano el actuar doloso de ROJAS TOMEDES en los cuatro contratos a que se hizo mención, con violación de requisitos legales esenciales, pues, deliberadamente desatendió, como él mismo lo reconoce, su deber de supervisión, control y vigilancia estricta del proceso contractual, que se derivaba de su condición de representante legal y ordenador del gasto del Departamento de Guainía para aquella época, sin que sea válida su excusa en cuanto a que delegó en su secretario de agricultura y medio ambiente toda la contratación atinente al proyecto en referencia, conforme a lo ya expuesto.

La Sala continuó con la mención del artículo 11 de la Ley 599 de 2000, para destacar la antijuridicidad de la conducta atribuida a ROJAS TÓMEDES, en la medida en que

⁴ CSJ SP2146-2016, feb 24 de 2016, rad 40627; SP15528, oct 26 de 2016, rad 40383.

lesionó de manera efectiva el interés jurídico de la administración pública.

Finalmente, en sede de culpabilidad, destacó que el entonces gobernador pudo actuar acatando el ordenamiento jurídico, por lo que le era exigible un comportamiento distinto.

Peculado por apropiación

En relación con este punible, la primera instancia descartó acreditada la apropiación en provecho propio o de terceros de los recursos públicos, por cuanto los contratos celebrados, si bien no desarrollaron el objeto del proyecto en cita, no menoscabaron las arcas territoriales.

En efecto, con apoyo en precedentes jurisprudenciales de esta Corporación, concluyó insuficiente estudiar el verbo rector *apropiar* sin el examen alusivo al contenido del interés jurídico que busca amparar el legislador, perspectiva por virtud de la cual manifestó que todos los contratos, órdenes de prestación de servicios y *“hasta una orden de viáticos en favor de Gilberto Rojas Flórez”*, cumplieron con la labor encomendada, *“así algunos de ellos no parecieran relacionarse con el proyecto”*; es por ello que los actos ejecutados no tuvieron la aptitud, idoneidad o capacidad para afectar el bien jurídico protegido.

De la mano de lo expuesto, mencionó, la tipicidad objetiva del punible de peculado por apropiación tampoco se actualiza en relación con la suma de \$2.407.500, correspondientes a los intereses del CDT No. 1076607, constituido el 19 de agosto de 1998 con 100 millones de pesos provenientes de los mismos recursos de regalías.

Lo anterior, por cuanto, no obra prueba alguna que establezca la apropiación de esa cuantía generada por los intereses, debidamente circunstanciada, como tampoco existe demostración sobre la persona a favor de quien se causaron, sin que emerja suficiente aducir, en ese sentido, que no fueron consignados a la Dirección del Tesoro Nacional, como lo ordenan los Decretos 111 y 630 de 1996, menos aún porque ni siquiera se verificó si la firma obrante en el documento era la del ex gobernador.

En consideración a lo anotado, la Sala de primera instancia le impuso al procesado 60 meses de prisión en calidad de autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y sucesivo, respecto de los contratos **017 de septiembre 3 de 1998, 027, 028 y 0133**, todos estos de **diciembre 30 de 1998**, multa de \$10.000.000 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad.

Negó la suspensión condicional de la pena y concedió el beneficio de la prisión domiciliaria. Finalmente, se abstuvo de la condena al pago de perjuicios, costas judiciales y agencias en derecho.

MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN

Defensa

El impugnante centró su exposición en el análisis de los cuatro contratos en los que el *a quo* fundamentó la condena en contra de su representado, de la siguiente manera:

Sobre el ***contrato 028 del 30 de diciembre de 1998***, celebrado con Nathalia del Pilar Ríos Contreras, por valor de \$9.600.000, el jurista explicó que por el paso del tiempo –19 años desde la suscripción del negocio–, al rendir declaración en juicio la contratista olvidó que el contrato guardaba relación con el proyecto macro aprobado por la Comisión Nacional de Regalías.

Así mismo, agregó, *“los documentos soporte de todos los contratos pasaban por la Oficina Jurídica de la Gobernación”,* sin que el Gobernador los conociera, en tanto, *“no se podía ni revelar ni compartir con él”*.

ROJAS TOMEDES fue tan ajeno a esa contratación, continuó, que Nathalia del Pilar Ríos afirmó haber tenido

contacto con el Secretario de Agricultura -José Gilberto Rojas- en todas las etapas del contrato y no con el Gobernador; realidad que encontró soporte en la autonomía que poseía el delegado, para el desarrollo del proyecto, tal como lo manifestó el Secretario de Hacienda de la época de los hechos, Rafael Cortés.

Sobre el **contrato 017 del 3 de septiembre de 1998**, suscrito con la sociedad Jaraba y Mejía, por valor de \$48.300.000, adujo que fue suscrito por el gobernador encargado Gilberto Rojas Flores y que la participación de ROJAS TOMEDES se limitó a autorizar la cuenta de cobro.

Seguidamente, con base en la declaración rendida por el contratista ante la Contraloría General de la República, que obra como prueba trasladada en este proceso, aseguró que sí existió convocatoria pública, en tanto, a este lo *“invitaron a hacer una propuesta para un estudio de impacto ambiental”*.

Conforme a ello, como ROJAS TOMEDES delegó y desconcentró dicha actividad de contratación, conforme a las leyes vigentes, no es sujeto de responsabilidad penal.

En relación con el **contrato 027 del 30 de diciembre de 1998**, suscrito con Hernán Jaraba Chajin, por valor de \$46.000.000, destacó, contrario a la expuesto por la Sala *a quo*, que se cumplió con el requisito de selección objetiva, pues, fueron presentadas tres ofertas –Jaraba y Mejía por 46

millones, Gerardo Alquichire Vesga por 50 millones 500 mil y Julio Alberto Hernández Rojas por 49 millones–, para finalmente escogerse la de menor precio.

Adicionalmente, recalcó, el departamento de Guainía es pequeño y en la capital – Inírida – todos se conocen, lo que en su opinión explica el señalamiento de amistad entre los oferentes y la Gobernación.

Frente al **contrato 0133 del 30 de diciembre de 1998**, suscrito con Reynel Arcángel Núñez, por valor de \$3.000.000, aunque reconoció que el contratista tenía para la época de los hechos 17 años de edad, aseguró que *“es obvio por supuesto que existe un permiso para trabajar que con el paso del tiempo se perdió, traspapeló, pero en su momento tuvo que presentarse ese documento”*.

En síntesis, con apoyo en el principio de confianza y las figuras de desconcentración y delegación –sobre los cuales discurre de manera profusa–, descartó responsabilidad alguna en el actuar de ROJAS TOMEDES.

Añade que su tesis encuentra respaldo en la participación que se reputa de los abogados de la división jurídica de la gobernación, como agentes de revisión de la documentación requerida y aportada por los contratistas, sin que pueda afirmarse obligatorio un actuar de verificación por cuenta del Gobernador, en tanto, este tenía *“actividades de*

mayor linaje dentro del contexto político-social que el cargo requería.”

En la misma línea, coligió que la conducta de ROJAS TOMEDDES no comporta dolo, no sólo porque no existía el deber jurídico de revisar lo efectuado por los delegados –Oficina Jurídica y secretario de Agricultura–, sino en atención a que su participación se verifica únicamente como ordenador del gasto.

Conforme con lo expuesto, solicitó se revoque la decisión de condena proferida por la Sala Especial de Primera Instancia, en contra de ARNALDO JOSÉ ROJAS TOMEDDES, como autor del delito objeto de responsabilidad penal.

Procesado

Censuró el valor otorgado por la Sala de primera instancia al testimonio de Pablo Acosta García, no solamente porque su incriminación fue débil, al referir *“yo creo que fue el gobernador Arnaldo el que manejó directamente el proyecto porque por mis manos nunca pasó nada de eso”*, sino, porque el conocimiento del proyecto no le competía a él como secretario de gobierno, sino a la secretaria de desarrollo agropecuario y medio ambiente.

Adicionalmente, cuestionó el contexto en que fue expuesto ese dicho, esto es, en el marco de un proceso

adelantado ante la Contraloría, en tanto, no contó con su presencia ni la de su abogado, es decir, fue vertida sin posibilidad de ejercer el derecho a la contradicción.

En la misma línea, el procesado aludió al testimonio de Roberto Medina Cardozo, para negar la existencia de una promesa de campaña electoral materializada en la contratación posterior con ese ciudadano. Descartó, en ese orden, la intención de celebrar negocios jurídicos con el propósito de favorecer a los amigos, como fue indicado en la actuación.

Su tesis encontró corroboración en el dicho de Héctor Alfonso Montenegro –quien suscribió contratos de suministro y compraventa de elementos para laboratorio en los meses de octubre y noviembre de 1998–, al asegurar que *“quien tomaba la decisión de a quien vincular o a quien no vincular en prestación de servicios, adquisiciones y esto y lo otro era el doctor Gilberto, o por lo menos yo nunca tuve necesidad de dirigirme en forma directa al gobernador para ser beneficiario en su momento o haber suministrados unos elementos para el proyecto”*; aspecto declarado en similares términos por Elba Janeth Reyes Moreno –contratista para los meses de marzo y abril de 1999– y Rafael Cortés Ruiz –secretario de Hacienda–.

Adicionalmente, destacó la inexistencia de páginas web, para la época, a fin de señalar que las publicaciones en materia de contratación se realizaban en una cartelera

ubicada en el primer piso de la Secretaria de Agricultura, de fácil acceso y visible para toda la ciudadanía.

En seguida, se refirió a cada contrato objeto de condena, en muy similares términos a los expuestos por su defensora.

Así, frente al contrato **028**, hizo énfasis en que la contratista Nathalia del Pilar Ríos Contreras se entendió siempre, para los fines negociales, con el secretario de Agricultura, José Gilberto Rojas Flórez, quien era novio de la prima de aquella; nunca estableció contacto con él como gobernador.

En este aspecto, sostuvo: *“si el Doctor José Gilberto Rojas Flórez contactó a la amiga de la prima o de su novia para llevarla al Guainía Como contratista de su proyecto bandera, era porque además coordinaba o dirigía todo lo atinente para la celebración del contrato y máxime para el cumplimiento de requisitos esenciales para su materialización, tales como la solicitud de ofertas, la publicación en cartelera y la elaboración del acto de adjudicación, estos eran actos que el ya tendría que haber coordinado con la dependencia correspondiente, no podía ser de otra manera”*.

Con relación al contrato **017**, se esforzó por demostrar que su participación se limitó a autorizar la cuenta de cobro, por cuanto, el negocio se desarrolló bajo la total dirección de José Gilberto Rojas Flórez. Este funcionario, aseguró, dados

los lazos de amistad existentes, fue quien vinculó a sus compañeros de especialización con los negocios jurídicos del departamento.

Del contrato **027**, destacó que además de la propuesta de la empresa elegida – Jaraba & Mejía Ltda –, se contó con dos adicionales: la de Gerardo Alquichire Vesga, por valor de 50 millones 500 mil pesos, y la presentada por Julio Alberto Hernández Rojas, por valor de 49 millones de pesos.

A partir de ello indicó que el contrato sí cumplió con los requisitos legales esenciales –pluralidad de ofertas, publicidad y selección objetiva– y puntualizó, seguidamente, que él suscribió el contrato confiado en su apego a la ley, por cuanto, observó la firma del exsecretario de agricultura.

Finalmente, en punto del último contrato, **0133**, llamó la atención sobre la existencia del permiso de los padres del menor Reynel Arcángel Núñez para contratar, extraviado por el paso del tiempo; el joven, de todas maneras, fue vinculado al negocio jurídico por José Gilberto Rojas y no por él, como Gobernador.

Con apoyo en jurisprudencia alusiva a los requisitos esenciales contractuales, declaró que las irregularidades cometidas en la etapa de ejecución del contrato no son punibles, de conformidad con el contenido del artículo 410 de la ley 599 de 2000. En tal entendimiento, destacó, “*en mi*

condición de gobernador no tenía dentro de mis funciones supervisar si el permiso exigido por la ley para el trabajo de menores de edad estaba incorporado en el expediente del contrato, ya que dicho permiso hace parte de la etapa precontractual que debía ser ejecutada por funcionarios del nivel ejecutivo”.

Adicionalmente, consideró que el supuesto quebrantamiento de la legalidad en las fases precontractual y de trámite, no recayó sobre aspectos sustanciales, en tanto, no resultaron quebrantadas *“algunas o varias máximas fundamentales de la contratación estatal y no viola ningún requisito esencial para la celebración de un contrato como lo prevé la ley”.*

Por último, se refirió a la afectación de orden público registrada en el departamento de Guainía entre los años 1998 y 2000, en la que justificó la desconcentración y delegación de funciones en sus inmediatos colaboradores.

Al margen de lo anterior, manifestó *“si tuviera la oportunidad de solicitar nuevas pruebas con el propósito de contribuir a dar claridad, corregir errores o males interpretaciones (...) y permitir que se haga una amplia e integral valoración, le diría a la Honorable Sala Plena que ordene las siguientes (...)”*⁵.

⁵ Solicitó se decretaran 7 pruebas, relacionadas a folios 298 y 299. Cuaderno original Sala de Primera Instancia No. 6.

NO RECURRENTES

Dentro del término de traslado presentaron memoriales la Fiscalía y el representante judicial del departamento del Guainía, quienes solicitaron se confirmara el fallo condenatorio de primera instancia.

Fiscalía

La delegada Fiscal sintetizó los reparos elevados por la defensa técnica y material, para seguidamente recalcar que ROJAS TOMEDES debe responder en calidad de autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por cuanto, la desconcentración y la delegación son figuras del derecho administrativo cuya utilización para efectos penales no conlleva de manera implícita un marginamiento absoluto de la actividad administrativa delegada o desconcentrada.

De ahí que el omitir todo aquello a que se está obligado, con el pretexto del uso de las mencionadas figuras, consideró la delegada, ninguna exoneración de responsabilidad penal produce. Lo anterior, por cuanto, esas figuras fueron creadas únicamente para facilitar la dinámica de la administración pública.

Concretamente, sobre el contrato 028 predicó el reproche penal, precisamente por la ausencia de supervisión y

vigilancia de ROJAS TOMEDES, quien, como primer mandatario del departamento debió ejercer esas labores respecto de las actividades que en materia contractual adelantaba su secretario de Agricultura y Medio Ambiente, quien evidenció clara inclinación en favorecer a Nathalia del Pilar Ríos, por ser familiar de su novia.

De los contratos 017 y 027, encontró inviable la absolución, por cuanto, a pesar de que quien celebró las negociaciones fue el secretario de Agricultura cuando fungió como gobernador encargado, lo cierto es que la actividad contractual implica el agotamiento de una serie de etapas previas a la firma, que de ninguna manera pueden ser ajenas a la supervisión que por deber le corresponde adelantar a la máxima autoridad de la región.

A idéntica conclusión arribó en relación con el contrato 133, dado que de haberse surtido por parte de ROJAS TOMEDES, la supervisión de las actividades encomendadas al personal subalterno, hubiera sido fácilmente detectada por él la irregularidad consistente en celebrar un contrato con un menor de edad.

Seguidamente, abordó los reparos expuestos por la defensora, en similares términos que los referidos frente a los reproches del procesado.

Apoderado del departamento de Guainía

Estimó que los impugnantes no atacaron los argumentos fundamento de la sentencia condenatoria. Se dijo en el fallo, respecto de los contratos 017 y 027, que el contenido del artículo 3 del Decreto 855 de 1994, resultó inobservado. Pese a ello, la apelación se concentró únicamente en demostrar el aspecto alusivo a las invitaciones –cuya existencia no fue discutida–, dejando por fuera la referencia al aviso público en la entidad, mínimo por dos días, y el estudio de los precios del mercado.

Dicho en otros términos, el fundamento de la alzada no refleja con argumentos jurídicos ni probatorios, que las razones soporte de la condena contra ROJAS TOMEDES, son infundadas.

Por otro lado, sobre el contrato 0133, suscrito el 30 de diciembre de 1998, expuso que los reparos objeto de disenso, en realidad tampoco atacan de manera jurídica ni probatoria lo sostenido en la sentencia de primera instancia; es más, confirman el presupuesto referido a la ausencia del permiso para contratar al menor de edad.

Del contrato 028, refiere similares dificultades, esto es, que los argumentos del recurso vertical en nada enfrentan las razones de la primera instancia para condenar por el punible establecido en el artículo 410 del Código Penal, en la medida

en que, en esta negociación no hubo solicitudes de oferta ni análisis de precios del mercado, como lo exige la ley, en flagrante desconocimiento de los principios de selección objetiva y transparencia, materializados en la violación de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 855 de 1994.

Finalmente, agregó, aludir a la desconcentración y delegación como figuras eximentes de responsabilidad penal, supone un argumento inválido para tales fines, por desconocimiento de los artículos 12 y 25 de la Ley 80 de 1993.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según el numeral 6 del artículo 235 de la Carta Política, la Sala de Casación Penal es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por la Sala de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia, contra el exgobernador del Guainía, ARNALDO JOSÉ ROJAS TOMEDES.

El tipo penal atribuido, en la versión vigente para la época de los acontecimientos – Ley 100 de 1980 –, modificado por los artículos 57 de la ley 80 de 1993 y 32 de la Ley 190 de 1995, se describe así:

ARTÍCULO 146.- CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES. 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”⁶.

A fin de abordar la temática propuesta por los recurrentes, es pertinente recordar, que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales reclama para su tipificación la concurrencia de diversos componentes, en particular, la condición de sujeto activo calificado, esto es, un servidor público en ejercicio de sus funciones; así mismo, la verificación de alguno de los verbos rectores alternativos contemplados en la norma; corresponde, de igual manera, a un tipo penal en blanco, en la medida que para su materialización, reclama la inobservancia de una normativa ajena a la penal, en la cual se describen los requisitos indispensables para el trámite, suscripción y liquidación de los contratos públicos.

En reciente oportunidad⁷ sostuvo la Sala:

Se trata de un tipo penal funcional que protege el bien jurídico de la administración pública⁸, definida como el conjunto de condiciones materiales que se expresan en el artículo 209 de la Constitución, en el que se definen los rasgos fundamentales de la función y de la ética pública⁹.

⁶ La multa, conforme al artículo 32 de la Ley 190 de 1995, de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes

⁷ CSJ SP 26 May 2021. Rad 55766

⁸ Cfr., AP del 18 de enero de 2017, radicado 49204.

⁹ Según el Artículo 209 de la Constitución Política, “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

Entre esos rasgos, el interés general –que es también fundamento del Estado democrático—, se erige como un imperativo ético que le confiere sentido a la noción de lo público. Igualmente, la transparencia en la gestión y la imparcialidad son un presupuesto de legitimidad de las decisiones públicas. La Ley 80 de 1993, que complementa el artículo 410 del Código Penal, contempla esos propósitos y reafirma que las actuaciones contractuales se deben adelantar bajo los principios de economía, selección objetiva (artículo 25 Ley 80 de 1993), y transparencia (artículo 24 ibídem).

Ahora bien, el objeto de los recursos propuestos por defensa y el procesado, se contrae a considerar que, entre las facultades constitucionales y legales que le asistían al gobernador del Guainía, ARNALDO JOSÉ ROJAS TOMEDES, se encontraban las correspondientes a la delegación y desconcentración, de las cuales hizo uso en los procesos contractuales, amparado además en los principios de confianza y buena fe; razón suficiente para entender ajena su responsabilidad, por ausencia de dolo, en el marco del desarrollo negocial delegado, en unos casos, a los secretarios del gabinete, y en otros, a quien fungiera como gobernador encargado.

La discusión se propuso, además, desde la perspectiva del cumplimiento de los requisitos esenciales exigidos para celebrar los contratos, aspecto que aseguran los recurrentes verificado a cabalidad en el despliegue de las negociaciones objeto de reproche penal.

En respuesta a lo planteado, lo primero que cabe reseñar es que, de la actuación procesal emerge demostrado que el acusado, para la época de los hechos desempeñaba el cargo de Gobernador del Departamento de Guainía, específicamente, desde el 2 de enero de 1998, hasta el 30 de diciembre de 2000.

En esa calidad, sobre él recaía la potestad de celebrar los contratos a nombre del departamento, según se desprende del literal b del numeral 3° del artículo 11 de la Ley 80 de 1993.

Como se anticipó líneas arriba, el delito prevé tres formas alternativas de realización: (i) inobservar los requisitos legales sustanciales en la tramitación del contrato, lo que incluye todos los pasos que la administración debe realizar hasta su celebración, (ii) omitir la verificación de los presupuestos previstos en la ley de contratación estatal al momento de su perfeccionamiento y (iii) desconocer las exigencias relacionadas con la liquidación del contrato¹⁰.

Ello guarda relación con la intención del legislador, que subyace a la tipificación delictiva, en cuanto, busca separar el comportamiento punible desplegado por los funcionarios encargados de impulsar el trámite de la contratación, del ejecutado por el ordenador del gasto, en relación con las

¹⁰ En este sentido, CSJ SP 9 Feb 2005. Rad. 21547.

etapas de celebración y liquidación del mismo, quedando al margen de protección la etapa de ejecución, que no comporta reproche penal¹¹.

Lo anterior, precisamente por la manera desconcentrada en la cual las entidades públicas desarrollan la contratación, esto es, escindiendo la intervención de diversos funcionarios encargados de verificar cada etapa precontractual, de aquél que legalmente se encuentra habilitado para disponer de los recursos públicos y, por contera, legitimado para adelantar las fases de celebración y liquidación.

Es claro que estas etapas –celebración y liquidación–, solo podrán cumplirse con apego a la ley, una vez se haya verificado el cumplimiento de las formalidades previstas en la etapa anterior, pues, precisamente la facultad de disposición de los recursos del ente territorial, es lo que justifica, en este caso, la actuación del gobernador, como vigía de la legalidad de los procesos contractuales.

Ahora bien, los artículos 12 y 25-10 de la Ley 80 de 1993, preceptúan que los jefes y representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos, con sujeción a las cuantías señaladas en las respectivas juntas y consejos

¹¹ CSJ SP 20 may. 2003, rad. 14.669; SP, 24 may 2017, rad. 49.819.

directivos, y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. En todo caso, la delegación y desconcentración no deriva en ausencia de responsabilidad del encargado de la contratación, pues, la función de adjudicación está a su cargo¹².

En materia de delegación y desconcentración, se tiene discernido¹³:

“En la administración pública es imposible que el ordenador del gasto pueda realizar todo el proceso contractual, razón por la cual la ley establece la posibilidad de adelantarlo en conjunto con diferentes órganos en una relación concatenada de trámites¹⁴ a través de las figuras de delegación y desconcentración, regladas en la Ley 489 de 1998.

*La **delegación** es la posibilidad de transferir competencia, no la titularidad de la función. Se perfecciona con la manifestación positiva del funcionario delegante de su intención de hacerlo a través de un acto administrativo motivado, en el que determina si su voluntad de delegar la competencia es limitada o ilimitada en el tiempo, o general o específica¹⁵. La transferencia se realiza a través de un acto administrativo expreso, debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede siempre y en cualquier momento reasumirla. Procede cuando hay relación de subordinación entre delegante y delegatario¹⁶.*

(...)

En virtud de tal relación, el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario, y revocar el acto de delegación, particularidades que se desprenden

¹² Cfr. CSJ SP4413-2019, rad. 55967; reiterada en CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

¹³ CSJ SPI, 5 Ago 2021. Rad. 47494

¹⁴ Cfr. CSJ SP, 7 julio 2010, rad. 28508.

¹⁵ Cfr. CC C-372-2000.

¹⁶ Cfr. *Ibidem*.

del principio de unidad de acción administrativa, de la aplicación de los principios de la función administrativa a que hace referencia el artículo 209 de la Carta, y del deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al jefe de la entidad u organismo estatal¹⁷.

Debe constar por escrito y a la autoridad delegante le asiste la obligación de informarse en todo momento sobre el desarrollo de las funciones otorgadas e impartir orientaciones generales sobre su ejercicio, tal como lo dispone el canon 10 de la Ley 489 de 1998.

*Además, en principio exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponde exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Carta Política, el delegante pueda en cualquier momento reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo (artículo 11 *ibidem*¹⁸).*

(...)

Si bien el artículo 211 superior establece que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, ello no significa que no lo haga por sus propias acciones u omisiones respecto a los deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento, las cuales serán fuente de responsabilidad cuando impliquen infracción a la Constitución y a la ley, por medio de la pretermisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los principios de la función administrativa¹⁹.

Por esas razones en materia contractual el acto de la firma expresamente delegada no exonera de la responsabilidad civil y penal al agente principal²⁰, ya que no envuelve la transferencia o el traspaso de la competencia²¹.

*En lo que tiene que ver con la **desconcentración**, en particular, la atribución de competencia se realiza directamente por el ordenamiento jurídico, se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía, se transfiere en forma exclusiva, es decir,*

¹⁷ Cfr. *Ibidem*.

¹⁸ Ley 489 de 1998.

¹⁹ Cfr. CC C-372-2000.

²⁰ Cfr. Ley 489 de 1998, artículo 11.

²¹ Cfr. CC C-727-2000.

la competencia debe ser realizada por el órgano desconcentrado y no por otro, y el superior no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal.

En materia de responsabilidad existen diferencias. Es fundamental la demostración del aspecto subjetivo.

(...)

La responsabilidad que deriva de la Carta Política es la del ejercicio del cargo sea por omisión o extralimitación de sus funciones, por consiguiente, cada uno responderá por sus decisiones y no por los actos de los demás. La delegación no constituye el medio a través del cual el titular de la atribución se desprende por completo de la materia delegada:

«Por el contrario, la delegación crea un vínculo permanente y activo entre delegante y delegatario, el cual se debe reflejar en medidas como las instrucciones que se impartan al delegatario durante la permanencia de la delegación; las políticas y orientaciones generales que se establezcan, en aplicación del principio de unidad de la administración, para que los delegatarios conozcan claramente y consideren en sus decisiones los planes, metas y programas institucionales; la revisión y el seguimiento a las decisiones que tome el delegatario y la oportunidad para que el delegante revoque el acto de delegación y despoje oportunamente de la calidad de delegatarios a quienes no respondan a las expectativas en ellos fincadas. Para ello, el delegante conservará y ejercerá las facultades que se le otorgan en razón de ser el titular del empleo al cual pertenecen las funciones que se cumplen por los delegatarios²²».

Así, precisada la distinción entre las figuras de la desconcentración y delegación, la responsabilidad penal del representante legal de la persona jurídica de derecho público, se determina existir cuando este omite, previo a la celebración de los negocios jurídicos, verificar que los funcionarios delegados o en quienes recae la

²² Cfr. CC-372-2000.

desconcentración, hayan respetado los procedimientos necesarios para contratar, bien sea por licitación pública o contratación directa, conforme la naturaleza o cuantía del contrato; como también, cuando se aparta del deber de corroborar que fueron llevadas a cabo todas las etapas necesarias en el cometido de garantizar una selección objetiva que satisfaga el interés general.

En ese contexto, la Sala abordará los reparos expuestos en el recurso, así:

1. Contrato 028 del 30 de diciembre de 1998.

Fue suscrito con Nathalia del Pilar Ríos Contreras, por valor de \$9.600.000, para realizar estudio de impacto ambiental y plan de manejo de la explotación minera de los ríos Inírida y Guainía.

Conforme lo estipula el numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, de manera general, la contratación pública se realiza a través de un proceso de selección del contratista mediante licitación o concurso público, con excepciones, entre ellas los casos en los que el asunto es considerado de menor cuantía, de acuerdo con el presupuesto anual de la entidad.

En este caso, el tope de la menor cuantía ascendía a \$50.956.500, equivalente a los 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes previstos en la norma, en consideración al presupuesto del departamento para la fecha del contrato²³ y al salario mínimo legal mensual, \$203.826. De manera que, como el valor del contrato era menor a ese monto (\$9.600.000), el trámite permitía la contratación directa, como en efecto ocurrió.

De acuerdo con lo normado en el artículo 3° del Decreto 855 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, para cumplir con el deber de selección objetiva en la contratación directa, se necesita la obtención previa de por lo menos 2 ofertas; la solicitud de propuestas podrá ser verbal o escrita y deberá contener la información básica sobre las características generales y particulares de los bienes, obras o servicios requeridos, condiciones de pago, términos para su presentación y demás aspectos que den claridad al proponente sobre el contrato que se pretende obtener.

Dice la normatividad en cita, que la solicitud de oferta deberá ser escrita, cuanto la complejidad del objeto a contratar así lo amerite.

²³ El presupuesto del departamento de Guainía para los años 1998 y 1999 ascendió a la suma de \$3.588.749.236 y \$5.336.400.000, respectivamente, según las Ordenanzas 029 de 1997 y 038 de noviembre de 1998 de la Asamblea de ese ente territorial, conforme lo certificó la secretaria general de esa corporación en octubre 14 de 2015. F. 145 c.o.1 juicio.

Así mismo, debe precisarse, cuando se trate de contratos cuya cuantía no supere el 10% de los montos señalados en el literal a) del numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, para este caso \$5.095.650, se celebrarán tomando en cuenta los precios del mercado, sin necesidad de contar previamente con varias ofertas.

En los contratos de menor cuantía cuyo valor sea igual o superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en este evento \$ 20.382.600, que de manera simultánea superen el 50% de la menor cuantía de la respectiva entidad, \$ 25.478.250, además de dar cumplimiento a lo ya establecido, deberá invitarse públicamente a presentar propuestas, por medio de un aviso ubicado en lugar visible de la misma entidad, por un término no menor de 2 días. No obstante, la entidad podrá prescindir de la publicación del aviso cuando la necesidad inminente del bien o servicio objeto del contrato no lo permita, de lo cual dejará constancia escrita.

En el párrafo se relacionan los eventos en los cuales la entidad puede contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, sin que sea necesario obtener previamente varias ofertas.

Finalmente, en cualquier caso, se exige tener en cuenta para contratar, los precios del mercado, con los estudios y evaluaciones que para el efecto se hayan realizado.

De conformidad con la prueba obrante en el infolio, se tiene que en la respectiva actuación precontractual solamente se recibió la propuesta presentada por Nathalia del Pilar Ríos Contreras²⁴, pues, en ese sentido, no existe constancia o prueba de cualquier índole que permitiera determinar la existencia de alguna oferta adicional, como resultaba imperativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3° del Decreto 855 de 1994.

En el trámite contractual tampoco se contó con el estudio de precios del mercado, pese a determinarse necesario, en seguimiento de lo establecido en la normatividad referida.

Por contera, los documentos extraídos del trámite contractual permiten determinar que el ex gobernador ROJAS TOMEDES, al momento de tramitar y suscribir el contrato que firmó con Ríos Contreras, desconoció los principios de selección objetiva y transparencia, materializados en la violación de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 855 de 1994.

²⁴ F. 162 cuaderno anexo 2.

Ahora bien, los recurrentes plantearon, indistintamente, que ROJAS TOMEDES delegó o desconcentró el desarrollo precontractual de los negocios jurídicos relacionados con el proyecto “*Control de contaminación por mercurio, implementación de producción limpia en la pequeña minería y organización de una promotora minera en el departamento de Guainía*”, específicamente, en el secretario de agricultura, José Gilberto Rojas.

Por esa razón, Nathalia del Pilar Ríos Contreras –quien olvidó el objeto del contrato por el paso del tiempo, al momento de declarar en la audiencia pública de juzgamiento–, sí logró recordar que tuvo siempre contacto con aquél en todas las etapas del contrato, y nunca con ROJAS TOMEDES; precisamente, por la autonomía que poseía el delegado, para el desarrollo del proyecto.

Esa delegación, consideran los recurrentes, exime de responsabilidad al mandatario local.

Sobre esa premisa, caben varias precisiones:

1. Es cierto que transcurrió un tiempo bastante considerable desde la fecha de suscripción del contrato, hasta que se verificó la exposición oral de la contratista, en curso del juzgamiento, que razonadamente juega en contra de la efectiva remembranza de un suceso acaecido alrededor de 19 años atrás. Sin embargo, esa situación no es

trascendente para efectos de acreditar o descartar la responsabilidad de ROJAS TOMEDES en el delito consagrado en el artículo 410 del Código Penal.

2. La delegación, que los censores afirman tácita por la confianza depositada en el secretario de agricultura -nunca hubo acto administrativo de delegación-, indebidamente se soporta con el dicho de Ríos Contreras, quien aseguró que el contrato le fue ofrecido por José Gilberto Rojas, novio de su familiar, con quien adelantó, exclusivamente, la relación negocial.

3. El desentendimiento voluntario y consciente que se predica de ROJAS TOMEDES en el desarrollo de ese negocio es, precisamente, el fundamento de su responsabilidad penal. La desconcentración -una vez definido que no existió ningún tipo válido de delegación-, regulada en el artículo 7 del Decreto 679 de 1994 -vigente para la época de los acontecimientos - opera en relación con actos inherentes a la tramitación del contrato, pero no respecto a su adjudicación, ni con relación a la celebración del mismo, de modo que no le era autorizado sostener que, como representante legal del departamento, podía desentenderse de la contratación ilegal que compromete los recursos públicos, cuya disposición solo concierne a él.

El artículo 26-2 de la Ley 80 de 1993, preceptúa: *“Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y*

omisiones antijurídicas (...)”, en tanto el numeral 5° *ibídem* sostiene: *“La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla (...)*”.

Esta Sala ha tenido oportunidad de reiterar la tesis, según la cual, el ordenador del gasto posee el deber legal de vigilar y supervisar el rol de los subalternos, sin que pueda eximirse de responsabilidad, incluso, cuando ocurre que se presenta delegación o desconcentración funcional.

Se adujo en este sentido que:

(...) el principio de confianza al cual se ha hecho alusión a lo largo del proceso y con mayor énfasis por la defensa en la audiencia pública, tiene sus límites en el principio de responsabilidad que tienen los gobernantes en su calidad de ordenadores del gasto, y en la vigilancia que debe ejecutar de los roles de sus subordinados²⁵.

Más adelante se sostuvo:

(...) la contratación estatal demanda del servidor público ordenador del gasto y representante legal del ente oficial, una tutela estricta, un control en todas las fases de la contratación-tramitación, celebración y liquidación, lo cual implica la

²⁵ CSJ SP, 21 jun. 2010, Rad 30677

*verificación del cumplimiento de las exigencias legales esenciales en cada una de esas etapas.*²⁶

El fundamento de la regulación legal de la contratación administrativa estriba, precisamente, en impedir que en el trámite y selección de los contratistas del Estado, se empleen criterios arbitrarios por quienes tienen capacidad de comprometer los recursos públicos. De ahí la obligatoriedad de su observancia y respeto, en el trámite de cualquier forma negocial que se celebre en nombre del ente territorial.

ROJAS TOMEDES no supo, en la lógica planteada por defensa y por él mismo al sustentar el recurso, cuáles fueron las irregularidades que cometió el secretario de agricultura al escoger a Nathalia del Pilar Ríos Contreras como contratista del negocio 028 el 30 de diciembre de 1998.

No aparece tan claro, sin embargo, que ROJAS TOMEDES se hubiese abstraído del todo de la revisión de los contratos relacionados con el proyecto en mención, como lo sugiere la defensa en la alzada al sostener que: “*los documentos soporte de todos los contratos pasaban por la Oficina Jurídica de la Gobernación*”, sin que el Gobernador los conociera, en tanto, “*no se podía ni revelar ni compartir con él*”.

En la indagatoria, cuando se le preguntó si verificó los contratos que suscribió en razón del proyecto aludido, ROJAS

²⁶ CSJ SP 24 Feb. 2016, Rad. 40627

TOMEDDES sostuvo: “ (...) como dije al comienzo, el secretario de agricultura estaba haciendo una especialización en temas ambientales y por **eso fue comisionado o delegado por mí para todo lo referente para este proyecto como tal, de tal suerte que pude yo haber revisado algunos contratos y encontrarlos ajustados a lo ordenado por el Fondo Nacional de Regalías, no recuerdo si los revisé todos o no**”²⁷. Negrillas propias.

Además de ello, Roberto Medina, uno de los contratistas relacionados con los contratos 0105 y 131, que hacían parte de los 28 contratos del proyecto, sostuvo en su declaración²⁸ que su comunicación fue directa con ROJAS TOMEDDES, quien lo contactó para ofrecerle participar en estos.

No es relevante, en consecuencia, que la contratación haya sido o no, producto de una promesa de campaña electoral, pues lo cierto es que el testigo, sí refirió expresamente, que la persona con la cual estableció comunicación, fue el procesado.

De allí que surjan elementos a partir de los cuales se pueda sostener que ARNALDO ROJAS TOMEDDES no era ajeno al proceso contractual adelantado con ocasión del proyecto de control de contaminación por mercurio; conclusión que, como quedó visto, no se extrajo a partir de la valoración del

²⁷ F. 155, cuaderno original 2.

²⁸ F. 188 cuaderno original 3.

testimonio de Pablo Acosta García como lo sugirió el defensor. No obstante, como con acierto lo planteó la primera instancia, lo cierto es que, dada la condición de Gobernador, a ROJAS TOMEDES le era inexcusable descargar la responsabilidad de verificar la legalidad de los contratos en terceras personas –tuviese o no participación directa en alguna de las etapas de la gestión contractual–, de manera que, alegar que desconocía las ilegalidades detectadas, solo traduce una postura defensiva, sin entidad suficiente para lograr la pretensión propuesta.

En síntesis, el acusado y su defensor no pueden alegar a su favor algún tipo de eximente legal, simplemente porque los únicos institutos que facultan al primero desatenderse parcialmente de sus obligaciones de participación directa, dirección y verificación de los requisitos establecidos para la selección del contratista, nunca fueron utilizados por él, esto es, por mucho que se referencie una actuación exclusiva del Secretario de Agricultura, no se expidió un acto administrativo que lo delegara para el efecto -desde luego, tampoco se materializa aquí una circunstancia de desconcentración-, ni es posible, con alguna seriedad, referir algún tipo, inexistente, de “*delegación tácita*”.

Entonces, la obligación de adelantar de manera directa las fases de contratación, radicaba exclusivamente en el acusado, de quien, por mucho que se intente, no puede pregonarse simple omisión o negligencia, sino verdadera intervención dolosa en el acto contractual, así se usara como

mampara defensiva la supuesta intervención única de su secretario, en tanto, nada justifica o explica que debiera acudir a este, sin siquiera expedir un acto administrativo que legitime su actuar.

2. Contrato 027 del 30 de diciembre de 1998

Suscrito por ROJAS TOMEDES con Hernán Jaraba Chajín, por valor de \$46.000.000. Tenía por finalidad, de acuerdo con la modificación introducida el 26 de julio de 1999, el desarrollo del *“plan de manejo ambiental para la explotación aurífera en pequeña minería a cielo abierto en los lechos de los ríos Inírida y Guainía”*.

La Fiscalía consideró que en este negocio no se observaron los términos de referencia, invitaciones, actas de evaluación, resolución de adjudicación y acta de liquidación, como tampoco estudios de mercado.

El contrato, por su cuantía, no alcanzó a desbordar los límites consagrados en el artículo 24, numeral 1°, literales “a” y “d” de la Ley 80 de 1993, por lo que era susceptible de contratación directa.

El reproche, contrario a lo afirmado en la alzada, no se radica en haber incumplido el número de ofertas exigidas legalmente. Como se observa en la documentación

incorporada al expediente²⁹, este requisito fue satisfecho. El problema radica en que la tramitación desconoció las exigencias de realizar invitación pública y tomar en consideración los estudios de precios del mercado.

Este último aspecto, asoma de importancia fundamental en términos de planeación, por cuanto permite determinar, de acuerdo con las reglas del mercado, el valor de los bienes o servicios en el momento de la tramitación del negocio jurídico, con miras al pago de un precio justo.

El requisito se contempla en el artículo 3 del Decreto 855 de 1994, según el cual, cuando el valor del contrato supere el 50% de la menor cuantía –para este caso \$25.478.250– y al mismo tiempo los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 1998 - \$20.382.600 -, debe contar con tales estudios.

La decisión de primera instancia fue clara al determinar la razón por la cual se consideraba incumplido tal requisito; no obstante, tal aspecto no fue controvertido por los censores, de suerte que, nada tiene que agregar la Corte, en tanto, los elementos de prueba recogidos informan sin ambages que la exigencia en comento no fue cubierta.

Por otra parte, que el contratista Hernán Jaraba Chajín haya sostenido haber sido invitado a hacer la propuesta para

²⁹ Fs. 141 a 147 cuaderno anexo 1 y 233 a 249 cuaderno anexo 2.

el estudio de impacto ambiental, no emerge suficiente en el cometido de demostrar el cumplimiento de la invitación pública, pues en la declaración se refirió únicamente a la supuesta invitación para proponer un *estudio* de impacto ambiental, pero no aludió a que se le convocase a presentar un *plan* de manejo ambiental.

Ambos institutos, conforme quedó discernido por la Sala a quo, son diferentes. Además, la normatividad en cita es clara en determinar que la invitación no se efectúa de cualquier manera, sino únicamente mediante la colocación de un aviso en lugar visible de la entidad, el cual no fue demostrado en su existencia.

Y la razón para ello es evidente, pues, como quiera que se busca la publicidad de la invitación, para que los interesados acudan a presentar su propuesta, el que se decida llamar a alguien en particular desdibuja esa pretensión, sesgando sus efectos y, a la vez, evitando que los interesados, en la práctica, conozcan de la oferta y puedan atenderla.

La buena fe bajo la cual se aduce que actuó el procesado, se ofrece deleznable, en tanto, se trata de exigencias mínimas, no solo de obligado conocimiento, sino de fácil comprensión e implementación.

Ante la contundencia de las pruebas de cargo, la Corte advierte un actuar doloso, se itera, dado que necesariamente

tenía por qué conocer la existencia del proyecto en mención y de los contratos que en desarrollo del mismo se celebraron; no obstante saber con suficiencia que con su firma no solo comprometía recursos del departamento, sino que verificaba el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley.

Nada dentro de lo alegado o probado informa de algún tipo de situación excepcional o particular a partir de la cual estimar que, en efecto, la ilegalidad deriva de algún tipo de fuerza mayor o, al menos, simple negligencia del acusado, y no de sus evidentes conocimiento y voluntad de que se evadían requisitos básicos.

Por el contrario, el que se hubiese decidido llamar personalmente a un contratista, ofreciéndole participar en el trámite, advierte cómo se buscó evadir la ley de manera soterrada, para eludir que otros participantes pudieran acudir y, a la par, dirigir la contratación hacia alguien previamente definido.

Debe insistirse en que la “*delegación tácita*” que ROJAS TOMEDES afirmó realizar en Gilberto Rojas Flórez, basado en la confianza en ese servidor, en nada contribuye a librarlo de responsabilidad, porque, al igual que en el primer caso, está claro que esta figura no existe y era de su resorte realizar actividades de verificación, control y vigilancia, precisamente por su condición de representante legal y ordenador del gasto del departamento de Guainía.

La Sala en SP 18 Oct 2017, Rad 48231, sostuvo que:

*(...) esto para significar que, desde luego, la Corte reconoce un tipo de **responsabilidad indelegable** en el funcionario a quien se ha atribuido funcionalmente la responsabilidad y dirección de todo el entramado complejo, en cuanto, ello cabe indiscutiblemente en su tarea de verificación y control. Negrillas propias.*

Recientemente, en decisión radicada 53263 del 24 de marzo de 2021 se reiteró:

(...) dicha conducta recae normalmente en cabeza de los representantes legales de las distintas entidades estatales, quienes tienen el deber de ejercer una estricta labor de supervisión, por ser garantes de la legalidad de la contratación estatal, precisamente porque son quienes pueden comprometer su voluntad final con dineros públicos. Por lo tanto, la jurisprudencia ha señalado, que no se trata de una simple firma del contrato, pues no se acepta excusarse en las actividades desarrolladas por su equipo de trabajo.

Por lo anterior, está suficientemente probado que el exgobernador ARNALDO JOSÉ ROJAS TOMEDES, con dolo, intervino en el contrato 017 del 3 de septiembre de 1998, al margen de los principios establecidos en la Ley 80 de 1993.

3. Orden de servicios 0133 del 30 de diciembre de 1998.

Suscrita por ARNALDO JOSÉ ROJAS TOMEDES, mediante la cual solicita a Reynel Arcángel Núñez Urquijo, identificado con tarjeta de identidad 81020210184, prestar sus servicios como auxiliar en la secretaría de desarrollo agropecuario y medio ambiente, por el término de 6 meses. El valor del contrato se pactó en \$3.000.000.

Se dijo en el pliego de cargos, que la irregularidad se verifica por la incapacidad para contratar de Núñez Urquijo, pues, era menor de edad en ese momento.

En este sentido, según el informe de policía judicial de agosto 28 de 2009, se estableció que, como anexo a la orden de servicios, se encuentra en el infolio la hoja de vida de Reinel Arcángel Núñez Urquijo, en la cual se consigna que su fecha de nacimiento corresponde al 2 de febrero de 1981, con número de tarjeta de identidad 81020210184. Por ende, no hay discusión sobre la minoría de edad del contratista, para el 30 de diciembre de 1998 –17 años–.

Los recurrentes no discuten dicho aspecto. Tampoco emerge controversia sobre la imposibilidad de contratar con menores de edad, sin autorización del Ministerio del Trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 238 y 248 del

Decreto 2737 de 1989, vigente para la fecha de los acontecimientos censurados.

Empero, la defensa invoca el extravío del documento que habilitaría al incapaz para contratar, precisamente, por el considerable paso del tiempo.

Para la Sala es claro que esa manifestación no es susceptible de acogerse. El dicho se presenta como una simple conjetura sin el más mínimo respaldo probatorio. No existen razones para suponer viable la desaparición del permiso, si se parte de la base de que todos los contratos se encontraban completos en lo que toca con los documentos que a ellos se aportaron originalmente, y datan de la misma lejana época.

Ningún documento adicional se reportó perdido, como tampoco se invocó alguna situación excepcional por la cual fuese razonable considerar posible la pérdida. Así planteado el argumento, emerge inverosímil y carente de respaldo.

Razón le asiste a la parte recurrente al afirmar que las irregularidades cometidas en la etapa de ejecución del contrato no son punibles, de conformidad con la interpretación vigente propugnada por esta Corporación, pero se equivoca al afirmar que esa es la razón por la cual, el acusado se encontraba exento de verificar si el permiso

exigido por la ley para el trabajo de menores de edad, estaba incorporado en el expediente del contrato.

Idéntica conclusión que la expuesta líneas arriba se ratifica en este asunto:

La capacidad para contratar no es un aspecto que concierne analizar en la etapa ejecutiva de un contrato. Es un tópico que, al igual que los demás requisitos echados de menos, hace parte de los trámites propios de la fase precontractual. La verificación debe realizarse, por contera, en el mismo escenario ya expuesto: la etapa de celebración del negocio jurídico.

Al interior de ésta, ROJAS TOMEDDES debió observar los presupuestos necesarios para la perfección del negocio jurídico, es decir, verificar con rigor el cumplimiento de los requisitos inherentes a la fase precontractual pero, una vez más, celebró el contrato conociendo que no se cubría una exigencia básica, irradiada a todos los contratos públicos, que obliga del contratista contar con aptitud legal para el efecto.

Finalmente, como ROJAS TOMEDDES consideró que la minoría de edad no se erige en requisito esencial para la celebración de contratos estatales, la Sala debe indicarle que el artículo 6° de la Ley 80 de 1993, a propósito de la capacidad, preceptúa:

Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes (...).

Ello significa que la capacidad legal es un requisito habilitante para participar en cualquier proceso de selección, de suerte que, al igual que los demás requisitos necesarios para contratar, debe ser revisada por el ordenador del gasto al momento de celebrar el respectivo contrato.

En consecuencia, la conducta del gobernador realiza la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, al haber celebrado los contratos indicados, conociendo que no se cumplía los requisitos esenciales de la contratación pública.

Finalmente, en punto de la sugerencia de ROJAS TOMEDES de presentar nuevas pruebas, la Sala recuerda que los recursos no constituyen oportunidad para allegar evidencia novedosa, bajo el entendido que ha sido, para este momento procesal, superado el lapso estipulado para el efecto, vale decir, en el derrotero antecedente-consecuente, que signa los actos procesales, la oportunidad deprecada es por completo extemporánea, de lo cual se sigue la ostensible afectación del debido proceso que ello apareja, para no hablar de cómo se desnaturaliza la esencia del recurso de apelación

y se ve afectada la posibilidad de contradicción de las otras partes.

4. Contrato 017 del 3 de septiembre de 1998

El negocio fue suscrito con la sociedad Jaraba & Mejía Ltda., por valor de \$48.300.000. El objeto consistía en realizar estudio de impacto ambiental para la explotación aurífera en pequeña minería a cielo abierto en los lechos de los ríos Inírida y Guainía.

Por parte del departamento, el contrato fue suscrito por el Gobernador encargado, José Gilberto Rojas Flórez, y la Fiscalía consideró soslayados los requisitos legales esenciales en su tramitación, a partir de señalar que no se realizaron invitaciones, ni se observaron términos de referencia, actas de evaluación, resolución de adjudicación y acta de liquidación, como tampoco estudios de mercado para determinar el valor de los servicios contratados.

Sobre el delito en cuestión, debe decirse que, en reiteradas oportunidades la Sala ha hecho énfasis acerca de la necesidad de que la Fiscalía estructure con cuidado la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que pretende incluir en la acusación, entre otras cosas, porque se puede afectar el debido proceso y derecho de defensa, a más que la misma determina el tema de prueba.

Es cierto que tales pronunciamientos se han efectuado dentro del marco de la Ley 906 de 2004, pero su aplicación se predica, de la misma manera, en relación con los asuntos regulados por la Ley 600 de 2000, pues, al fin y al cabo, la situación fáctica, independiente del régimen que gobierne la actuación, debe suponer un relato claro, preciso, circunstanciado y completo, que permita determinar en concreto qué conducta es la atribuida y cómo ella se acomoda a determinado tipo penal.

Sobre hechos jurídicamente relevantes, importa recordar que:

Este concepto fue incluido en varias normas de la Ley 906 de 2004. Puntualmente, los artículos 288 y 337, que regulan el contenido de la imputación y de la acusación, respectivamente, disponen que en ambos escenarios de la actuación penal la Fiscalía debe hacer “una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”.

La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal. En tal sentido, el artículo 250 de la Constitución Política establece que la Fiscalía está facultada para investigar los hechos que tengan las características de un delito; y el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 precisa que la imputación es procedente cuando “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”³⁰.

En el mismo sentido, el artículo 337 precisa que la acusación es procedente “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda

³⁰ Negrillas fuera del texto original.

*afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe*³¹.

Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad.

También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera.

*Por ahora debe quedar claro que los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales. En el próximo apartado se ahondará sobre este concepto, en orden a diferenciarlo de otras categorías relevantes para la estructuración de la hipótesis de la acusación y de la premisa fáctica del fallo*³²

Pese a la importancia de que tanto Fiscalía como jueces indiquen con precisión los hechos que justifican el llamamiento a juicio y la condena, aquí puede advertirse, de manera clara, que la situación fáctica descrita en relación con el contrato 017, plasmada en la resolución de acusación, se encuentra ostensiblemente incompleta.

Se sostuvo en el pliego de cargos, en relación con el aludido contrato, que “no se observaron invitaciones,

³¹ Negrillas fuera del texto original

³² CSJ SP, 8 Mar. 2017, Rad. 44599

términos de referencia, actas de evaluación, resolución de adjudicación y acta de liquidación”³³.

Se incluyó, también, la mención de que fue suscrito por *“José Gilberto Rojas Flórez (gobernador encargado) pero el informe final tiene la firma del gobernador Arnaldo José Rojas Tomedes”³⁴.*

El panorama así dispuesto, no permite atribuir responsabilidad penal a ARNALDO JOSÉ ROJAS TOMEDES. La acusación no planteó que los elementos del tipo se predicaran de la participación del gobernador en alguna etapa contractual en específico. En contraste, a diferencia de los demás eventos objeto de condena, aquí mal puede exigírsele la misma obligación de verificación de cumplimiento de requisitos precontractuales, cuando no se discute que el contrato fue firmado por José Gilberto Rojas Flórez, en calidad de gobernador encargado.

Para ese momento, entonces, es claro que quien actualizaba el deber de vigilar y supervisar el cumplimiento de las exigencias legales esenciales, era quien fungía como gobernador, así fuese en encargo, y no ROJAS TOMEDES, en la medida en que José Gilberto Rojas Flórez ostentaba, para el momento en que celebró el contrato, la capacidad legal de avalar con su firma, la efectiva ocurrencia y legalidad de las

³³ F. 124. Cuaderno original 4

³⁴ F. 120 *ibidem*

fases previas, para así comprometer el presupuesto de la entidad.

Podría pensarse, de la anotación arriba transcrita, en la cual la Fiscalía advierte de alguna firma, que la participación devino de la etapa de liquidación, al momento de verificar el recibido de la cuenta de cobro presentada por la sociedad de Hernán Jaraba Chajín.

Sin embargo, las deficiencias de la acusación, que reprodujo la Sala a quo, impiden efectuar un estudio de esa posibilidad factual, por cuanto, se itera, esa consideración no fue objeto del pliego acusatorio, ni se extracta del mismo, pues, apenas se hace una simple mención del tema, ni siquiera plasmada en los que se dijo elementos faltantes del trámite contractual.

Vale decir, es imposible extractar de la simple mención, por completo descontextualizada, efectuada en la resolución de acusación, que la Fiscalía busca atribuir al acusado algún tipo de conducta dolosa por haber firmado “el informe final”, no solo porque ello en sí mismo nada indica en términos penales, sino en atención a que después, en el curso de la providencia, nada se aclara o añade al respecto.

Debe precisarse, entonces, que si la atribución penal remite a la inobservancia de requisitos previos a la firma del contrato, de ninguna manera puede atribuirse

responsabilidad penal al procesado, por dos razones elementales: (i) esas falencias solo comportan efectos penales al momento de firmarse el contrato, en tanto, gobiernan su ilegalidad; (ii) la obligación de impedir efectos legales de las dichas irregularidades, solo se materializa al momento de suscribirse el contrato, en el entendido que quien lo firma asume haber efectuado el examen de las exigencias y sus satisfacción, hasta el punto de otorgar efectos concretos al trámite.

Se precisa, igualmente, que en tratándose de la figura de encargo, no operan similares conclusiones a las que se hicieron en torno de la delegación y la concentración, por la elemental razón que el Gobernador encargado, para el caso, asume por completo las funciones y competencias del cargo, sin ningún tipo de remisión o accesoriedad respecto del titular.

Junto con ello, es también claro que quien ha sido desplazado, de manera permanente o transitoria, del cargo, no desempeña ningún tipo de función relacionada con el mismo, durante el término de separación, ni es factible atribuirle obligaciones de verificación o supervisión respecto de la contratación.

En conclusión, la Sala revocará parcialmente el fallo impugnado para, en su lugar, absolver a ARNALDO JOSÉ

ROJAS TOMEDDES, exclusivamente en lo que corresponde al contrato rotulado con el número 017.

La Corte procede, en consecuencia, a reajustar la dosificación punitiva, en los siguientes términos:

En el fallo de primera instancia, la Sala de Juzgamiento de esta Corporación manifestó:

*En lo atinente a la pena restrictiva de la libertad a los 54 meses correspondiente a esa sanción individualmente considerada – por un solo delito – se incrementarán dos (2) meses más por cada una de las tres conductas concurrentes, monto que se estima razonable y proporcional en orden al propósito de prevención general que se persigue con la sanción, **sesenta (60) meses de pena de prisión** a imponer a ARNALDO JOSÉ ROJAS TOMEDDES.*

En el mismo quantum se condenará a ROJAS TOMEDDES por la pena accesoria de inhabilitación – interdicción – en el ejercicio de derechos y funciones públicas, no prevista como principal en la normatividad vigente para cuando cometió los comportamientos (art. 42, numeral 3, en concordancia con el 52, del anterior estatuto penal), como ahora sí lo está en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, y que, por ende, resulta de aplicación favorable.

Respecto a la sanción pecuniaria, se procederá conforme a lo previsto en el artículo 46 del Decreto Ley 100 de 1980, también consignado en el 39.4 de la Ley 599 de 2000, esto es, “en caso de concurso o acumulación, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, pero, en total, no podrá exceder del máximo señalado en este artículo”.

De acuerdo con dicha previsión, a los 12.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes correspondientes a un solo delito, se aumenta 37.5 salarios más por las tres conductas concurrentes, para un total entonces, de pena de multa a imponer a ARNALDO JOSÉ ROJAS TOMEDDES de 50 salarios mínimos mensuales

vigentes para la época de comisión de los hechos, esto es, de \$203.826.

No obstante, como dicha suma supera los diez millones de pesos establecidos como pena máxima de multa en el inciso primero del artículo 46 del Decreto Ley 100 de 1980, se impondrá en ese monto³⁵.

De acuerdo con ello, se reducirán 2 meses, correspondientes a la absolución por el contrato 017, para imponer en definitiva **58 meses de prisión y multa de 10 millones de pesos**. En ese mismo guarismo se fijará la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: MODIFICAR los numerales primero y segundo del fallo impugnado, para en su lugar declarar que se absuelve a ARNALDO JOSÉ ROJAS TOMEDES por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, exclusivamente, respecto del contrato 017 de septiembre 3 de 1998.

³⁵ F. 169 sentencia primera instancia.

En consecuencia, imponer en definitiva **58 meses de prisión y multa de 10 millones de pesos**. La inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas se fija por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad.

Segundo: CONFIRMAR en lo demás la decisión impugnada, conforme a las razones expuestas en la parte motiva del proveído.

Notifíquese y cúmplase.

P e r m i s o

FABIO OSPITIA GARZÓN



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



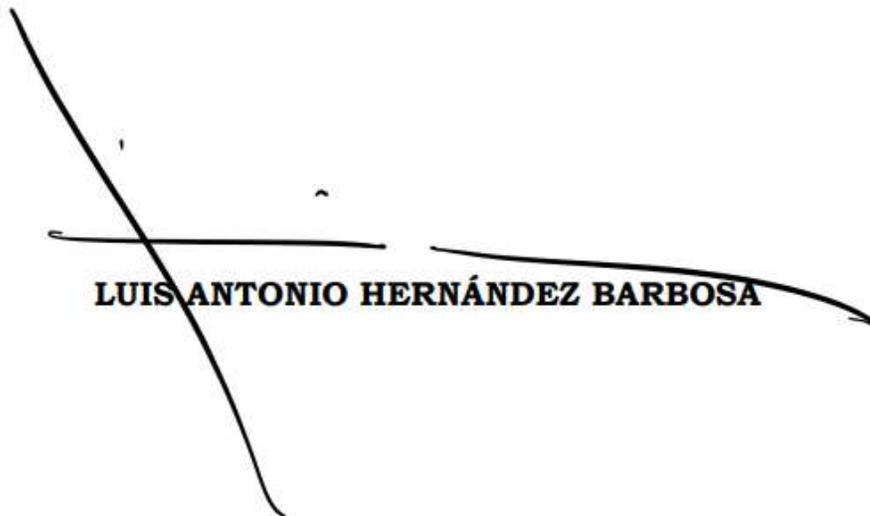
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Segunda instancia N° 59738
CUI 11001020400020140162500
ARNALDO JOSÉ ROJAS TOMEDES



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria