



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Magistrada Ponente

SP004-2023
Radicación 62766
CUI: 73001310400720150007801
Acta n° 010

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

La Corte dicta sentencia de casación, en respuesta a las demandas formuladas en nombre de JUAN ANTONIO ALCÁZAR CARDOZO y JAIRO HERNANDO CARDONA AGUIRRE, contra la sentencia del 14 de julio de 2022, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué. Mediante esa decisión, se confirmó la declaratoria de responsabilidad de aquéllos y de LIBARDO FUENTES ÁNGEL, a título de coautores de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

I. HECHOS

1. De acuerdo con la sentencia de segunda instancia, el 6 de mayo del año 2005, entre LUIS ARMANDO GONELLA DIAZA, en su condición de representante legal de la fundación Compromiso Social y, por otra parte, JUAN ANTONIO ALCÁZAR CARDOZO, para ese entonces gerente de la Gestora Urbana de Ibagué (empresa industrial y comercial del Estado-Banco Inmobiliario de Ibagué-), se celebró el convenio interinstitucional de cooperación para la financiación del proyecto habitacional Ambikaima, ubicado en el barrio El Salado de Ibagué, mediante el cual se pactó que la entidad del orden municipal entregaría, en calidad de préstamo, la suma de cuarenta millones de pesos a la referida fundación, los cuales debían ser empleados en la ejecución de las obras.

2. También se acordó que dicho valor se entregaría antes del 16 de diciembre de 2005, en tres pagos parciales bimensuales, contados a partir de la firma del acuerdo, con los correspondientes intereses. No obstante, la fundación no reembolsó el dinero entregado en mutuo.

3. Según la acusación, el señor ALCÁZAR CARDOZO, con la aquiescencia de JAIRO HERNANDO CARDONA AGUIRRE y LIBARDO FUENTES ÁNGEL, quienes fungían como jefe financiero y jefe de la Oficina Jurídica de la Gestora Urbana de Ibagué, respectivamente, no suscribió contrato de encargo fiduciario ni le exigió a la fundación representada por el señor Gonella Diaza la póliza con la que se amparaba el pago de la obligación.

4. Asimismo, pese a que se cumplió el plazo pactado en el convenio y a que la Gestora Urbana de Ibagué requirió al representante legal de la fundación Compromiso Social, para que hiciera los pagos a los que se había obligado con la celebración del convenio, nunca devolvió la suma monetaria que aquélla le giró.

II. ACTUACIÓN PROCESAL PERTINENTE

5. Por los mencionados hechos, ante la Fiscalía 51 Seccional de Ibagué se adelantó investigación contra JUAN ANTONIO ALCÁZAR CARDOZO, LIBARDO FUENTES ÁNGEL, LUIS ARMANDO GONELLA DIAZA y JAIRO HERNANDO CARDONA AGUIRRE¹. Cerrada la instrucción, mediante resolución del 14 de noviembre de 2013 la Fiscalía 22 Seccional de esa ciudad profirió resolución de acusación contra aquéllos, como probables coautores de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación. Por otra parte, se ordenó la *preclusión* de la investigación por el delito de interés indebido en la celebración de contratos.

6. La acusación cobró ejecutoria el 27 de enero de 2015, mediante resolución dictada por la Fiscalía 1ª delegada ante el Tribunal de Ibagué, por cuyo medio se confirmó tal determinación.

¹ A quienes, mediante resoluciones del 2 de abril de 2008 y 19 de diciembre de 2011, se les resolvió la situación jurídica con imposición de medida de aseguramiento, cuyo cumplimiento se dispuso innecesario por la Fiscalía.

7. La etapa de juicio le correspondió al Juzgado 7° Penal del Circuito de esa ciudad, cuyo titular dictó sentencia el 17 de noviembre de 2020. Tras declarar a los señores FUENTES ÁNGEL, ALCÁZAR CARDOZO y CARDONA AGUIRRE² como coautores responsables de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, los condenó a las penas de 106 meses de prisión, 140.46 s.m.l.m. de multa y 114 meses y 26 días de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Además, les negó la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

8. En respuesta a los recursos de apelación interpuestos por los defensores, la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, mediante la sentencia ya referida, modificó el fallo de primer grado, a fin de redosificar las penas a 80 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y \$50.411.380 de multa. En lo demás, lo confirmó.

9. Dentro del término legal, los defensores de JUAN ANTONIO ALCÁZAR y JAIRO HERNANDO CARDONA interpusieron el recurso extraordinario de casación³ y presentaron oportunamente las respectivas demandas. Corridos los traslados de rigor en el tribunal por medio virtual, sin que los sujetos procesales no recurrentes se hubieran pronunciado⁴, la actuación fue repartida a la

² Mediante auto del 5 de julio de 2016, el juzgado decretó la cesación parcial de procedimiento a favor de LUIS ARMANDO GONELLA DIAZA, por muerte.

³ Acorde con la constancia secretarial del 12 de octubre de 2022.

⁴ Según constancia secretarial del 3 de noviembre de 2022.

magistrada sustanciadora el 15 de noviembre de 2022 y el día 18 subsiguiente se admitió el libelo.

10. Contándose con concepto del Procurador 2° Delegado para la Casación Penal, allegado el 12 de enero de 2023, la Sala procede a dictar sentencia.

III. SÍNTESIS DE LAS DEMANDAS

3.1. En nombre de JAIRO HERNANDO CARDONA.

11. Por la vía del art. 207-3 de la Ley 600 de 2000 (en adelante C.P.P.), *solicita **la nulidad*** del fallo de segunda instancia, por motivación deficiente. La confirmación de la declaratoria de responsabilidad del señor CARDONA AGUIRRE, sostiene, es violatoria del debido proceso, la garantía de defensa y el derecho de contradicción, dado que “*no se precisaron dos aspectos nucleares*”.

12. En primer lugar, alega, no se precisó la forma de intervención delictiva de los acusados, pues el *ad quem* se limitó a declarar que son coautores, sin explicar a qué tipo de coautoría se adecúan las conductas que les fueron atribuidas. Por ello, se soslayó uno de los motivos de apelación contra el fallo de primer grado, en el que el juez declaró la comisión de los delitos mediante coautoría impropia, sin exponer las razones de hecho y de derecho que sustentan esa calificación.

13. Como segunda medida, prosigue, se ratificó que el peculado cometido fue por apropiación, pero en las

sentencias impugnadas no se precisa si fue en provecho propio de los procesados o a favor de terceros, quedando indeterminada la conducta punible a ellos atribuida.

14. **Subsidiariamente**, denuncia la **violación directa** de la ley sustancial por aplicación indebida del art. 397 del C.P. y falta de aplicación de los arts. 7 inc. 2° y 232 inc. 2° del C.P.P. La imprecisión sobre la forma de comisión del peculado (en provecho propio o a favor de terceros), según su juicio, comporta una duda sobre “*la conducta típica alternativa*” cometida por JAIRO CARDONA, motivo por el cual se activa el principio *in dubio pro reo*, con fundamento en el cual pide su absolución.

3.2. A favor de JUAN ANTONIO ALCÁZAR.

15. Como **pretensión principal**, solicita que se anule la actuación desde la etapa de juicio, por cuanto, a su modo de ver, se violó el derecho a la defensa técnica del señor ALCÁZAR CARDOZO.

16. En concreto, sostiene, se presentaron las siguientes irregularidades con los defensores que le antecederon: i) no hubo pronunciamiento alguno en el traslado de que trata el art. 400 del C.P.P.; ii) uno de ellos solicitó pruebas documentales y testimoniales, entre ellas, copia del fallo disciplinario del proceso que por los mismos hechos se adelantó en contra de los acusados y la declaración de JUAN ANTONIO ALCÁZAR, con miras a que aclarara los términos del estudio de conveniencia y demás funciones ejercidas como representante legal de la entidad pública; iii) luego de

la renuncia de la defensora de confianza, el defensor de oficio asintió la negativa a la nulidad solicitada, así como el rechazo a decretar la preclusión de la investigación; iv) se admitió que el juzgado no practicara el testimonio del señor ALCÁZAR CARDOZO, bajo el entendido que, habiendo sido debidamente citado, no asistió a la audiencia pública de juzgamiento y ello comporta ejercicio de su derecho a guardar silencio; v) hubo desistimiento del testimonio de LIBARDO FUENTES; vi) los alegatos de conclusión fueron “*exiguos*”, carentes de un análisis “*extenso*” sobre la materialidad de las conductas imputadas y la responsabilidad del procesado y vii) no hay constancia de que las comunicaciones remitidas durante el juicio hayan sido recibidas por el acusado.

17. Las mencionadas falencias, continúa, son trascendentes porque el tribunal “*decidió de fondo pese a advertir deficiencias en el ejercicio defensivo*”. En su criterio, la defensa antecesora careció por completo de estrategia y actuó “*negligente e improvisadamente*”. Si hubiera existido diligencia, “*habría logrado la absolución del procesado, dado que había mucho por recorrer desde la solicitud probatoria, nulidades planteadas en la instrucción, etcétera*”.

18. En ese sentido, agrega, si “*se hubieran solicitado pruebas*” y escuchado el testimonio del arquitecto ALCÁZAR CARDOZO, los juzgadores habrían tenido “*certeza absoluta*” de que el lote de terreno fue invadido por la comunidad y ello constituye un hecho ajeno tanto a la entidad pública como a la fundación, así como que “*cualquier situación que se hubiera presentado con posterioridad a la firma del contrato escapa al ámbito del derecho penal*”.

19. Lo cierto es que, finaliza, JUAN ANTONIO ALCÁZAR actuó conforme a derecho, en el marco de sus funciones como gerente de la Gestora Urbana de Ibagué. El cuestionado convenio no fue caprichoso ni estuvo desprovisto de las previsiones legales. Además, el cumplimiento estaba amparado bajo la figura del encargo fiduciario, no mediante póliza bancaria, como erradamente se afirmó en la acusación, pues el contrato con la fundación Compromiso Social estaba destinado a desarrollar un proyecto de vivienda en el que la entidad pública no intervenía directamente, salvo en la colocación de los recursos y su retorno con intereses.

20. **Subsidiariamente**, ataca la sentencia impugnada por vía de la **violación directa** de la ley sustancial, concretada en la aplicación indebida de los arts. 397 y 410 del C.P.

21. En primer término, expone, la conducta atribuida al señor ALCÁZAR CARDOZO no reúne los elementos de la tipicidad subjetiva dolosa (art. 22 ídem), sino que la condena por peculado se soporta en una réplica de los elementos de la conducta típica prevista en el art. 410 del C.P. El prenombrado acusado, resalta, apenas llevaba un año y cuatro meses de posesionado y no es abogado, sino arquitecto, por lo que, en su entender, no es dable concluir que quería apropiarse de recursos públicos. No existió, entonces, dolo de cara al resultado típico exigido por el art. 397 del C.P.

22. En segundo orden, prosigue, también es inaplicable dicha norma por “*interpretación errónea*” del significado de la conducta típica “*apropiar*”, influida por la “*falta de aplicación*” de los arts. 1226 al 1244 del Código de Comercio (en adelante C.Co.) y del art. 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 633 de 1993), concernientes al contrato de fiducia mercantil y los encargos fiduciarios, respectivamente.

23. Desde esa perspectiva, alega, no se da la connotación jurídica de la apropiación cuando el sujeto activo de la conducta exige que el beneficiario de un recurso estatal suscriba como garantía una fiducia o encargo fiduciario, pues con ello “*propugna, precisamente, por evitar que esa expresión de apropiarse se actualice*”. El contrato de encargo fiduciario celebrado entre la fundación Compromiso Social y Fiduciaria Colpatria es un acuerdo mercantil surgido en medio del giro de los \$40'000.000 que hiciera la Gestora Urbana de Ibagué y fue una de las exigencias que la fundación cumplió.

24. De ahí que, enfatiza, dicho convenio debe comprenderse en el contexto del art. 1226 del C.Co., que lo define como un negocio jurídico por el cual una persona llamada fideicomitente (en este caso fundación Compromiso Social) transfiere uno o más bienes a otra llamada fiduciario (Colpatria) para administrarlos o enajenarlos y cumplir una finalidad determinada por el constituyente del encargo.

25. Si bien los juzgadores de instancia no desconocen la fiducia, continúa, “*no otorgan el alcance jurídico que tiene la figura*”, el cual descarta la apropiación de los recursos que

erogó la Gestora Urbana de Ibagué. El dinero no se giró para que los procesados o un tercero se apropiaran de ellos, sino a fin de que se destinaran a la financiación del proyecto Ambikaima, que venía desarrollándose en el sector de El Salado.

26. Entonces, puntualiza, el representante legal de “*la emprendedora*” del proyecto aportó como requisito de garantía la prueba de que los recursos iban a ser administrados por una fiducia. Además, la Gestora le exigió suscribir un pagaré en blanco con carta de instrucciones, en procura de garantizar el desembolso de los recursos destinados a cofinanciar el proyecto Ambikaima.

27. Una interpretación adecuada de la normatividad civil, en su entender, indica que la exigencia de la fiducia como presupuesto o requisito del préstamo de dinero o mutuo es una figura jurídica adecuada para asegurar que no hubiera apropiación indebida de recursos del Estado y que éstos habrían de invertirse en el proyecto cofinanciado por el ente estatal. Este hecho, subraya, lo robusteció la acción del representante legal de la beneficiaria del préstamo, quien dirigió una comunicación el 14 de enero de 2005, solicitándole a Colpatria que, de los recursos obtenidos de la pre venta en el desarrollo del proyecto, le girara a la Gestora Urbana de Ibagué, conforme al clausulado de la fiducia.

28. El encargo fiduciario, añade, se constituyó como una garantía eficaz de administración correcta de los recursos que, a su vez, implica una limitación del dominio en los términos del Código Civil. Una de las obligaciones de la fiduciaria es cumplir con las solicitudes que haga el

constituyente del encargo fiduciario, quien siempre tuvo presente que los recursos fueran óptimamente administrados con destino al proyecto Ambikaima.

29. De suerte que, enfatiza, si la fundación Compromiso Social constituyó una fiducia para administración de recursos del proyecto, como en efecto ocurrió, ello descarta la apropiación atribuida al señor ALCÁZAR CARDOZO, porque precisamente lo que el acto fiduciario aseguraba era que no iba a incurrirse en tal tipo de conducta. Por existir ese fideicomiso, los recursos entregados a la fundación estuvieron limitados en cuanto a su destinación, para que únicamente se dispusiera de ellos en procura del proyecto de vivienda y con el aseguramiento de que la fiduciaria pagaría tales recursos con los saldos de la preventa de inmuebles del proyecto.

30. En esos términos, enfatiza, es igualmente pertinente el art. 1242 del C.Co., según el cual, a la terminación del negocio fiduciario, cualquiera sea la causa, los bienes fideicomitidos pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos. Asimismo, el art. 1236 *ídem* preceptúa que uno de los derechos del fiduciante es obtener la devolución de los bienes al extinguirse el negocio fiduciario, si cosa distinta no se hubiera previsto en el acta de constitución. Para el caso, resalta, el beneficiario de la fiducia se aseguró de solicitar a la fiduciaria que, en desarrollo de la administración, debía restituir los recursos a la Gestora Urbana de Ibagué.

31. En conclusión, sostiene, los 40 millones de pesos que la Gestora entregó en préstamo a la fundación Compromiso Social no ingresaron al patrimonio de ésta de manera directa, sino que fueron a parar a la fiduciaria, que “los tomó en posición propia, con el compromiso de destinarlos exclusivamente al proyecto *Ambikaima*”, adelantado por el fideicomitente. Por tratarse de una limitación al dominio, la propiedad fiduciaria se caracteriza porque los bienes regresan al fideicomitente, sin perjuicio de que se puedan vender en el marco del contrato de fiducia. En este caso, el convenio se limitó en ese sentido por la fundación, que le solicitó a la Fiduciaria Colpatria estar atenta a devolver los recursos prestados por la gestora urbana de Ibagué. Además, el señor ALCÁZAR CARDOZO estuvo pendiente de que los recursos estuvieran a cargo de una fiducia y ello constituía una garantía efectiva que aseguraba que no iba a haber apropiación de los bienes estatales.

32. Por consiguiente, al entender que la conducta atribuida a JUAN ANTONIO ALCÁZAR no encuentra adecuación típica en el art. 397 del C.P. desde los planos objetivo y subjetivo, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, a fin de absolver a aquél por el delito de peculado por apropiación.

33. En tercer lugar, expone, la **aplicación indebida del art. 410 del C.P.** deriva de la aplicación errónea del art. 25-19 de la Ley 80 de 1993, como quiera que esta última norma fue derogada expresamente por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007. Al respecto, alega, el llenado de tipos penales

en blanco con normas *hoy* derogadas viola el principio de legalidad.

34. Además, dice, es igualmente desafortunada la invocación del art. 24 de la Ley 80, en punto del principio de transparencia, el cual deviene inaplicable debido a que los hechos investigados no conciernen a una licitación y por esa razón no se hicieron pliegos de condiciones. La modalidad de contratación es directa, materializada en un convenio de cofinanciación, esto es, un préstamo de dinero que debía devolverse con sus rendimientos financieros.

35. En consecuencia, igualmente demanda la absolución del señor ALCÁZAR CARDOZO por el delito de contrao sin cumplimiento de requisitos legales.

36. A su vez, **en subsidio** de los anteriores cargos, denuncia la **violación indirecta** de la ley sustancial, producto de errores de hecho por *falsos juicios de existencia* y *falso raciocinio*, que condujeron a la aplicación indebida del art. 397 del C.P.

37. En cuanto al primer yerro, señala, se omitió apreciar el informe 1480 del 25 de junio de 2007, suscrito por la arquitecta Rocío Murillo Castaño, miembro del CTI (fl. 202 C.1), alusivo al acta de visita al consabido proyecto, en el que se dejó constancia de las obras ejecutadas y actividades realizadas. Ese error, enfatiza, es trascendente porque el tribunal declaró probado que los recursos no se invirtieron en la ejecución de la obra.

38. Tampoco, continúa, se apreció el pagaré N° 400-0102 del banco Colpatria (fl. 38 C.1), suscrito en blanco por LUIS ARMANDO GONELLA DAZA, en calidad de representante legal de la Fundación Compromiso Social, que garantizaba el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de encargo fiduciario suscrito entre ellos. Tal circunstancia deja en el vacío la consideración del *ad quem* en el sentido que no existían garantías para el manejo de los recursos, máxime que, insiste, se constituyó un encargo fiduciario.

39. Igualmente omitido, dice, fue el oficio CDV-CAVIS-UT 508 del 9 de diciembre de 2004, suscrito por el administrador de vivienda de la Caja de Compensación Familiar del Tolima, el cual certifica que el proyecto Ambikaima, a cargo de la fundación Compromiso Social, superó las exigencias de las cajas de compensación para construir viviendas de interés social. Además, se inobservó el balance general a 31 de marzo de 2005 de la fundación Compromiso Social, en el que queda claro que su patrimonio era positivo y ascendía a \$21.617.730.

40. En cuanto al falso raciocinio, prosigue, al declarar probado que el señor ALCÁZAR CARDOZO permitió que la fundación Compromiso Social no presentara pólizas ni garantías, y eso permitió que se apropiara del dinero que le prestó la Gestora Urbana, el tribunal quebrantó la regla de experiencia conforme a la cual *“quién está a la cabeza en la interacción social, puede confiar en que las demás personas que intervienen en desarrollo de una actividad conjunta se van a comportar con diligencia”*.

41. El “*principio de confianza*”, continúa, es una circunstancia que “*exime la imputación objetiva por disolución de la actividad peligrosa*”, en virtud del cual “*el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales que les corresponde observar*”. Esa “*regla de experiencia*” indica que, en las actividades en equipo, existe distribución de roles que se concatenan para la verificación de un producto o resultado. Aunque no es absoluta, enfatiza, impone evaluar si quien espera un buen comportamiento de sus compañeros actuó de forma diligente para asegurar que las acciones de los demás fueran según lo esperado.

42. Bajo esa óptica, añade, el tribunal “*omitió considerar*” que, previo al desembolso de los recursos, i) LIBARDO FUENTES, jefe de la oficina jurídica de la entidad, dio visto bueno sobre la completitud de la documentación presentada por LUIS ARMANDO GONELLA DAZA; ii) con ese visto bueno, los documentos pasaron a un estudio técnico que fue registrado en actas; iii) después, el proyecto siguió su curso a un comité integrado por los jefes operativo, administrativo-financiero, jurídico y de proyectos, quienes lo aprobaron; iv) avalado por la junta directiva, la documentación regresó al área jurídica para la elaboración de los contratos y verificación de los requisitos para transferir recursos y v) efectuado todo ese trámite, fue firmado por el gerente de la Gestora Urbana, quien no es abogado, para proceder a la transferencia de los recursos, sin olvidar que se designan supervisores y coordinadores que deben hacer seguimiento al desarrollo del proyecto.

43. Entonces, alega, el *ad quem* pasó por alto que el acusado, antes de autorizar el giro de los recursos, verificó que estaban cumplidos los requisitos para ello, como está acreditado documentalmente en i) el acta de la reunión del 2 de agosto de 2004, en la que junto a los jefes administrativo y jurídico dejaron sentadas las posibilidades de financiación, conviniendo que los recursos deberían ser devueltos con un interés a pactar; ii) el análisis de conveniencia y oportunidad suscrito por el señor ALCÁZAR CARDOZO, en el que se clarifica que los \$40'000.000 se entregarían a título de préstamo que, por generar un riesgo, debe ampararse en garantías; iii) el giro del dinero, “*hecho para destrabar el proyecto*”, contándose con el respectivo registro presupuestal; iv) la garantía cambiaria, firmada en blanco con carta de instrucciones por el representante legal de Compromiso Social, así como la comunicación de Fiduciaria Colpatria en la que informa que, al 13 de enero de ese año, dicha fundación suscribió contrato de encargo fiduciario en virtud del cual se administraría el valor de las sumas que entregaran los inversionistas del proyecto Ambikaima; v) el documento del 17 de enero de 2005, en el que el representante legal de Compromiso Social allegó la documentación necesaria para el primer desembolso y vi) el convenio interinstitucional del 6 de mayo de 2005, destinado a financiar las obras del mencionado proyecto, en el que se pactó la obligación de que dicha fundación cancelaría los valores transferidos por parte de la gestora urbana en tres pagos parciales, según la cláusula tercera.

44. Todos esos documentos, subraya, acreditan que el acusado estuvo atento a que el giro de los recursos se llevará conforme a la ley. Ello implica, entonces, que sí ejerció control, siendo diligente y serio antes de realizar el desembolso de los \$40'000.000. Mas como el tribunal omitió considerar esas pruebas de manera conjunta, pasó por alto que el señor ALCÁZAR CARDOZO, en verdad, no se apropió de ningún recurso estatal.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

45. En criterio del procurador delegado, ha de casarse parcialmente la sentencia impugnada para absolver a los acusados por contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por cuanto *“la suscripción de pólizas de garantía de cumplimiento por parte del contratista dejó de ser requisito indispensable para la suscripción de convenios como el del caso que ocupa nuestra atención”*. Si el art. 25-19 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007, puntualiza, la conducta deviene atípica.

46. Los demás reproches elevados por los censores, en su criterio, han de desecharse por carecer de fundamento para acreditar violaciones al debido proceso o violación directa e indirecta de la ley sustancia.

47. No ha de anularse la actuación, prosigue, por cuanto no se afectó el derecho a la defensa técnica en cabeza de JUAN ANTONIO ALCÁZAR, quien contó durante todo el devenir procesal con una defensa activa que planteó hipótesis exculpatorias, pidió pruebas e hizo alegaciones

durante las etapas de indagación preliminar, investigación, acusación y juzgamiento. La divergencia de estrategias, destaca, no implica desamparo defensivo.

48. Tampoco, enfatiza, es dable anular la sentencia de segunda instancia por motivación deficiente. Tal señalamiento es manifiestamente infundado, en la medida en que la decisión está soportada en premisas normativas y fácticas que, con suficiencia, justifican la declaratoria de responsabilidad por contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, cometidos por los procesados en calidad de coautores.

49. El dolo de los procesados en la acción ejecutada, expone, se encuentra plenamente demostrado, pues con la participación de JUAN ANTONIO ALCÁZAR como gerente, del responsable financiero JAIRO HERNANDO CARDONA AGUIRRE y de LIBARDO FUENTES ÁNGEL como asesor jurídico, era más que previsible la sustracción del pago de la acreencia, por parte de la fundación Compromiso Social. Bastaba solamente analizar sus estados financieros para llegar a dicha conclusión, por cuanto la fundación, para la fecha del convenio, presentaba un pasivo de \$1'100.317.235 y sus activos apenas ascendían a \$21'617.730, lo cual evidenciaba un gran riesgo para el cumplimiento de la obligación del convenio interinstitucional. Resulta innegable, entonces, la intención de los procesados de causar el detrimento patrimonial, teniendo un dominio directo del hecho. Pese a que eran conocedores de todas las falencias y vicisitudes que se presentaban al momento de la celebración del convenio interinstitucional, decidieron estampar sus

respectivas firmas en el documento que signaban, por lo que es evidente que los procesados tenían codominio del hecho.

50. Lo anterior, agrega, lleva a deducir, por una parte, que el argumento de ausencia de evidencia del dolo en la comisión de la conducta delictiva no tiene vocación de prosperidad, como tampoco tiene idoneidad el argumento que pretenden hacer valer los libelistas, respecto a la necesidad de delimitación si el dinero fue en provecho personal o de un tercero.

51. Los censores, concluye, en su afán de sacar adelante su tesis defensiva, pretenden adicionar circunstancias que el legislador no estableció para el momento de la adecuación típica, toda vez que nos encontramos frente a un tipo penal con verbo rector simple “*apropiarse*”, y ello se deduce claramente de un relato fáctico del que resalta la intención de erogar con premura unos recursos públicos, incluso antes de concretarse el convenio, que no pudieron recuperarse.

52. Tampoco, continúa, existen errores de hecho por falso juicio de existencia o falso raciocinio que invaliden la apreciación y valoración de pruebas aplicada por los juzgadores de instancia.

53. En cuanto a la supuesta omisión de apreciación de pruebas, sostiene, el informe N° 1480 del 25 de junio de 2007, suscrito por la arquitecta Roció Murillo Castaño Miembro; el pagare en blanco N.° 400-0102 y el oficio CDV-CAVUS-UT 508 del 9 de diciembre de 2004 en nada

controvierten el poder que convicción que reviste la prueba de cargo.

54. Además, el principio de confianza no constituye una regla de experiencia. De ahí que no pueda admitirse la premisa consistente en que *“quien está a la cabeza en la interacción social, puede confiar en que las demás personas que intervienen en desarrollo de una actividad conjunta se van a comportar con diligencia, sin dolo en desarrollo de su actividad”*. Antes bien, enfatiza, nos encontramos en una sociedad con excesiva falta de confianza, más aún cuando el interés económico se encuentra presente en la relación interpersonal, por ello en los vínculos contractuales y más en los que involucran dineros del Estado, el legislador ha proferido normas sustanciales, por medio de las cuales se introducen requisitos para poder comprometer dineros del erario de manera asertiva. Si fuese válida la tesis traída a la colación como una regla de la experiencia, no existirían manuales de contratación.

55. Adicionalmente, frente a la postulación del principio de confianza, el hecho de que el gerente hubiera delegado o confiado en sus subalternos lo relativo a la elaboración del convenio, no implica una causal de eximente de responsabilidad, máxime cuando de conformidad con los artículos 11 y 26-5 de Ley 80 de 1993, su deber funcional consistía en dirigir el proceso contractual, por lo que la delegación de funciones no lo exonera.

V. CONSIDERACIONES

56. En atención del principio de prioridad y siguiendo la unidad lógica de los motivos de casación invocados, en primer término, se resolverán los reclamos de nulidad (num. 5.1.), por tratarse de vicios de garantía que, en caso de haberse cometido, impedirían la emisión válida de la sentencia de segunda instancia.

57. En segundo lugar, habrán de atenderse los cargos subsidiarios por violación *directa* de la ley sustancial (num. 5.2.1.y 5.2.2.). Ello supone determinar si, conforme a los términos de la acusación y la *estructura fáctica* construida en las instancias -que en el ámbito de dicha causal de casación ha de reputarse correcta, intangible e inmodificable-, se aplicó un erróneo juicio de *adecuación* de los hechos en los arts. 410 y 397 del C.P.

58. Por último, se abordarán los cuestionamientos a las fases de apreciación y valoración probatoria, formulados subsidiariamente en nombre del señor ALCÁZAR CARDOZO, por la vía de la violación *indirecta* de la ley sustancial (num. 5.3.).

5.1. Examen de los cargos por yerros de procedimiento.

59. La alegación de nulidades ha de ajustarse a los principios *concurrentes* -no alternativos- de taxatividad, *acreditación*, protección, convalidación, instrumentalidad, residualidad y *trascendencia* (cfr., entre otros, CSJ AP 9 mar. 2011, rad. 32.370 y AP 30 nov. 2011, rad. 37.298).

60. En razón del carácter acumulativo de los aludidos principios, es claro que la inobservancia de alguno de ellos comporta la improsperidad del reproche por nulidad en casación. Y esa, como se verá, es la suerte que han de correr los reclamos bajo examen, en la medida en que las censuras *no acreditan* los yerros denunciados (falta de defensa técnica y motivación deficitaria), al tiempo que tampoco ponen en evidencia la trascendencia de los supuestos vicios procedimentales con fundamento en los cuales, respectivamente, se solicita la anulación de la sentencia impugnada y la actuación procesal.

61. En punto de *acreditación*, quien alegue la nulidad está en la obligación de enseñar que el vicio afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación o del juzgamiento.

62. A su vez, una alegación *suficiente* por la vía del recurso extraordinario reclama, más allá de evidenciar el yerro (irregularidad *sustancial*), poner de manifiesto *la relevancia de éste* (trascendencia) para afectar la validez del *fallo* cuestionado; esto es, revelar con plausibilidad y suficiencia cómo *la decisión* habría de ser *sustancialmente diversa* si no se hubiera incurrido en la irregularidad procedimental (cfr. CSJ AP 9 mar. 2011, rad. 32.370).

63. En materia de casación, este criterio adquiere preponderancia de cara al propósito de *desvirtuar la presunción de acierto y legalidad* inherente a los fallos de instancia. Por ello, tratándose de nulidades, una alegación *suficiente* por la vía de dicho recurso extraordinario reclama poner de manifiesto *la relevancia del yerro* para afectar la validez del fallo cuestionado; esto es, revelar con plausibilidad y suficiencia

*cómo el sentido de la decisión habría de ser sustancialmente diverso si no se hubiera incurrido en la irregularidad procedimental*⁵.

5.1.1. Violación del derecho a la defensa técnica.

64. Si, desde la perspectiva de la casación, la trascendencia tiene que ver con *el sentido de la decisión de fondo*, al pregonarse la *ausencia* de una defensa *adecuada y efectiva* no es suficiente señalar qué tipo de falencia se presentó y en qué etapa procesal -pues ello se agota en la *acreditación*-. Más allá, el censor está en la obligación de explicar a la Corte, *en concreto*, de qué manera la afectación de tal componente condujo a la adopción de una decisión injusta, que *inexorablemente* habría tenido que ser distinta si no se hubieran presentado las cuestionadas deficiencias.

65. Bajo esa óptica, para la Sala, al margen de que las denunciadas irregularidades sean o no *sustanciales*, es inobjetable que el reclamo elevado por supuesta falta de defensa técnica está huérfano de *trascendencia*. Ello, como quiera que el cargo por violación del derecho de defensa técnica no demuestra de qué manera habría de variar el sentido -condenatorio- de la decisión si se conjuraran los *supuestos* defectos atribuidos a la actuación de quienes antecedieron al censor en la defensa del señor ALCÁZAR CARDOZO.

66. El juicio de trascendencia, resalta la Corte, no opera en abstracto, por lo que es insuficiente señalar errores que, de ser suprimidos, *especulativamente podrían* conducir a

⁵ En la misma dirección, cfr. CSJ AP 9 mar. 2011, rad. 32.370.

diferentes resultados procesales. No. Para demostrar que el error es trascendente, la censura ha de poner de manifiesto, *con especificidad*, cómo la subsanación del error conduciría a variar el *sentido de la decisión*.

67. Mas tal exigencia es incumplida por el censor, pues simplemente i) reniega de ausencia de pronunciamientos e interposición de recursos -sin siquiera indicar cuál era el sentido en el que, necesariamente, habría tenido que pronunciarse la defensa en los traslados o refutarse lo decidido por el juez en punto de nulidades y preclusión-; ii) descalifica los alegatos de conclusión presentados por su antecesor por supuesta insuficiencia y “*falta de extensión*” -absteniéndose de señalar cuáles eran los aspectos mínimos que inexorablemente debieron ser desarrollados- iii) cuestiona que se hubiera desistido de la práctica del testimonio de LIBARDO FUENTES -dejando de explicar cuál era la necesidad de esa prueba, su contenido objetivo y de qué manera su apreciación habría de impactar la estructura probatoria en que se soporta la condena- y iv) critica que se hubiera “*admitido*” que el juez continuara la práctica probatoria sin escuchar el testimonio del señor ALCÁZAR CARDOZO -omitiendo explicar cuáles aspectos adicionales a lo declarado por él en indagatoria (fls. 139-144 C.1), en cuanto al trámite dado al convenio, la asesoría prestada por sus colaboradores, sus actos de supervisión y los términos del análisis de conveniencia y oportunidad, habrían de modificar la valoración probatoria-.

68. Es más: respecto a dichos testimonios, en estricto sentido, mal podría acreditar el censor un vicio que afectara su derecho a la prueba, como quiera que los testimonios de los señores FUENTES y ALCÁZAR fueron decretados por solicitud del defensor de JAIRO HERNANDO CARDONA AGUIRRE, por lo que mal podría reprochar a su antecesor

por el desistimiento *de otro sujeto procesal* o por no recurrir una decisión sobre pruebas *no pedidas* en favor de JUAN ANTONIO ALCÁZAR. Con todo, a este último respecto, además de que no es dable acreditar afectaciones a la defensa *técnica* por cuestiones concernientes a la defensa material, lo cierto es que JUAN ANTONIO ALCÁZAR fue citado a la audiencia pública de juzgamiento (fl. 277 C.3) a la dirección por él suministrada en la indagatoria (fl. 139 C. 1) y pese a ello se abstuvo de comparecer, motivo por el cual es infundada la supuesta actuación arbitraria del juzgador al proseguir la práctica probatoria sin escucharlo.

69. En la misma dirección, es inocua la alusión a la solicitud de incorporar al proceso copia del fallo disciplinario dictado en la actuación seguida contra los acusados, pues además de no haber sido solicitada esa prueba por la defensa del señor ALCÁZAR CARDOZO, las determinaciones adoptadas en lo disciplinario, ámbito sancionatorio autónomo e independiente, no constituyen prueba de los hechos materia de investigación en el presente caso ni vinculan al decisor penal.

70. Bien se ve, entonces, que, más allá de que varios reproches no constituyan irregularidades sustanciales, aquéllos son del todo ineptos para trastocar el sentido decisorio adoptada en los fallos impugnados. Su intrascendencia es manifiesta, conclusión que se ratifica con la vacua sustentación de ese aspecto, fijada por el censor en inexistentes advertencias del tribunal sobre supuestas “*deficiencias en el ejercicio defensivo*”, “*ausencia de estrategia, negligencia e improvisación*” en la actividad

profesional de sus predecesores y la simple afirmación especulativa de que “*había mucho camino por recorrer desde la audiencia preparatoria*”, lo que, desde su lectura subjetiva, habría conducido a la “*certeza sobre la inocencia*” de su defendido, “*si se hubieran practicado pruebas*”.

71. No sobra clarificar que la nulidad derivada de ausencia de defensa técnica no es el resultado de cuestionar, de cualquier manera, la gestión de un profesional del derecho a la luz de su mayor o menor pericia ni puede ser el resultado de plantear una “*mejor*” manera de ejercer el mandato defensivo. No. El remedio *extremo* de la anulación es excepcional y procede cuando, además de *gravísimos*, los errores atribuibles al defensor son de una entidad tal que sólo anulando la actuación pueden ser subsanados y *esa corrección* inexorablemente conducirá a variar el sentido de la decisión impugnada en casación.

72. Quien alega este tipo de irregularidad debe superar la mera postulación de cuál cree que debió ser la gestión adelantada por su predecesor (CSJ AP 24 sep. 2014, rad. 44.469).

73. Con todo, de los reclamos elevados por el libelista no se evidencia una situación de desamparo *total* (CSJ AP 22 oct. 2014, rad. 38.044) que haga viable la nulidad por violación del derecho a la defensa técnica, por lo que el cargo deviene impróspero.

5.1.2. Ausencia de motivación del fallo impugnado.

74. Contrario a lo que se extracta de la censura, una buena argumentación no se mide por la extensión física del

texto. No. La determinan una cierta estructura, la calidad de las premisas, la manera como éstas se relacionan con la conclusión, el alcance de ésta y, desde luego, la observancia de ciertos principios y reglas, como los de identidad, no contradicción, tercero excluido y *razón suficiente*, entre otros.

75. De manera que una adecuada argumentación no implica que se pongan todas las razones habidas y por haber para llegar a la conclusión, lo cual, inclusive, puede tornar en sospechosa la solidez del discurso. Por ello, uno de los principios que en argumentación ha de observarse es el de *razón suficiente*, lo que significa que la razón o razones que sustentan la conclusión no se ofrezcan a medias, pero tampoco se trata de aducir premisas que sobren, sino, como lo dice el principio, que basten.

76. Como lo ha clarificado la Corte (CSJ AP 27 ago. 2014, rad. 44.036), a tono con dicho principio, una afirmación debe ser capaz de sustentarse o explicarse por sí misma. Expresado en términos de lógica formal, “*si algo existe, [debe haber] una razón o explicación suficiente de su ser*” o bien, de manera correlativa, “*si no hay una razón o explicación suficiente para que algo sea, entonces [ese algo] no existirá*”⁶. Por ello, a partir de la mencionada máxima lógica, la solidez de una argumentación depende de que ésta se soporte en un número *mínimo* de razones que, *con plausibilidad*, la justifiquen.

⁶ AUDI, Robert. Diccionario Akal de Filosofía, Ed. Akal, Universidad Autónoma de Madrid, 2ª edición, 1999.

77. De ahí que, para la Sala (CSJ SP 26 oct. 2011, rad. 34.491), el principio de razón suficiente se viola cuando el argumento judicial *no se basta a sí mismo* para justificar determinada conclusión.

78. Bajo esa óptica, los reproches elevados por el defensor del señor CARDONA AGUIRRE de ninguna manera configuran el yerro de garantía denunciado. En efecto, la supuesta falta de motivación de la decisión de fondo, en punto de la forma de la subsunción de las conductas en la categoría de la coautoría *impropia* y en el tipo penal de peculado *por apropiación*, es manifiestamente infundada. Contrario a lo expuesto por el censor, en el fallo segunda instancia sí se ponen de presente las razones por las cuales se declaró la responsabilidad de los procesados a ese título de intervención en las conductas punibles imputadas, así como se encuentran las premisas pertinentes para subsumirlas en el referido delito que afecta el patrimonio público.

79. Una simple consulta preliminar de la sentencia impugnada permite identificar los fundamentos fácticos y jurídicos que, cumpliendo con las exigencias de pertinencia y suficiencia, que condicionan todo juicio de adecuación típica, permiten subsumir los comportamientos tanto en el referido delito como en la forma impropia de la coautoría.

80. Entonces, a fin de determinar si la motivación cumple la exigencia de suficiencia, vale la pena traer a colación los criterios de precisión que han de regir los juicios de adecuación típica, a propósito de la comprensión de los

“*hechos jurídicamente relevantes*” en el ámbito *sustancial*, pues de la correspondencia de aquéllos con las hipótesis normativas generales y abstractas dependerá si la motivación basta o es incompleta. Al respecto, en reciente decisión (CSJ SP3773-2022, rad. 54.239), la Sala expuso:

El juicio sobre la *relevancia* de los hechos atribuidos al imputado o acusado [...] en verdad es un filtro de *pertinencia* de la realidad fenomenológica, en *contraste* con referentes normativos.

Al atribuirle al procesado la comisión de una conducta o la omisión de un deber que por ministerio de la ley se reputan punibles, ha de identificar[se] cuáles son los *enunciados* de hecho que, en el plano *normativo*, integran el tipo penal concernido, así como los presupuestos de las demás categorías de la responsabilidad penal. A partir de ellos, tendrá que filtrar[se] o depurar[se] la realidad fenomenológica investigada para *formular* las *proposiciones* fácticas *-particulares y concretas-* que integrarán la hipótesis delictiva. Esas *proposiciones* deben ser, por una parte, *pertinentes*, es decir, pertenecientes o correspondientes a los enunciados de hecho fijados *-de manera general y abstracta-* en la norma contentiva del tipo penal; por otra, *suficientes*, esto es, que basten para que la hipótesis fáctica (por ejemplo, que X mató a Y propinándole un disparo con arma de fuego) encuentre una *total correspondencia* en la hipótesis normativa (el que matare a otro incurrirá en pena).

De suerte que, más allá de la “*relevancia*” de los hechos - que tiene que ver con su “*importancia*” jurídica-, la correcta y adecuada formulación de una acusación en el componente fáctico -que en todo caso ha de ir de la mano de lo jurídico- implica la *enunciación* de proposiciones de hecho *concretas* que se *equiparen* a ***todos y cada uno de los referentes normativos necesarios para configurar determinada situación sustancial***. Sólo si se da esa correspondencia y suficiencia en la *proposición* de las premisas fácticas, es posible subsumir éstas en el tipo penal. De lo contrario, mal podría haber una adecuación *típica* apta para soportar una hipótesis delictiva a comprobar en juicio.

81. Bajo esa óptica, fácil se advierte, por una parte, que la modalidad de apropiación por la que se convocó a juicio a

los acusados fue la de “*a favor de terceros*”, prevista en el art. 397 inc. 1° del C.P.; por otra, que el juicio positivo de adecuación típica se basa en hechos concordantes con esa alternativa de consumación de la conducta típica de “*apropiar*”.

82. En ese sentido, luego de transcribir el contenido de la norma en mención, el *ad quem*, en primer lugar, recalcó, de la mano de la jurisprudencia especializada, que la consumación de la conducta típica requiere que “*el sujeto activo calificado debe tomar para sí los bienes del Estado, en provecho suyo o de un tercero*”, así como que el servidor público ha de actuar en ejercicio de sus funciones de administrar, guardar o recaudar, teniendo disponibilidad material o jurídica de los bienes.

83. En segundo término, verificó la condición de sujetos activos calificados en los acusados, vinculados a la Gestora Urbana de Ibagué como gerente, jefe administrativo y financiero y jefe jurídico, respectivamente. Estableció que, a la luz del art. 20-11 del Decreto 0175 de 2002, el primero fungía como ordenador del gasto y, “*con la participación dolosa, indispensable y previamente concertada*” con los jefes financiero y jurídico, ordenó girar los recursos sin que la fundación Compromiso Social hubiera otorgado las pólizas que garantizaran el pago de la obligación monetaria, lo cual permitió que dicha fundación “*se apropiara del dinero que prestó la gestora Urbana, que nunca fue reembolsado ni se invirtió en el proyecto urbanístico para el cual fue solicitado*”.

84. Adicionalmente, en relación con los señores CARDONA AGUIRRE y FUENTES ÁNGEL, el tribunal puso de presente que aquéllos,

“en condición de asesor jurídico y revisor del cumplimiento de los requisitos legales de la contratación, no tenían la facultad de administrar y disponer directamente de los bienes de la Gestora Urbana, mas la participación de ellos en la materialización de la conducta punible antes mencionada (peculado por apropiación), además de haber sido esencial, fue dolosa, toda vez que, pese a que eran conocedores de todas las falencias y vicisitudes que se presentaron al momento de la celebración del convenio, decidieron estampar sus respectivas firmas en el documento que signaban, por lo que refulge evidente que tenían codominio del hecho, ya que si no hubiesen autorizado con su firma ese documento, dicha negociación no hubiese nacido a la vida jurídica y, por ende, no se hubiese podido realizar el desembolso del dinero a la fundación Compromiso Social, con el que se causó detrimento a las arcas del Estado, más específicamente, al capital de la Gestora Urbana de Ibagué.

En consecuencia, se concluye que la conducta antes mencionada, en la que incurrieron los tres procesados, los convierte en coautores del delito de peculado por apropiación, por el que se les formuló acusación”.

85. En esa estructura argumentativa, en efecto, se identifican todos los componentes fácticos y jurídicos que permiten emitir un juicio positivo de adecuación típica por el delito de peculado por apropiación, cuya *consumación se dio en favor de terceros*, por cuanto la hipótesis delictiva comprobada en juicio y ratificada por el *ad quem* dice relación a la transferencia de recursos a favor de una fundación (Compromiso Social), producto de un acto de disposición jurídica por parte del ordenador del gasto, quien, prevalido de los avales de sus asesores jurídico y financiero, sabiendo de la ausencia de emisión de garantías, dieron visto bueno para *girar los recursos* con destino a ella, eventualidad

que, sin dudarlo, satisface los supuestos previstos en el art. 29 inc. 2° del C.P., pues cada uno, desde su ámbito de competencia funcional, contribuyó a que los recursos públicos salieran del presupuesto de la Gestora Urbana, para incrementar el patrimonio de la fundación (tercero), que se apropió de ellos.

86. Cabe precisar, por otra parte, que el tribunal concluyó que el convenio signado por JUAN ANTONIO ALCÁZAR CARDOZO fue perfeccionado con la anuencia y visto bueno de los otros dos procesados, pese a la existencia de múltiples falencias en su trámite y celebración que desembocó en un “*peculado en favor de terceros*”.

87. Así que, al margen de que sea correcta o incorrecta la *interpretación* sobre la naturaleza de los requisitos inobservados (de trámite, celebración o ejecución, como se desarrollará en el num. 5.2.1.1.), lo cierto es que la realización en coautoría de los arts. 397 y 410 del C.P. se soporta en premisas pertinentes y suficientes, a saber, la tramitación conjunta e irregular del convenio, que se perfeccionó desatendiendo las advertencias del análisis de conveniencia y oportunidad, específicamente, en lo concerniente a la necesidad de pólizas de cumplimiento, situación de la que, se lee en el fallo de segundo grado, todos los acusados hicieron abstracción durante el trámite y suscripción del contrato, en contravía del art. 25-19 de la Ley 80 de 1993 y varios principios que rigen la contratación estatal, lo que a la postre permitió la apropiación ilícita de los recursos públicos.

88. La infracción de tales máximas, destacó el *ad quem*, se materializó pese a que todos los procesados, advertidos de la irregularidad, “*elaboraron y firmaron el documento*” omitiendo “*exigir la garantía a la que allí se hace referencia, al momento de la suscripción del convenio*”. De ahí que, en su criterio,

“toda esa serie de circunstancias, no insulares sino concatenadas, son las que ponen en evidencia el comportamiento contrario a derecho realizado por los tres acriminados en el trámite del convenio interinstitucional, no como producto de su individual incuria o descuido, sino de su previa concertación, orientada a un propósito común, con lo cual actualizaron la descripción típica de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, habida cuenta de que, según se indicara, no sólo inobservaron la aplicación de los principios generales de la contratación estatal durante las etapas precontractual y contractual de peste, sino que, con su perfeccionamiento, trataron mancomunadamente de darle visos de legalidad al desembolso de los \$40'000.000 que se había hecho con trece días de antelación, a nombre de Compromiso Social”.

89. De suerte que -al margen de la corrección o incorrección de la comprensión de los ingredientes normativos del tipo, algo que pertenece a los errores *in iudicando*-, al justificarse la infracción de requisitos de tramitación y celebración del contrato, concretada en la aprobación dolosa del convenio por cada uno de los acusados desde su ámbito de competencia funcional (ordenadora de gasto, asesoría jurídica y planeación financiera), en cuyo marco se giraron recursos públicos sin previa obtención de garantías de cumplimiento, que perdió la entidad, hay *razón suficiente* para emitir un juicio positivo de adecuación típica en los arts. 29 inc. 2°, 397 y 410 del C.P. En consecuencia, queda en el vacío la reclamada motivación deficiente, como motivo de nulidad.

5.2. Escrutinio del juicio de adecuación típica en el ámbito de la violación *directa* de la ley sustancial.

5.2.1. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

90. De cara al mencionado delito, *salta a la vista* la aplicación indebida del art. 410 del C.P., producto de la interpretación errónea de ingredientes normativos alusivos a las fases de contratación susceptibles de reproche penal por inobservancia de requisitos legales.

91. En síntesis, a los acusados se les atribuye la *tramitación y celebración* del cuestionado contrato con incumplimiento del deber (requisito) de *otorgar garantías de cumplimiento* de la obligación del contratista de restituir el dinero entregado en mutuo por la Gestora Urbana o Banco Inmobiliario de Ibagué. Esa inobservancia, para los juzgadores, igualmente implica el quebranto de varios principios que rigen la contratación estatal. Empero, como a continuación se desarrollará, el comportamiento de los procesados deviene atípico *objetivamente*, como quiera que, según lo tiene decantado la jurisprudencia, el otorgamiento de garantías de cumplimiento es un requisito propio de la *ejecución* del contrato -etapa que escapa al reproche penal por vía del art. 410 del C.P.-.

92. Además, a tono con los criterios elaborados por esta Sala, la afirmación de la responsabilidad por contrato sin cumplimiento de requisitos legales no puede derivar de la creación *ex post*, por parte del juez, de requisitos o formalidades no previstas en la ley, producto de una interpretación amplia y extensiva de los principios que gobiernan la contratación

pública, como tampoco de la atribución de inobservancia de formalidades adicionales a las que fueron fijadas en la acusación, con desborde del núcleo esencial fáctico de imputación.

93. A continuación, se traerán a colación los criterios jurisprudenciales pertinentes, en relación con los cuales se contrastarán las premisas fácticas con fundamento en las cuales se afirmó la responsabilidad de los procesados.

5.2.1.1. Requisitos susceptibles de reproche penal por su inobservancia en el marco de los contratos estatales.

94. Según el art. 410 del C.P., 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 pena de prisión.

95. Por ser un tipo penal en blanco, la delimitación del ámbito de aplicación de la norma, así como la definición de los respectivos ingredientes normativos de la descripción típica han de precisarse a la luz de la normatividad aplicable a la contratación estatal. Ello comporta, en consonancia con los principios constitucionales que rigen la función administrativa (art. 209 inc. 1° Const. Pol.), su integración por vía de remisión normativa con el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública (*Ley 80 de 1993*) y

demás normas especiales que lo complementen⁷. Tales preceptos normativos pueden ser extraídos de otras leyes, decretos y reglamentaciones administrativas, sin que ello contraríe el ordenamiento superior. Eso sí, siempre y cuando sean preexistentes a la realización de la conducta y resulten suficientes para determinar, de manera clara e inequívoca, los aspectos faltos de definición en la descripción típica (CSJ SP 14.04.2014, rad. 39.852).

A) Criterio de esencialidad del requisito contractual.

96. En relación con el ingrediente normativo *requisitos esenciales*, no cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de ley aplicables a la contratación estatal realiza el tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El quebrantamiento de la legalidad en las fases de tramitación, celebración o liquidación del contrato ha de recaer sobre aspectos *sustanciales*, cuya desatención comporta la ilicitud del proceso contractual, basada en el quebranto de alguna o varias máximas que deben regir la contratación estatal, en tanto concreción de la función administrativa.

97. A fin de identificar cuáles requisitos pertenecen *a la esencia* del contrato estatal, son aplicables tres criterios, complementarios entre sí, que se extraen tanto de la teoría *general* del negocio jurídico como de los postulados rectores

⁷ Sobre la constitucionalidad del reenvío normativo en el proceso de integración de los tipos penales en blanco, cfr., entre otras, C. Const. C-559/99, C-739/00, C-1490/00, C-333/01, C-917/01, C-605/06, C-121/12 y CSJ SP 19.12.2000, rad. 17.088.

del Estatuto de Contratación Estatal (CSJ SP17159-2016, rad. 46.037).

98. El primero de ellos se basa en los arts. 1501 y 1741 del C.C. Conforme a la primera de estas normas, son de *la esencia* de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente. Son de su naturaleza las que, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. Por su parte, el art. 1741 inc. 1° *ídem* señala que la nulidad absoluta de un contrato deriva de un objeto o causa ilícita o la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos contratos, en consideración a su naturaleza.

99. El segundo criterio se fundamenta en las causales de nulidad absoluta del contrato *estatal*, previstas en el art. 44 de la Ley 80 de 1993. De acuerdo con esta norma, será esencial la formalidad cuyo incumplimiento comporta ineficacia absoluta del contrato cuando, entre otras razones, éste se celebre i) con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; ii) contra expresa prohibición constitucional o legal y iii) con abuso o desviación de poder.

100. Sobre el particular, la Sala (CSJ SP 25 dic. 2013, rad. 35.344) puntualizó:

No toda infracción de un requisito de legalidad, por vía de acción o de omisión, constituye desconocimiento de los

requisitos esenciales del contrato, y para la *identificación* de éstos el operador judicial debe atender dos aspectos: de una parte, acudir a la teoría general de los negocios jurídicos para aplicar los criterios que determinan la ineficacia, la inexistencia y la nulidad del acto, ya que con estos se sanciona la pretermisión de una exigencia trascendental dispuesta por el legislador para el respectivo negocio; y de otro, *complementario del anterior*, aplicar a cada uno de los momentos contractuales (tramitación, celebración, ejecución y liquidación) los principios tutelares vinculantes, inderogables e improrrogables de la contratación Estatal.

En relación con los criterios de nulidad, la Ley 80 de 1993 consagra sus propias causales, y en el artículo 44-2 prevé como motivo de invalidación absoluta, celebrar contratos contra expresa prohibición constitucional y legal, precepto de trascendental importancia, pues además de remitir a las exigencias constitucionales inherentes a la contratación administrativa, que naturalmente no pueden ser obviadas por servidor público alguno, enlaza con lo dispuesto en el artículo 24-8 de la Ley 80 de 1993, en el que se prohíbe a las autoridades responsables de la contratación obrar con desviación o abuso de poder y eludir los procedimientos de selección objetiva y demás requisitos previstos en ese Estatuto.

101. En tercer término, como complemento de las anteriores pautas, un requisito contractual puede catalogarse como esencial a partir de la valoración sobre el impacto que su inobservancia pueda tener en la materialización de los *principios rectores* de la contratación estatal. Sobre esa base, la jurisprudencia⁸ tiene dicho que las máximas constitucionales y legales que gobiernan la contratación administrativa 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

⁸ En este sentido se ha expresado la Corte Suprema en reiterada jurisprudencia (CSJ SP, 19 dic. 2000, rad. 17088), así como la Corte Constitucional (sents. C-197/01, C-1514/00, C-126/08 y C-429/97).

esenciales del contrato tiene que examinarse con remisión a aquéllos. Pues la contratación estatal, como actividad reglada, debe adelantarse ajustada a esos postulados *fundamentales* (arts. 23 al 26 y 29 de la Ley 80 de 1993).

102. 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, sí 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 pública⁹.

103. Bien se ve, entonces, que, junto a las formalidades esenciales del contrato estatal determinadas a partir de la teoría general del negocio jurídico y las causales de nulidad absoluta de los contratos con la administración, el acatamiento de los principios rectores de esta faceta de la función pública constituye un requisito esencial aplicable, sin excepción, a los contratos estatales (CSJ SP 25 sept. 2013, rad. 35.344).

⁹ CSJ SP 6 mayo 2009, rad. 25.495, reiterada en SP, 22 jun. 2016, rad. 42.930.

104. Sin embargo, también ha advertido la Corte, el respeto del principio de legalidad penal, en su componente de estricta tipicidad (*ley previa, cierta, escrita y estricta*, características de las que deriva la legitimidad de la función de prevención general negativa atribuida a la pena) supone la existencia de *límites* a la hora de llenar de contenido el tipo penal en blanco.

B) Límites a la invocación de principios de la contratación estatal como fundamento de imputación por el art. 410 del C.P.

105. Si bien los *principios* de los contratos estatales, en tanto *mandatos de optimización*, son referentes jurídicos pertinentes para determinar si se atentó contra la legalidad del régimen de contratación en aspectos esenciales, no es menos cierto que ello debe concretarse en la preexistencia legal de deberes específicos exigibles al servidor público (sujeto activo calificado), sin que sea legítimo un reproche basado en la desatención de requisitos extralegales, de creación judicial *ex post*, derivada de la comprensión del juez sobre cómo habrían de materializarse de mejor forma los principios aplicables a las distintas etapas de la contratación estatal.

106. Sobre el particular, mediante la CSJ SP7322-2017, rad. 49.819, la Sala puntualizó:

*Una hermenéutica adecuada y respetuosa de las garantías de los ciudadanos debe indicar que el servidor público, al contratar, ha de ceñirse a los requisitos legales vigentes y velar porque en la celebración, tramitación y liquidación del contrato se cumplan los principios que inspiran la contratación pública[...]***Lo inaceptable es que, a través de**

una ponderación ex post y expansiva de tales principios, se agreguen presupuestos no previstos claramente en las normas aplicables, pues ello, como ya se dijo, resulta violatorio de la legalidad, por indeterminación de los elementos del tipo penal”.

En la sentencia CSJ S, mayo 20 de 2009, rad. 31.654, en un asunto similar, la Corte razonó de igual manera al señalar:

*“El incumplimiento de los principios que informan la función pública y, más específicamente la contratación estatal, puede, entonces, configurar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Esta afirmación, sin embargo, amerita una precisión. **No basta afirmar el abstracto desacatamiento de uno de esos principios para predicar la existencia del delito, sino que es necesario que el axioma desconocido esté ligado a un requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador.***

[...]

Esta posición reafirma la que ya había expuesto el mismo tribunal en la sentencia C-739 de 2000, cuando refirió que la existencia de los tipos penales en blanco tiene validez constitucional **“siempre y cuando sus contenidos se puedan complementar, de manera clara e inequívoca, con normas legales precedentes que permitan la correspondiente integración normativa...”**¹⁰.

Cuando ese complemento está constituido por principios, debe tenerse en cuenta que estos se caracterizan por tener *“textura abierta”*, lo que puede limitar su eficacia directa, o, visto de otro modo, es posible que requieran de un desarrollo normativo puntual en cada ámbito del tráfico jurídico, lo que adquiere mayor relevancia cuando se trata de establecer la ley penal aplicable a un determinado caso, que debe reunir los requisitos referidos en los precedentes jurisprudenciales atrás relacionados.

107. En la misma línea, en la SP513-2018, rad. 50.530, ratificada mediante SP5505-2019, rad. 55.036, la Sala precisó que, a la hora de concretar el requisito esencial inobservado en el procedimiento contractual, *“para los fines*

¹⁰ Negrillas fuera del texto original.

proprios del art. 410 del C.P., la vigencia del principio de estricta tipicidad impide al juez instituir ex post mandatos de conducta dirigidos al servidor público, producto de una valoración abierta e indeterminada de las máximas rectoras de la contratación estatal, para juzgar a partir de ellos la conducta del acusado, más allá de los parámetros fijados en la ley”.

C) Contrato sin cumplimiento de requisitos legales: punibilidad según la etapa contractual.

108. Tal como lo ha precisado la Corte (CSJ SP 9 feb. 2005, rad. 21.547, SP 23 mar. 2006, rad. 21.780; SP513-2018, rad. 50.530 y SP5505-2019, rad. 55.036), las formas de comisión del delito previsto en el art. 410 del C.P. se refieren a comportamientos distintos y diferenciados. La punibilidad de la conducta del servidor público no se predica de la totalidad de las fases contractuales. Uno es el comportamiento aludido en la primera modalidad, donde se reprocha el hecho de *tramitar* el contrato sin observar sus requisitos legales esenciales; y otro, el de quien lo *celebra* o *liquida*, pues en estos casos la prohibición consiste en *no verificar* el cumplimiento de los presupuestos legales inherentes a cada una de tales etapas.

109. De ello deriva que, en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la inobservancia de formalidades inherentes a *la ejecución* contractual *no comporta reproche penal*. Esta tesis fue acogida por la jurisprudencia de la Sala (CSJ SP 20 mayo 2003, rad. 14.669) y, desde entonces, ha venido siendo reiterada (cfr. CSJ SP 23 nov. 2016, rad. 46.037; SP712-2017, rad. 48.250; SP, 24 mayo 2017, rad. 49.819; SP513-2018,

rad. 50.530 y SP5505-2019, rad. 55.036).¹¹ Por expresa disposición legal, la mencionada conducta punible se *limita* a las etapas de *tramitación*, *celebración* o *liquidación*, sin que pueda entenderse que *todo* lo que tenga que ver con la contratación administrativa pertenece al trámite del contrato.

110. 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, esto es, perfeccionarlo a través de las ritualidades legales esenciales (art. 41 inc. 2° de la Ley 80 de 1993). 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 ejecución¹².

111. Esa comprensión del limitado ámbito de aplicación de la conducta punible descrita en el art. 410 del C.P., según las aludidas fases de la contratación, y 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. 1° *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

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

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 3ª, Sub. B, sent. 29.2.2012, exp. 19.371.

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

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

112. De suerte que, se reitera, la inobservancia de los requisitos legales concernientes a la *ejecución* del contrato estatal no realiza el tipo objetivo del art. 410 del CP. Por expresa disposición legal, la mencionada conducta punible se limita a las etapas de *tramitación*, *celebración* o *liquidación*, sin que pueda entenderse que todo lo que tenga que ver con la contratación administrativa pertenece al trámite del contrato ni confundirse las formalidades propias de esas fases a lo que atañe al cumplimiento de las obligaciones pactadas por las partes.

D) Garantías de cumplimiento, requisito perteneciente a la fase de ejecución del contrato.

113. Ya la Corte (CSJ SP17159-2016, rad. 46.037) tiene suficientemente decantado, de la mano de la jurisprudencia del Consejo de Estado¹³, que el otorgamiento y aprobación de

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 3ª, sent. 23.6.2005, exp. 12.846.

garantías *de cumplimiento* de los contratos estatales son requisitos propios *de la ejecución* de éstos, sin que constituyan condiciones de perfeccionamiento ni de validez. Por ende, su inobservancia no genera inexistencia ni nulidad del contrato, de donde se sigue que su soslayo es impropio para afirmar la responsabilidad penal del servidor por el art. 410 del C.P.¹⁴, debido a que carece de la connotación de requisito esencial y ~~no~~ se trata de una formalidad ajena a la tramitación, celebración o liquidación.

114. Así se extracta del art. 41 incs. 1° y 2° de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con el cual, los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y aquél se eleva a escrito, mientras que la aprobación de la garantía se requiere *para la ejecución*.

115. Desde la misma redacción original de la norma - precepto vigente para la época de comisión de los hechos investigados- el legislador clarificó en el inc. 2° que, “***para la ejecución***, se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes...”, entendimiento que no varió con la modificación del art. 23 de la Ley 1150 de 2007, que condiciona *la ejecución* a la aprobación de las garantías de rigor.

116. En la misma dirección, el art. 25-19 de la Ley 80 de 1993, previo a su derogatoria por medio del art. 32 de la Ley 1150 de 2007, en desarrollo del principio de economía señalaba que *el contratista* -condición que se adquiere una vez se

¹⁴ Sin perjuicio de tratarse de una irregularidad *administrativa* que puede comportar responsabilidad patrimonial del servidor público a cuyo cargo se encuentra el contrato, así como penal por *otras conductas punibles* que puedan afectar el correcto funcionamiento de la administración pública, por distintas modalidades de afectación a ese bien jurídico.

perfeccione el contrato- prestará garantía única que avalará *el cumplimiento* de las obligaciones *surgidas del contrato*, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado.

117. En consonancia con ello, el art. 7° inc. 1° de la Ley 1150 de 2007, norma reglamentaria de las garantías en la contratación, que subrogó al derogado art. 25-19 de la Ley 80 de 1993, dispone que los contratistas prestarán garantía única para el *cumplimiento* de las obligaciones *surgidas del contrato*.

118. Esa misma concepción se advierte en el art. 11 del Decreto 4828 de 2008, por cuyo medio se expidió el Régimen de Garantías de la Contratación de la Administración Pública, que rigió hasta ser derogado por el art. 9.2 del Decreto Nacional 734 de 2012 -precepto que, si bien es posterior a los hechos investigados, no se trae a colación como fundamento de imputación, sino a fin de *corroborar* que la aprobación de la garantía es un requisito de ejecución contractual-. Al respecto, la norma señalaba: “*Aprobación de la garantía de cumplimiento. Antes del inicio de **la ejecución del contrato**, la entidad contratante aprobará la garantía, siempre y cuando reúna las condiciones legales y reglamentarias propias de cada instrumento y ampare los riesgos establecidos para en cada caso*”.

119. Ese recorrido normativo y la articulación sistemática de las disposiciones referenciadas permite comprender por qué la jurisprudencia del Consejo de Estado, además de vincular las garantías *de cumplimiento* con la fase de ejecución de los contratos estatales, desliga a las garantías, *en general*, de los requisitos *de la esencia* de la contratación

estatal, pues sin perjuicio de la responsabilidad que pueda derivar de su falta de ofrecimiento o ausencia de aprobación por el servidor público, según sea el caso, ello no es causal de nulidad absoluta del contrato estatal (art. 44 Ley 80 de 1993) ni pueden entenderse las garantías como formalidades que condicionan la existencia o validez de los contratos estatales, en consideración a su naturaleza.

120. Vale la pena precisar que el erróneo entendimiento de las garantías como formalidad de celebración o de la equivocada comprensión de su “*esencialidad*” como requisito de trámite, es producto de rezagos del anterior régimen de contratación, radicalmente modificado a ese respecto por la Ley 80 de 1993. Sobre el particular, la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha puntualizado:

En buena hora la Ley 80 de 1993 precisó que “*los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y las contraprestaciones y este se eleve a escrito*” (art. 41) y **los requisitos que en el anterior régimen se requerían para perfeccionar el contrato pasaron a ser requisitos para su ejecución -aprobación de la garantía única** y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes- (art. 41 inciso 2º Ley 80 de 1993), lo cual significa que desde el momento en que las partes firman el contrato, este existe como tal en el mundo del derecho. (Sent. 3 feb. 2000, exp. 10.399)

[...]

De acuerdo con la disposición citada [art. 51 del Decreto Ley 222 de 1983], no bastaba que las partes firmaran el contrato, sino que era necesario que cumplieran con otros requisitos para que aquél quedara perfeccionado, los del art. 25 *ibidem* y los demás que se señalaran para determinados contratos. Así mismo, en forma expresa se prohibía la ejecución de contratos no perfeccionados. Y se aclara que lo era para aquellos contratos que se celebraron antes de la Ley 80 de 1993, ya que bajo esta normatividad los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre

acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito y **en lo referente al cumplimiento de los otros requisitos —la aprobación de la garantía y la existencia de las disponibilidades presupuestales— se exige para la ejecución del contrato**, como también la publicación oficial luego del perfeccionamiento (art. 41), con lo cual no queda ninguna duda sobre el momento de perfeccionamiento del contrato y por consiguiente, **el incumplimiento de los subsiguientes requisitos configura una responsabilidad de naturaleza contractual**. (Sent. 6 abr. 2000, exp. 12.775).

[...]

El inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 complementa las normas que se refieren al presupuesto público. En virtud suya: “**para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto**”. (Sent. 12 ago. 2014, exp. 28.565).

121. Fijadas las anteriores premisas (generales y abstractas) en punto de la comprensión y alcance de los ingredientes normativos que integran el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, así como de las normas extrapenales que han de llenar el tipo penal en blanco y sus límites de aplicación, enseguida, la Sala pasa a exponer las razones por las cuales se aplicó un errado juicio positivo de adecuación típica por el art. 410 del C.P. en el presente caso.

122. Se identificarán los enunciados de hecho que, analizados a la luz de los anteriores referentes normativos, implican: i) una equivocada comprensión de las garantías de cumplimiento como requisito perteneciente a las fases de tramitación y celebración del contrato, así como ii) una inadmisibles invocación de los principios de la contratación estatal, a fin de afirmar la realización la conducta típica por inobservancia de requisitos extralegales, reprochados por los

juzgadores, además, iii) con desborde del núcleo fáctico de imputación fijado en el llamamiento a juicio.

5.2.1.2. Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del art. 410 del C.P.

A) Errónea consideración de la garantía de cumplimiento como requisito de “*tramitación y/o celebración*”.

123. Pues bien, de los términos de la resolución de acusación se extracta que, *en esencia*, el núcleo del reproche dirigido a los acusados, por afectar el correcto funcionamiento de la administración pública, concretado en el quebranto del principio de legalidad por vía del art. 410 del C.P. estriba en que los procesados participaron de un proceso contractual en el que omitieron exigir y aprobar una garantía de cumplimiento, desatendiendo exigencias legales y desconociendo los principios que rigen la contratación estatal. Ello habría sido determinante para que, también, se afectara el bien jurídico funcional por vía de lesión del patrimonio público a través del peculado (art. 391 *ídem*) dado que la suma entregada en mutuo no fue restituida por el contratista que se apropió del dinero.

124. En la resolución del 27 de enero de 2015, los hechos materia de investigación fueron fijados en los siguientes términos:

Tuvieron génesis con ocasión de la suscripción de un convenio interinstitucional, datado el 6 de mayo de 2005, celebrado entre la Gestora Urbana de Ibagué...y la fundación Compromiso Social, a través del cual la Gestora le transfirió la suma de \$40'000.000 a la institución, para que los empleara en la cofinanciación de un proyecto de

vivienda, con la condición de reintegrarlos en plazos específicos, con algunos dividendos.

Aconteció que, en el proceso de contratación, **no fueron presentadas las pólizas de cumplimiento** por parte de la fundación favorecida, lo que conllevó a que, al no existir garantía alguna, los recursos públicos fueran objeto de apropiación.

125. A la hora de delimitar la imputación jurídica, la fiscal, dando respuesta a los defensores en punto de “*las exigencias legales que no se tuvieron en cuenta*”, concretó los términos en que se habría cometido la conducta típica prevista en el art. 410 del C.P., poniendo de presente *las normas* que, a su modo de ver, harían exigible el otorgamiento y la aprobación de garantías de cumplimiento, en tanto “*requisito esencial de la contratación*”. En punto del “*quebrantamiento de las reglas que rigen la contratación*”, fijo así el reproche:

La falta de cumplimiento al numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, de donde se extrae que, en consideración al recibo de un dinero por parte del gerente de la fundación, con el deber de restituirlo, **surgía la imposición razonable de que se constituyera una garantía para su cumplimiento**, pero ni se menciona en él y, por ende, **tampoco se configuró a la vida jurídica, violentándose los principios de economía, transparencia, selección objetiva y responsabilidad**.

[...]

Los acusados infringieron las normas de contratación cuando celebraron el convenio “**sin que se constituyera la debida garantía en la devolución dineraria, como lo reclama el num. 19 del art. 25, aplicable a dicha actuación administrativa**”.

Como se desprende de lo antes resumido, ningún quebrantamiento al derecho de defensa se avizora cuando claramente el fiscal está dando cuenta de que, **por no haberse presentado las garantías legales que aseguran el cumplimiento de lo convenido** por el representante de la fundación, es que se transgredieron los principios que rigen la contratación estatal,

especialmente el de responsabilidad, al que alude el art. 26 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual:

1. **“Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto del contrato y a proteger los derechos de la entidad...que puedan verse afectados por la ejecución del contrato”** (negrilla original).

[...]

Igualmente se predica el no haber sido atendido el principio de transparencia, que rige la contratación estatal y es desarrollado por el art. 24 de la Ley 80 de 1993.

[...]

En la órbita constitucional, legal y jurisprudencial, si bien los trámites inherentes al procedimiento contractual aisladamente considerados no alcanzan la calidad de requisitos esenciales de los contratos, en cambio, sí tienen ese talante los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que se garantizan, precisamente, a través del cumplimiento de esos trámites.

Por tanto, si se pretermiten deliberadamente esos procedimientos para mancillar dichos principios, puede incurrirse en el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales. En la legislación que reglamenta la contratación estatal, los principios de moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad, contenidos en el art. 209 de la Constitución, y los principios de transparencia, economía y responsabilidad, consagrados en el art. 23 de la Ley 80 de 1993, ostentan la categoría de requisitos esenciales.

[...]

En el caso que nos ocupa, aun cuando la Gestora Urbana de Ibagué sea una empresa industrial y comercial del Estado y, en algunas ocasiones, sus actuaciones se rijan por las reglas del derecho privado, no es lo menos que, en los procesos de contratación que realice en desarrollo de su objeto social, debe regirse por los parámetros que establece la Ley 80 de 1993, con sus normas complementarias.

Al ser de imperativo acatamiento por parte de los funcionarios de la Gestora Urbana de Ibagué las normas

de contratación de la Ley 80 de 1993, es claro que debían atenerse a los principios y reglas que allí se fijan.

Pero más allá de todo lo contextualizado hasta este momento, para las partes que intervinieron en el convenio interinstitucional...es evidente que sí tenían pleno y cabal conocimiento que el acuerdo de voluntades se regía por las normas de la contratación pública que desarrolla la Ley 80 de 1993, aserto que se corrobora con la lectura del convenio mismo, habida cuenta que, en la cláusula décima, de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del convenio se fijó que, “*con arreglo a lo previsto en las Leyes 80 de 1993 y 489 de 1998, el presente convenio se entiende perfeccionado con el acuerdo de voluntades y el escrito que lo contiene*”. Además, en otras partes del mismo documento, se hace referencia a otras disposiciones de la misma ley de contratación.

126. Ahora bien, al subsumir los hechos en el art. 410 del C.P., los juzgadores incurrieron en un error de juicio que tuvo lugar en la construcción de la premisa mayor o normativa del silogismo jurídico. Equivocadamente, al integrar el tipo penal en blanco con la normatividad aplicable a la contratación estatal, tanto *a quo* como *ad quem* comprendieron la ausencia de ofrecimiento y aprobación de garantías *de cumplimiento* como un requisito esencial que pertenece a las fases de tramitación y celebración del contrato estatal, pese a que, como se clarificó en precedencia (cfr. num. 5.2.1.1. lit. c y d *supra*), dicha formalidad aplica en la fase *de ejecución*. Mas esta última escapa al ámbito del reproche penal por ese delito.

127. En efecto, a la hora de afirmar la tipicidad objetiva de la conducta, el juzgado, desatendiendo los lineamientos jurisprudenciales *vigentes* (cfr. num. 5.2.1.1. *supra*), consideró que lo concerniente a las garantías de cumplimiento atañe a la fase precontractual (tramitación) y a la contractual, tanto así que constituye un requisito “*concomitante a la celebración del*

contrato, cuyo cumplimiento habilita el acuerdo entre la administración y el particular". Además de atar tal formalidad a la tramitación, al enlistar los que, según su criterio, son presupuestos de perfeccionamiento del contrato estatal, recalcó que uno de ellos es *"la constitución y otorgamiento de garantías de cumplimiento por el contratista"*.

128. Al respecto, en la sentencia de primera instancia se expone:

El ente acusador indicó que, aun cuando el referido convenio fue celebrado en el mes de mayo de 2005, la orden de pago en favor de la fundación Compromiso Social data del 22 de abril del mismo año, sin que, dado el incumplimiento de la beneficiaria, se pudieran recuperar los recursos invertidos, ***puesto que los funcionarios de la Gestora Urbana responsables del proceso contractual no constituyeron las garantías bancarias o pólizas que aseguraran el cumplimiento*** de lo acordado, lo que causó un detrimento patrimonial a dicha empresa, con lo que además se quebrantó la Ley 80 de 1993, el reglamento interno de la Gestora Urbana de Ibagué (Decreto 0175 de 2002) y los principios de responsabilidad, selección objetiva, transparencia, eficacia y economía que rigen la contratación estatal.

[...]

Así entonces, la conducta reprochada se funda en la tramitación y celebración del convenio interinstitucional para la financiación del proyecto habitacional Ambikaima por parte de los entonces funcionarios del Banco Inmobiliario Gestora Urbana de Ibagué, JUAN ANTONIO ALCÁZAR CARDOZO, LIBARDO FUENTES ÁNGEL y JAIRO HERNANDO CARDONA AGUIRRE sin cumplir con los requisitos legales exigidos para ello, pues no se atendieron las directrices contenidas en el Decreto 0175 de 23 de abril de 2002 (por medio del cual se crea el Banco Inmobiliario – Gestora urbana de Ibagué, como empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal), ni del numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, actuación con la que claramente se afectaron los principios de la contratación estatal de la economía, transparencia y responsabilidad, los que a la vez son de raigambre constitucional.

[...]

En cuanto a la responsabilidad de cada uno de los procesados, se tiene que JUAN ANTONIO ALCÁZAR CARDOZO fue llamado a juicio por haberse desempeñado como Gerente del Banco Inmobiliario de Ibagué denominado Gestora Urbana, en el periodo comprendido del 1 de enero de 2004 al 30 de julio 2005, por lo que su participación en este asunto se limita exclusivamente a las **fases pre y contractual** del convenio interinstitucional para la financiación del proyecto habitacional Ambikaima. En cuanto a LIBARDO FUENTES ÁNGEL, su compromiso en estos hechos data desde el 28 de enero de 2004, sin que tenga fecha exacta de su desvinculación, no obstante, para el 5 de julio de 2006, cuando rindió indagatoria en el presente asunto, aun fungía como funcionario de dicha empresa; periodo en el cual fungió como Jefe de la Oficina Jurídica de la Gestora Urbana de Ibagué y JAIRO HERNANDO CARDONA AGUIRRE estuvo vinculado a dicha institución en el cargo de Jefe de la Oficina Financiera y Administrativa, según lo indica en su injurada, por un periodo promedio de dos años hasta el 30 de septiembre 2005, quienes, en ejercicio de sus funciones **participaron en todo el proceso pre y contractual** del referido acuerdo, elaborando la documentación que soportó la suscripción del mismo (análisis de conveniencia y oportunidad para la asignación de recursos, registro presupuestal, actas de reuniones, registro presupuestal y su certificado de vigencia, orden de pago, entre otros), asesorando a Gerencia, tramitando, revisando y dando visto bueno a las actuaciones que en pos del desarrollo de aquel se adelantaban e inclusive firmaron el convenio interinstitucional y la orden de pago con los que dispuso la transferencia del dinero del que finalmente terminó apropiándose la Fundación Compromiso Social.

[...]

Como se ha indicado en esta providencia, el convenio interinstitucional para la financiación del proyecto habitacional Ambikaima es un acuerdo celebrado el 6 de mayo de 2005 por el Banco Inmobiliario Gestora Urbana de Ibagué, representada por el Gerente de entonces y la fundación Compromiso Social, el cual tenía como objeto *“unir esfuerzos para adelantar las obras de urbanismo en el proyecto que se encuentra ejecutando la fundación Compromiso Social, en el barrio especial el Salado de esta ciudad, denominado AMBIKAIMA-ARIKAIMA”* en razón de lo cual la Gestora transfirió la suma de \$40.000.000 a la referida fundación, la cual se comprometió a restituirlos en tres pagos parciales bimensuales, contados a partir de la firma del contrato, con los correspondientes rendimientos

financieros generados, antes del 16 de diciembre de 2005; convenio que tenía vigencia, a partir de su firma y perfeccionamiento, hasta el 31 de diciembre de 2005. Sin embargo, la beneficiaria no cumplió con la obligación que le asistía de devolver el dinero prestado, ni ejecutó las obras para las cuales se concedió tal préstamo.

La Gestora Urbana, en desarrollo de su función de Banco Inmobiliario estaba facultada legalmente para realizar convenios interadministrativos como los que celebró con la fundación Compromiso Social, pues así lo dispone el artículo 4 del Decreto 0175 de 2002 –mediante el cual fue creada– que señala que en cumplimiento de su objeto podrá “*realizar actividades específicas de promoción y desarrollo de proyectos urbanísticos e inmobiliarios (...) lo que incluye entre otros aspectos (...) **cofinanciación**, enajenación, realización de operaciones financieras de crédito y comercio (...)*”; y como promotora inmobiliaria y de proyectos especiales, está facultada para, entre otros, “**7.- Adelantar convenios y contratos con otras entidades del sector público o privado que persigan fines compatibles con el objeto de la Gestora Urbana de Ibagué**” y “**8.- Llevar a cabo operaciones comerciales pertinentes y necesarias para cumplir con su objeto social**”.

Así las cosas, además de la viabilidad para la celebración del referido convenio, el objeto de éste compagina con el objeto para el cual fue creada la Gestora Urbana, puesto que, si bien dicha actividad es propia de los particulares, la urbanización propuesta por la empresa contratista compaginaba con los fines de la política municipal de entonces de proveer soluciones de vivienda, por lo que hasta allí no existe ninguna irregularidad. Sin embargo, **tenemos que en el trámite y la celebración del mismo** se desatendió el hecho que los contratos celebrados por dicha entidad tienen que sujetarse a lo establecido en Estatuto General de la contratación de la administración pública, -numeral 10 artículo 20 Decreto 0175 de 2002- pues, fue precisamente el actuar con desapego a dicha norma por parte de los funcionarios públicos que intervinieron en el proceso de contratación que conllevó a que se violentaran los principios que rigen la función administrativa, puesto que sus actuaciones no se desarrollaron con arreglo a la transparencia, economía y responsabilidad que los rige, lo cual se concluye del análisis hecho al referido convenio y a su trámite, pues se advierte que este **se tramitó sin observar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales propios de la fase precontractual y se celebró sin sujeción a los presupuestos necesarios para su perfeccionamiento y sin verificar el cumplimiento de los requisitos inherentes a cada fase.**

Lo anterior como quiera que, si bien no se requería de una selección previa del contratista debido a que...la iniciativa devino de la solicitud de cofinanciación hecha por la fundación Compromiso Social a la Gestora Urbana para contribuir a la solución de los problemas de vivienda de interés social en este municipio y que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 20 del Decreto 0175 de 2002, entre las funciones del Gerente está el *“celebrar en su nombre los actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus objetivos y funciones y representarla en todos los actos públicos y privados”*, lo que bien podía llevar a cabo sin previa autorización de la Junta Directiva de esa entidad, como quiera que el valor a transferir por medio del referido convenio no era superior a 500 salarios mínimos mensuales vigentes para esa fecha; no obstante, hemos de indicar que ***ni en el trámite, ni en la actuación concomitante con la celebración del convenio se constituyeron las garantías necesarias que avalaran el cumplimiento del objeto para el que fue suscrito ni la restitución del dinero entregado a la mencionada fundación, tal como lo exige el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de Ley 1150 de 2007 y sustituido por el artículo 7° ibídem***, lo que, evidentemente conllevó a que se transgrediera dicha norma, en particular el principio de economía que rige la administración pública y de paso facilitó el hecho que la fundación Compromiso Social se apropiara del dinero que le fue girado con razón a lo acordado en el convenio Interinstitucional firmado con la Gestora Urbana el 6 de mayo de 2005.

[...]

Concluido tal trámite, en desarrollo de la función que le correspondía, de acuerdo a lo dispuesto en manual de funciones de la Gestora Urbana y el artículo 20 del Decreto 0175 de 2002, **JUAN ANTONIO ALCÁZAR CARDOZO** suscribió el Convenio Interinstitucional con la referida fundación, sin observar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para el mismo, puesto que no verificó el acatamiento de los requerimientos exigidos en cada fase del convenio, tanto así que su suscripción se dio sin la constitución de las garantías bancarias o pólizas requeridas para asegurar su cumplimiento y el reintegro de los dineros girados a través de aquél.

[...]

Lo anterior demuestra que este funcionario tramitó, dispuso y entregó dineros a la Fundación Compromiso Social por concepto de un convenio que aún no se había celebrado,

actuación que a todas luces resulta irregular y violatoria de los principios de economía y transparencia, puesto que, adicional a lo dicho, **la entrega de los recursos no contó con las garantías previas para su reembolso** y segundo porque emitir una orden de pago de dinero sin mediar acto administrativo que así lo disponga, es un evidente acto de ilegalidad e ilegitimidad, el que además sirvió de medio para cometer el peculado con respecto al dinero que se transfirió a nombre de la referida fundación y en consecuencia se transgredió el bien jurídico de la administración pública.

129. A su turno, también enfatizando en la ausencia de exigencia de garantías de cumplimiento por los servidores acusados, el tribunal igualmente entendió erradamente que el otorgamiento de pólizas por el contratista era un requisito condicionante *de la perfección* del convenio. En ese sentido, en la sentencia de segunda instancia se lee:

La inobservancia del principio de economía se evidencia en el hecho que a la fundación Compromiso Social no le fue exigida la suscripción de una póliza de seguros que garantizara el pago del dinero solicitado en calidad de préstamo a la Gestora Urbana de Ibagué, pese a que el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, vigente para cuando se suscribió el convenio interinstitucional entre aquellas, establecía que el contratista debe prestar garantía única que avale el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato; requisito cuya necesidad de cumplimiento también fue puesta de presente en el “ANÁLISIS DE CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD PARA LA ASIGNACIÓN DE RECURSOS PARA EL DESARROLLO DE LAS OBRAS DE URBANISMO DE PROYECTOS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL EN EL PERÍMETRO URBANO DEL MUNICIPIO DE IBAGUÉ”, en el que aparece la firma de Juan Antonio Alcázar Cardozo como gerente de la Gestora Urbana y la de Libardo Fuentes como jefe jurídico de esa entidad⁵⁵, si se tiene cuenta que en el acápite 5° de ese documento, denominado «ANÁLISIS DE LOS RIESGOS DE LA CONTRATACIÓN», se consignó lo siguiente: “*durante la ejecución del convenio interadministrativo que se suscribirá (sic) la Gestora Urbana con la Fundación Social Ambikaima y la Fiduciaria Colpatria S.A. la entidad corre el riesgo de sufrir menoscabo de manera que se requiere garantías que amparen el cumplimiento del convenio*”.

No obstante la anterior evidencia, la cual fue advertida por los procesados Alcázar Cardozo y Fuentes Ángel, pues estos elaboraron y firmaron el documento que la contenía, los mencionados servidores públicos **omitieron exigir la garantía a la que allí se hace referencia, al momento de la suscripción del multicitado convenio interinstitucional**, lo que, sin lugar a dudas, permitió que la fundación Compromiso Social se apropiara de esas sumas de dinero, las cuales nunca restituyó, con lo que, a su vez, generó un desmedro económico en el capital de la Gestora Urbana de Ibagué.

[...]

[En relación con el acusado ALCÁZAR CARDOZO], al fungir como gerente de la Gestora Urbana **era su deber verificar que se cumplieran con los requisitos necesarios para perfeccionar el convenio**, sin que pueda tenerse como excusa el hecho de que no ostentaba el título profesional de abogado, dado que, si se desempeñaba como representante legal de esa entidad, era porque tenía los conocimientos y las calidades necesarias para ello.

130. Bien se ve, entonces, que los juzgadores interpretaron erróneamente los ingredientes normativos *tramitación y celebración* del contrato estatal, a la hora de integrar el tipo penal, en blanco, previsto en el art. 410 del C.P. Ello, por cuanto desconocieron que, a la luz de los vigentes criterios jurisprudenciales, tanto en lo contencioso administrativo como en materia penal, el otorgamiento y aprobación de pólizas de cumplimiento (art. 25-19 de la Ley 80 de 1993, norma derogada pero, a su vez, subrogada por el art. 7° de la Ley 1150 de 2007) es un requisito propio *de la ejecución* del contrato estatal, ámbito ajeno a punición por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

131. Ello, consecuentemente, comporta la aplicación indebida del art 410 del C.P., pues la ausencia de otorgamiento y aprobación de garantías, *en el marco de dicha*

conducta punible, es atípico objetivamente, sin perjuicio de que tal omisión pueda ser pertinente para configurar otro delito contra el correcto funcionamiento de la administración pública.

132. Ahora bien, es cierto que el art. 25-19 inc. 1°, enunciado 2° de la Ley 80 de 1993, antes de ser derogado, igualmente disponía que los proponentes habían de prestar garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos, disposición que igualmente fue incorporada al ordenamiento mediante el art. 7° inc. 1°, enunciado 2° de la Ley 1150 de 2007. Sin embargo, *en el presente caso*, tal disposición, aplicable a la fase de tramitación del contrato estatal, no puede ser fundamento para declarar la responsabilidad de los acusados por contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

133. Además de que a aquéllos no les fue atribuida en la acusación la omisión de exigir garantía *de seriedad* de la oferta -sino únicamente la ausencia de verificar la presentación por el contratista de garantías *de cumplimiento* del contrato-, lo cierto es que, por las particularidades del convenio concernido, en punto de su objeto (financiación de un proyecto a cargo de una constructora particular), así como de las prestaciones y obligaciones a convenir por las partes, no se advierte la necesidad de *ese* tipo de garantía, dado que, de un lado, no existió *oferta* en sentido estricto por parte de la fundación Compromiso Social, sino una *solicitud de crédito* para la financiación de una obra realizada por dicha entidad privada, por cuenta propia; de otro, tratándose de “*cofinanciación*” concretada en un contrato de mutuo con intereses, no se advierten riesgos o perjuicios que la *no suscripción del contrato* por el solicitante de

financiación hubiera podido causar a la Gestora Urbana de Ibagué, en su condición de *banco inmobiliario*.

134. Si bien el art. 25-19 la Ley 80 de 1993 se refería a garantía “*única*”, el art. 16 del Decreto 679 de 1994, que reglamentó tal aspecto hasta la expedición del Decreto 4828 de 2008 -por cuyo medio se expidió el régimen de garantías de la contratación de la administración pública-, claramente diferenció que uno es el objeto de las garantías *de cumplimiento* a cargo del contratista para amparar las obligaciones surgidas de la celebración del contrato, y otra la finalidad de las garantías *de seriedad*, a cargo los *proponentes* en la fase de trámite o precontractual.

135. Ahora, el art. 17 del Decreto 679, referente a “*los riesgos que debe cobijar la garantía única*”, señalaba que ésta debe ser suficiente, *de acuerdo con las distintas clases de obligaciones amparadas*. En punto de los *riesgos a conjurar* en la ejecución del contrato mediante las garantías de cumplimiento, los inc. 2° y 3° de la norma disponían:

Se incluirán únicamente como riesgos amparados aquéllos que correspondan a las **obligaciones y prestaciones del respectivo contrato**, tales como, los de buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado, cumplimiento del contrato, estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio, correcto funcionamiento de los equipos, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. En los contratos de obra y en los demás que considere necesario la entidad se cubrirá igualmente la responsabilidad civil frente a terceros derivados de la ejecución del contrato a través de un amparo autónomo contenido en póliza anexa.

La garantía de salarios y prestaciones sociales del personal que **el contratista** emplee en el país para la ejecución del contrato se exigirá en todos los contratos de prestación de servicios y construcción de obra en los cuales, de acuerdo con el contrato, el contratista emplee terceras personas para

el cumplimiento de sus obligaciones, así como en los demás en que la entidad estatal lo considere necesario en virtud del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

136. El referido estatuto no precisó textualmente los riesgos que habrían de cobijar las garantías *de seriedad* de la propuesta u oferta¹⁵. Empero, en la sentencia C-452 de 1999, mediante la cual se declaró la exequibilidad del art. 25-19 inc. 1° de la Ley 80 de 1993, en lo que atañe a la exigibilidad de garantía de seriedad a los proponentes, se precisa que ésta, a diferencia de la de cumplimiento, propende por conjurar eventuales perjuicios que se puedan causar a las entidades públicas *debido al no perfeccionamiento del contrato* a causa del adjudicatario, esto es, el seleccionado para convertirse en contratista con la suscripción del contrato.

137. Al respecto, en la precitada sentencia, la Corte Constitucional, para dar respuesta al problema jurídico cifrado en ¿cuál es la finalidad de exigir la garantía de seriedad a los proponentes?, expuso:

La finalidad de las normas demandadas **consiste en asegurar la suscripción del contrato estatal** de que se trate, luego de que la entidad contratante ha adelantado un proceso de selección dispendioso y oneroso, así como **la reparación de los daños que cause el adjudicatario que se sustraiga a la obligación de suscribir el contrato**. Desde esta perspectiva, puede asegurarse que, de manera general, y como lo ha manifestado la Corte en anterior oportunidad, las garantías establecidas en el régimen de contratación estatal, se fundan en “el deber de preservar los derechos que para las entidades públicas emergen con motivo de las operaciones

¹⁵ Algo que se logró, apenas, con la expedición del Decreto 4828 de 2008, cuyo art. 4.1. señaló, a título enunciativo, los riesgos derivados del incumplimiento del ofrecimiento, entre ellos, la no suscripción del contrato sin justa causa por parte del proponente seleccionado; la no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta; el retiro de la oferta después de vencido el término fijado para la presentación de las propuestas; la falta de pago de los derechos de publicación en tanto requisito de legalización del contrato o la falta de otorgamiento, por parte del proponente seleccionado, de la garantía de cumplimiento, para amparar las obligaciones del contrato.

contractuales, que se vinculan necesariamente con la defensa del patrimonio público”.

[...]

Un simple razonamiento práctico permite establecer que la garantía contractual establecida en los apartes acusados de los artículos 25-19 y 30-12 de la Ley 80 de 1993 **disminuye las probabilidades de que los adjudicatarios de contratos estatales se sustraigan de la obligación de suscribirlos.**

138. Precisado lo anterior, en primer término, cabe destacar, acorde con el texto del cuestionado convenio interinstitucional transcrito en la sentencia de primera instancia, que la Gestora Urbana de Ibagué es una empresa industrial y comercial del Estado especializada que, entre otras, cumple funciones de *banco inmobiliario* y promotora inmobiliaria, facultada por el Decreto Municipal 175 de 2002 para *financiar* proyectos de vivienda que beneficien a la comunidad en general. Por consiguiente, celebró un convenio de cooperación y financiación con la fundación Compromiso Social, a fin de prestar recursos para que se ejecutaran las obras para la construcción del proyecto Ambikaima.

139. Como segunda medida, es pertinente poner de manifiesto que el objeto del contrato (cfr. fls. 6-8 C.1), según la cláusula primera, se cifró en la unión de esfuerzos para adelantar las obras de urbanismo, *a través de la financiación* por parte de la Gestora Urbana. Esto, concretado en el préstamo de \$40'000.000 con cobro del interés bancario corriente, a esa fecha en el 19.9% efectivo anual, para que fueran utilizados en el desarrollo del proyecto de construcción, a condición de devolver el dinero entregado en mutuo, a más tardar el 16 de diciembre de 2005, en tres pagos parciales

bimensuales, con los correspondientes rendimientos financieros.

140. En tercer orden, de los documentos apreciados por los juzgadores de instancia, entre ellos, el acta del análisis de “*conveniencia y oportunidad para la asignación de recursos para el desarrollo de proyectos de vivienda de interés social en el perímetro urbano de Ibagué*” (fls. 4-5 C.1); el acta de reunión suscrita por los acusados y el asesor de la fundación Compromiso Social, en la cual se discutieron las posibilidades de financiación -con pacto de intereses- del mencionado proyecto (fl. 11 *ídem*), y la comunicación radicada el 18 de enero de 2005 por el representante legal de esa fundación a la Gestora Urbana, a fin de “*legalizar el acuerdo de cofinanciación del proyecto Ambikaima*” (fls. 12-13 *ídem*), adjuntando el contrato de fiducia suscrito entre Compromiso Social y Colpatria (fls. 16-22 *ídem*), en conjunción con las cláusulas del convenio suscrito el 6 de mayo de 2005, se extrae que, más que una *propuesta u oferta* para la prestación de un servicio a favor de la Gestora Urbana, la realización de una prestación u obra en nombre de ésta, en cumplimiento de las funciones legalmente conferidas, o el suministro de bienes, entre otras opciones, lo que hubo en el presente caso fue una solicitud de crédito de un particular a la mencionada empresa industrial y comercial del Estado, dado que entre sus políticas se encuentra la de promover y financiar proyectos de vivienda de interés social.

141. No se trató, por ejemplo, de la planeación o adelantamiento de obras o proyectos por parte de la Gestora Urbana, en cuyo marco hubiera concesionado a Compromiso Social su ejecución, como tampoco de la realización de un

propio proyecto urbanístico a cargo de la primera empresa en la que dicha fundación hubiera suministrado bienes o prestado algún servicio. Nada de ello o algo similar sucedió en el presente asunto, en el que, en estricto sentido, la Gestora Urbana hubiera convocado a proponentes u oferentes para ese tipo de prestaciones, en el que, como se indicó en precedencia, devienen pertinentes y necesarias las garantías de seriedad. Aquí se trató, en verdad, de una solicitud de crédito, en la que más que propuestas u ofertas, lo que el posible acreedor propende por garantizar es el pago del dinero entregado en mutuo.

142. Ahora, si el riesgo a conjurar en la garantía de seriedad se contrae a los perjuicios que se puedan causar a la entidad *por la no suscripción del contrato*, en esencia de mutuo, difícilmente puede pensarse en una afectación al patrimonio o al desarrollo del objeto social de la Gestora Urbana de Ibagué, en tanto banco inmobiliario. Si el solicitante no suscribiera el convenio, simplemente no se le prestaría el dinero, el cual, manteniéndose en el presupuesto de la entidad, no afecta el patrimonio público y sigue estando a disposición de otras personas (naturales o jurídicas, de derecho público o privado) que puedan requerir financiación para proyectos urbanísticos compatibles con los propósitos de la Gestora.

143. Cuestión distinta es que, suscrito el contrato de financiación, que entraña un mutuo mercantil, la entidad se abstenga de obtener garantías (de cumplimiento) idóneas y suficientes para que se le pague la prestación a su favor, a saber, la restitución del dinero con intereses. Esto, como se desarrollará a la hora de abordar los cargos que atañen al

delito de peculado por apropiación (cfr. num. 5.2.2.3.), sí es del todo relevante, al margen de que, por concernir a la fase de ejecución del contrato, no pueda fundamentar la declaratoria de responsabilidad por el art. 410 del C.P.

B) Desborde del núcleo fáctico de imputación e indebida condena por invocación extensiva de principios de la contratación estatal.

144. La aplicación indebida del art. 410 del C.P. no deviene únicamente de la errada comprensión de la naturaleza de las garantías de cumplimiento, como requisito de ejecución del contrato. Como pasa a exponerse, los juzgadores de instancia, quebrantando el debido proceso y el principio de legalidad en la fijación de los requisitos contractuales inobservados por los acusados, adicionaron reproches para justificar la tipicidad objetiva de la conducta, los cuales han de ser suprimidos del juicio de adecuación típica.

145. En primer lugar, pese a que en la acusación no se cuestionaron los términos del análisis de conveniencia y oportunidad, que al margen de su precariedad sí fue elaborado e integró el trámite contractual, el *a quo* afirmó la afectación del principio de economía, por desconocimiento del art. 25-7 de la Ley 80 de 1993. Tal fundamento, además de desbordar el marco de congruencia, implica violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del art. 7° inc. 2° de la Ley 600 de 2000, que consagra el principio *in dubio pro reo*.

146. La jurisprudencia ha clarificado que la elaboración de estudios de conveniencia y oportunidad, en tanto concreción de los principios de economía y planeación, es un requisito de trámite que ha de *anteceder* al inicio del proceso de contratación o a la firma del contrato. Así mismo, que la naturaleza del convenio y su objeto son elementos que han de ponderarse para determinar si dicho análisis se realizó oportunamente (CSJ SP17159-2016, rad. 46.037 y SP513-2018, rad. 50.530). Sin embargo, desconociendo la duda probatoria reconocida en la sentencia de primera instancia sobre el momento en que se realizó el análisis de conveniencia y oportunidad (fls. 4-5 C.1), puesto que aquél “*no cuenta con fecha de elaboración, la cual no se pudo establecer en todo el transcurso del proceso*”, el juez, en todo caso, asumió en perjuicio de los procesados que el estudio se elaboró al azar o con posterioridad a la celebración del convenio, conclusión inadmisibles que tampoco puede soportar una declaratoria de responsabilidad por contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

147. En segundo orden, también desbordando el núcleo esencial de la imputación, el juzgado y el tribunal soportaron el juicio positivo de adecuación típica en la infracción del principio de transparencia (art. 24-5 lit. c de la Ley 80 de 1993). El primero, bajo el entendido que en el trámite del contrato ni en el texto de éste se definieron con precisión “*las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto contractual*”. El segundo, enfatizando que ni en las actas de reunión ni en el convenio suscrito “*se especificaron las características y precio del predio en el que se iba a llevar a cabo el proyecto de*

vivienda, como tampoco se individualizó por sus linderos y extensión”.

148. Empero, ello tampoco es pertinente para afirmar la inobservancia de requisitos esenciales del trámite del convenio aquí cuestionado, como quiera que, según se indicó en precedencia, el contrato de financiación, en últimas, entraña un mutuo mercantil, no el suministro de bienes, prestación de servicios ni la ejecución de obras por cuenta, en nombre o por encargo de la Gestora Urbana de Ibagué.

149. Como tercera medida, vulnerando una vez más la congruencia, el *a quo* censuró a los procesados por haber celebrado, “*con fundamento en el art. 355 de la Constitución, un contrato de interés público con una entidad privada sin ánimo de lucro, sin verificar la reconocida idoneidad de ésta, pasando por alto el grave estado financiero y la situación de reestructuración económica en la que se encontraba Compromiso Social, cuyos bienes estaban embargados*”. Pero más allá de desbordar los hechos que integran la acusación, el juzgado yerra al considerar el cuestionado convenio como de interés público.

150. Ello es así porque, al tenor del art. 2-1 del Decreto 777 de 1992, que reglamenta el art. 355 de la Constitución, de esa tipología contractual están excluidos, entre otros, los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro cuando sean *conmutativos*, es decir, que impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública (como lo es el pago de intereses en el mutuo con intereses) y que, por lo tanto, podrían celebrarse con personas

jurídicas privadas con ánimo de lucro (como los bancos o entidades financieras de naturaleza comercial).

151. Es más: argumentar que el cuestionado convenio es un contrato de interés público es un contrasentido, que haría decaer *de entrada* la hipótesis delictiva por contrato sin cumplimiento de requisitos legales con fundamento en la infracción *de requisitos previstos en la Ley 80 de 1993*, pues, entre otros aspectos, aquéllos se caracterizan por regirse por normas *de derecho privado*, no por dicho estatuto de contratación estatal, al cual solo ha de acudirse por remisión expresa o residualmente (cfr. CSJ SP712-2017, rad. 48.250).

152. Por último, bajo la óptica de los principios de responsabilidad y selección objetiva (arts. 26-1 y 29 de la Ley 80 de 1993), reformulando la omisión de haber exigido y aprobado garantías de cumplimiento, el tribunal, con extralimitación de este último mandato que, en todo caso, aplica en la fase de ejecución del contrato, reprochó a los acusados el no haberse percatado de los pasivos presentados por Compromiso Social, según el balance general a 31 de marzo de 2005, con lo que, al celebrar el convenio sin pólizas de seguro, se presentaba un riesgo de sustracción del pago de la obligación, como en efecto ocurrió. Además, les recriminó porque, *“pese a que no hubo un ofrecimiento por parte de la Gestora Urbana para la suscripción del convenio, sino que éste se llevó a cabo por solicitud de la fundación Compromiso Social, la entidad contratante debió haber analizado si la celebración de esa negociación le era favorable a ella, a sus fines e intereses, lo cual, como se colige de todo lo expuesto en los párrafos anteriores, no sucedió”*.

153. Sin embargo, al margen de no haberse convocado a juicio a los procesados por haber aplicado un precario o insuficiente análisis de las condiciones de favorabilidad de la negociación para la entidad, por cuanto la acusación se limitó a la ausencia de exigencia y aprobación de garantías de cumplimiento, tal conclusión, para la Sala, también es equivocada, como quiera que, se insiste, el beneficio que habría de reportarle el contrato a la Gestora Urbana, en su faceta de *banco inmobiliario*, era de estirpe económico, derivado del pago de intereses por el préstamo del dinero, no de orden funcional ni prestacional derivado de la realización de la obra, que habría de realizarse *por cuenta propia de la fundación*, en su propio interés como constructor, no en desarrollo de un proyecto propio de la empresa industrial y comercial del Estado.

154. Cuestión distinta es que, por no haber exigido ni verificado las garantías pertinentes, que debieron otorgarse y ser aprobadas una vez celebrado el convenio de financiación, antes de transferir el dinero en mutuo con destino a la fundación, se haya puesto en peligro y -como se desarrollará en el análisis del delito de peculado (num. 5.2.2.3.)-, afectado efectivamente el patrimonio público, en vista de la apropiación de los recursos por la fundación Compromiso Social, aspecto que sí es digno de reproche jurídico penal, pero no a la luz del art. 410 del C.P.

155. Finalmente, no sobra precisar que, si bien en la resolución de acusación el fiscal hizo referencia a los mencionados principios de la contratación estatal, no es

menos cierto que fue una mera enunciación, sin concreción en la existencia de requisitos esenciales de la tramitación o celebración que hubieran sido inobservados por los acusados en el marco del cuestionado proceso contractual. Los juzgadores, como si se tratara de una cláusula de imputación abierta, se extralimitaron y, de las pruebas apreciadas, fijaron deberes *ex post*, cuyo quebranto atribuyeron a los procesados, como fundamento de realización del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

156. De esa forma, no solo se viola el principio de estricta tipicidad, sino que, se reitera, hay quebranto de la congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia, que terminó siendo dictada con adición de hechos no imputados a los procesados en la acusación, algo que, como ha precisado la Corte en asuntos similares al aquí estudiado, es del todo inadmisibile (cfr. CSJ SP1038-2002, rad. 52.768).

5.2.1.3. Conclusión.

157. En consecuencia, habiendo decaído los fundamentos del juicio positivo de adecuación típica por contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sin que siquiera se pueda verificar la tipicidad objetiva de las conductas que fundamentan la condena por ese delito, hay lugar a casar parcialmente la sentencia, únicamente a fin de absolver a los acusados, incluido el no recurrente LIBARDO FUENTES ÁNGEL, por el art. 410 del C.P.

Como pasa a exponerse, los cargos por violación directa e indirecta de la ley sustancial, dirigidos a cuestionar la

condena por *peculado por apropiación*, son manifiestamente infundados.

5.2.2. Improperidad de los reproches por violación directa en relación con el delito de *peculado por apropiación*.

158. Uno de los presupuestos del examen de legalidad propio de la violación directa de la ley sustancial es la intangibilidad de las premisas fácticas de la decisión impugnada. El juicio de derecho sobre los aspectos normativos considerados por el juzgador supone, entonces, que las declaraciones de hechos, así como los procesos de apreciación y valoración probatoria en que se soportan, son inmodificables e incuestionables.

5.2.2.1. Inaplicabilidad del principio *in dubio pro reo*. Ausencia de declaratoria de estado de duda.

159. Bajo esa óptica, es evidente la improperidad de la supuesta falta de aplicación de los arts. 7 inc. 2° y 232 inc. 2° del C.P.P., denunciada por el defensor de JAIRO CARDONA. Como se expuso en el num. 5.1.2. *supra*, es contraevidente la afirmación cifrada en que los juzgadores declararon una duda sobre la modalidad de apropiación de los recursos girados por la Gestora Urbana (\$40'000.000) provenientes del patrimonio público de esa empresa industrial y comercial del Estado), que, tras pasar por un encargo fiduciario con Colpatria, retornaron a dicha fundación privada, que se apropió de ellos, sin reintegrarlos con intereses a su acreedor.

160. Si se declaró probado con certeza que los acusados, teniendo la disponibilidad jurídica del dinero en mención, ejecutaron actos idóneos, escalonados y suficientes para que un tercero se apropiara de ellos, como sucedió, es insostenible pregonar un estado de duda probatoria que active los efectos benéficos del principio *in dubio pro reo*, sin que por ello pueda reclamarse “*absolución*”.

5.2.2.2. Ausencia de dolo en la conducta de peculado por apropiación.

161. La supuesta imposibilidad de adecuar la conducta de peculado por apropiación (art. 397 C.P.), atribuida al acusado ALCÁZAR CARDOZO, en su condición de gerente de la Gestora Urbana, en la tipicidad subjetiva dolosa (art. 22 C.P.), es un aserto que, a simple vista, carece de fundamento. Por una parte, no es cierto que la afirmación de responsabilidad dictada en contra de aquél, como coautor, sea producto de una “*réplica*” de los elementos típicos pertenecientes al art. 410 del C.P.; por otra, es insuficiente reclamar la ausencia de cognición y voluntad sobre los actos ejecutados por aquél, a fin de permitir la ilícita apropiación de los recursos por la fundación Compromiso Social haciendo una mera alusión a la condición de arquitecto del gerente y al ejercicio de su cargo por el término de un año y cuatro meses.

162. En cuanto al primer aspecto, el censor pasa por alto que si bien la ausencia de verificación del otorgamiento de garantías de cumplimiento y de su respectiva aprobación

escapa al ámbito de punición del art. 410 del C.P., por tratarse de requisitos de ejecución del contrato, que tuvieron que cumplirse luego de su celebración, no solo por disposición legal (art. 25-19 de la Ley 80 de 1993), sino en virtud del mismo análisis de conveniencia y oportunidad suscrito por JUAN ANTONIO ALCÁZAR CARDOZO -en cuyo numeral 5° éste advirtió que “durante la ejecución del convenio la entidad corre el riesgo de sufrir menoscabo, de manera que se requieren garantías que amparen su cumplimiento”-, ello no implica que las irregularidades cometidas en la fase de ejecución no puedan conducir a la violación de la ley penal por afectación de otros componentes del correcto funcionamiento de la administración pública, como el patrimonio público.

163. En ese sentido, la supuesta aplicación indebida del art. 22 del C.P. se basa en el desconocimiento de la estructura fáctica fijada en las sentencias de instancia –de carácter intangible e inmodificable-. La afirmación de que el gerente de la entidad sabía que, con su conducta, enmarcada en el trámite, celebración y ejecución del plurimencionado convenio, en el que actuó con repartición de tareas, según el rol y funciones legales de los respectivos cargos, junto a sus asesores financiero-administrativo y jurídico, no descansa sobre la simple afirmación de que no se exigieron ni aprobaron garantías de cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato.

164. No. La censura mutila la estructura fáctica con fundamento en el cual se verificó la tipicidad subjetiva dolosa en una hipótesis de coautoría, por lo que la refutación es del todo insuficiente para desmontar la afirmación del dolo. Como se extracta de los fallos impugnados, la cognición y

voluntad atribuida a los procesados -incluido el señor ALCÁZAR CARDOZO-, en relación con la apropiación indebida del dinero por la fundación Compromiso Social, estriba en varios hechos que, articulados en un solo tejido, evidencian que aquéllos, sabiendo que, por lo general, un préstamo de dinero requiere garantías de pago, algo que ocurre en la práctica mercantil cotidiana, no solo en el ámbito de la contratación pública, y que ello ha de suceder luego de la celebración del contrato, pero antes de que se entregue el dinero, omitieron tomar las precauciones necesarias para evitar que se perdieran los recursos entregados en mutuo.

165. En concreto, tal aserto se soporta en que: i) el propio gerente, con el visto bueno del jefe jurídico LIBARDO FUENTES, documentó en el análisis de conveniencia que la entrega del dinero podía generar riesgo de menoscabo patrimonial, por lo que consignó la necesidad de exigir garantías de cumplimiento; ii) pese a ello, en el texto del convenio, también suscrito por el señor ALCÁZAR CARDOZO, con supervisión de sus asesores financieros y jurídico, no se determinó cuál habría de ser el tipo de garantía de cumplimiento exigible al contratista, previo a la transferencia de los recursos; iii) este último aspecto se omitió en las cláusulas del convenio, firmado el 6 de mayo de 2005, por cuanto *el dinero ya había sido desembolsado* el día 22 de abril de esa anualidad, con destino a la fundación Compromiso Social; iv) se contaba con registro presupuestal sin haber sido perfeccionado el convenio; v) en el acta de reunión con el asesor de la fundación, suscrita por los tres acusados, se consignó que la entrega de recursos habría de

darse previa constitución de una fiducia *donde se pactara la devolución de los recursos*, aspecto último que se omitió, por cuanto en el contrato de encargo fiduciario no se incluyó como beneficiario a la Gestora Urbana, sino al mismo fideicomitente, es decir, Compromiso Social; vi) el móvil del acusado ALCÁZAR CARDOZO para permitir el giro irregular de los recursos fue la *amistad* que tenía con el representante legal de la mencionada fundación y vii) pese a haberse contado con análisis de conveniencia y oportunidad, los procesados hicieron abstracción de los elevados pasivos que tenía Compromiso Social en esa época.

166. Sobre los últimos aspectos, de cara a la acreditación del dolo en las irregularidades presentadas en el marco del proceso contractual, que al margen de no dictarse condena por el art. 410 del C.P. son pertinentes para verificar la tipicidad subjetiva en el delito de peculado por apropiación, que se cometió en ese contexto, el *a quo* expuso:

Uno de los elementos que más evidencia las irregularidades cometidas en el trámite con el que se adelantó el plurimencionado convenio interinstitucional es la imputación presupuestal por valor de \$40.000.000 millones de pesos que hizo la Gestora Urbana de Ibagué, fechada del 22 de abril de 2005, por concepto de cofinanciación del proyecto Ambikaima, con orden de pago N° 000427 a nombre de la cuenta *Fundación Compromiso Social Proyec*, elaborado y proyectado por “JAIRO HDO CARDONA” y firmado por el “Gerente” y “el responsable de la cuenta” – firmas que corresponden al señor JUAN ANTONIO ALCÁZAR CARDOZO y al Jefe Administrativo y Financiero de la Gestora Urbana-, respectivamente; documento que además cuenta con el visto bueno del “Asesor (a) Oficina”.

Junto a ese documento se encuentra la orden de pago No. 00052 también del 22 de abril de 2005, girada a nombre de la Fundación Compromiso Social, por concepto de “*Pago Cofinanciación Proyecto AMBIKAIMA*”, la que al igual que el

anterior tienen el sello de *recibido con pago* de la Red Multibanca COLPATRIA fechado del 20 de mayo de 2005.

Lo anterior demuestra claramente que el dinero que fue acordado para su transferencia mediante el acuerdo celebrado entre las referidas entidades el 6 de mayo de 2005, fue girado desde casi un mes antes a la aprobación del convenio que así lo dispuso, sin que de ello hayan sabido dar explicación los aquí inculpadados en sus indagatorias, lo que evidencia un trámite irregular que se traduce en una inobservancia de los requisitos inherentes a cada etapa contractual.

Sumado a ello, el balance general y estado de resultados allegados por la Fundación Compromiso Social, fechados del 31 de marzo de 2005, daban cuenta del grave estado financiero en que se encontraba dicha empresa, puesto que sus pasivos ascendían a \$1'100.317.235 pesos, lo que contrastaba con su patrimonio que se evaluaba tan solo en \$ 21.617.730.00 pesos, antecedentes que evidentemente constituía un gran riesgo para el convenio que suscribió la Gestora Urbana con dicha entidad, lo cual fue desatendido por los funcionarios públicos que participaron en el trámite y celebración del mismo, a pesar que en el Análisis de Conveniencia y Oportunidad para la Asignación de Recursos que para el efecto aprobó el Gerente de entonces, JUAN ANTONIO ALCÁZAR CARDOZO, se indicó que *“Durante la ejecución del convenio ínter administrativo que se suscribirá la Gestora Urbana con la Fundación Social Ambikaima y la Fiduciaria Colpatria S.A. la entidad corre el riesgo de sufrir menoscabo de manera que se requiere garantías que amparen el cumplimiento del convenio.”*, advertencia que también fue ignorada puesto que en el Convenio celebrado, no se estableció la adquisición de garantías de cumplimiento y tampoco se hicieron exigibles en el momento de su celebración, con lo cual, ***evidentemente se pusieron en riesgo los recursos públicos entregados en calidad de préstamo a la Fundación Compromiso Social, lo que permitió que finalmente esta terminara por apropiárselos.***

[...]

A la par de lo dicho, es palmaria la intención que existía en el Gerente de entonces de la Gestora Urbana en realizar el Convenio Interinstitucional con la Fundación Compromiso Social, representada legalmente por el señor LUIS ARMANDO GONELLA DIAZA (Q.E.P.D.), puesto que, de acuerdo a lo por él indicado, ***tenían una “amistad personal hace bastantes años”*** y porque, mírese que, aun

cuando el balance general y el estado de resultados allegados por la Fundación Compromiso Social fechados del 31 de marzo de 2005 daban cuenta del grave estado financiero en que se encontraba dicha empresa, puesto que sus pasivos ascendían a \$1.100.317.235 pesos, en contraste con un patrimonio de \$ 21.617.730.00 pesos, que dicha empresa se encontraba en proceso de reestructuración económica con sus acreedores y que el lote de terrero en el que se pretendían realizar las obras descritas en el acuerdo de cofinanciación, estaba embargado por el Juzgado 2 Civil del Circuito a favor de UNIVERCOOP, dichas circunstancias no fueron óbice para que la intensión prestamista de GONELLA DIAZA (Q.E.P.D.) hiciera eco en el Banco Inmobiliario Gestora Urbana de Ibagué, a tal punto que, en reiteradas ocasiones se cruzaron correspondencia solicitando y aportando información y documentación, más que para cumplir con los requisitos requeridos para la suscripción del convenio, con el propósito de agilizar el primer desembolso del dinero objeto de la cofinanciación del proyecto de vivienda que dicha Fundación adelantaba en el Barrio Especial del Salado, de lo cual dan cuenta los oficios visto a folios 46 y 48 del cuaderno número 1.

Sumado a lo anterior, existe la cuenta de cobro No.001-05106 que indica que ese Banco Inmobiliario debía a la Fundación Compromiso Social la suma de cuarenta (\$40.000.000.00) millones de pesos *“por concepto de cofinanciación (Sic) según acta de acuerdo firmado”*, - de la cual no se tiene constancia, pues nunca se allegó al expediente-, documento con el cual se solicitó a la Gestora Urbana girar el cheque al encargo fiduciario FIDUCOLPATRIA No. S0500623, suscrito por la Fundación Compromiso Social y con firma de recibido en la parte inferior izquierda por el Jefe Administrativo y Financiero del Banco Inmobiliario de Ibagué el 21 de enero de 2004, fecha para la cual JUAN ANTONIO ALCÁZAR CARDOZO ya se desempeñaba en el cargo de Gerente de la Gestora Urbana. Resáltese que esta data de antes de la fecha de las actas de las reuniones sostenidas entre las partes contractuales a las que arriba se hizo referencia.

167. A su vez, el tribunal también analizó esas situaciones, a fin de mostrar cómo el dolo con el que los procesados cometieron la conducta de permitir la apropiación de los recursos por un tercero se extracta de un cúmulo de irregularidades evidenciadas durante el trámite del contrato y su ejecución anticipada, con entrega de dinero

previamente a su suscripción. En ese sentido, en el fallo de segundo grado se lee:

Adicional a todo lo antes expuesto, se hace necesario mencionar una situación irregular que se evidencia en las pruebas documentales que reposan en el legajo, como es que, el 22 de abril de 2005, la Gestora Urbana de Ibagué realizó la imputación presupuestal número 03067803, por valor de cuarenta millones de pesos (\$40.000.000), a favor de la fundación Compromiso Social, para la cofinanciación del proyecto “AMBIKAIMA”, en el que se indica que ese documento fue elaborado y proyectado por “JAIRO HDO CARDONA”, y en el que aparecen las firmas del “Gerente”, quien, para esa fecha era Juan Antonio Alcázar Cardozo, y del “Responsable De Cuenta” y “Asesor (a) Oficina”⁶⁰, teniéndose que el mencionado Jairo Hernando Cardona Aguirre, en ese momento, fungía como jefe de la oficina administrativa y financiera de la entidad municipal en mención.

Dicha imputación presupuestal se hizo efectiva a través de la orden de pago No. 00052, adiada, también, 22 de abril de 2005, en la que se debita la suma de cuarenta millones de pesos a través de una transacción denominada «FUNDACIÓN COMPROMISO SOCIAL PROYEC PAGO COFINANCIA», figurando en ese documento y en el mencionado en el párrafo anterior, el sello de «RECIBIDO CON PAGO», estampado por la Red Multibanca Colpatria, el 20 de mayo de 2005.

Las situaciones antes descritas son irregulares debido a que el ya tantas veces aludido Convenio Interinstitucional de cooperación para la financiación del proyecto habitacional “AMBIKAIMA”, fue signado el 6 de mayo del 2005 (trece días después de la orden de pago), por el representante legal de la fundación “Compromiso Social” y por el supervisor del contrato adscrito a esa entidad, al igual que por el gerente de la Gestora Urbana, Juan Antonio Alcázar Cardozo, por el jefe administrativo y financiero de ésta, Jairo Hernando Cardona Aguirre, y por el representante de la oficina jurídica de la entidad municipal en mención, Libardo Fuentes Ángel, por lo que se colige que solo hasta la fecha antes mencionada se suscribió esa negociación y, por ende, únicamente, la orden de pago con la que se deba cumplimiento a lo acordado entre todos ellos, y no trece días antes a la fecha previamente referida, como se evidenció en los párrafos anteriores.

De la misma forma [...] con las omisiones señaladas en precedencia, se pusieron en riesgo los derechos y el capital de la Gestora Urbana, pues los acriminados al momento de intervenir en los actos preparatorios y de celebración del contrato no tuvieron en cuenta la información plasmada en el «BALANCE GENERAL A MARZO 31 DE 2.005» de la fundación “Compromiso Social”, esta entidad privada que obraba como receptora de dineros solo tenía un patrimonio de \$21’617.730 y un pasivo total de 1.100’317.235, con lo que se corroboraba que, al celebrar el convenio sin la constitución de las pólizas de seguro que garantizaran el cumplimiento de la obligación, **existía un riesgo inminente de sustracción en el pago de la misma, tal como en efecto ocurrió.**

[...]

En criterio de la sala la circunstancia de que se hubiera ordenado un pago por un contrato que apenas estaba en hipótesis revela el dolo con el que actuaron los servidores públicos aquí involucrados, pues así constaba en el expediente y con tal acto dejaban inerme a la entidad estatal para la recuperación de los dineros que todavía no se habían comprometido mediante contrato.

Toda esta serie de circunstancias no insulares sino concatenadas son las que ponen en evidencia el comportamiento contrario a derecho realizado por los tres acriminados en el trámite del convenio interinstitucional de la referencia, no como producto de su individual incuria o descuido, sino, por supuesto, de su previa concertación orientada a un propósito común, con lo cual actualizaron la descripción típica de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, habida cuenta de que, según se indicara, no solo inobservaron la aplicación de los principios generales de la ley de contratación estatal durante las etapas precontractual y contractual del mismo, sino que, con su perfeccionamiento, trataron mancomunadamente de darle visos de legalidad al desembolso de los cuarenta millones de pesos que se había hecho con trece días de antelación a nombre de la fundación “Compromiso Social”.

[...]

Esta sala de decisión considera que era totalmente previsible que la fundación “Compromiso Social” se sustrajera de realizar el pago de la acreencia adquirida por ellos y se apoderara de los cuarenta millones que le fueron prestados por la Gestora Urbana, no solo por el hecho de no suscribir las pólizas de garantías que por ley le eran exigibles para la celebración del convenio interinstitucional

sino porque, como se estableció párrafos atrás, dicha fundación tenía un pasivo que superaba los mil millones de pesos, situación que, como fue puesta de presente en el “ANÁLISIS DE CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD PARA LA ASIGNACIÓN DE RECURSOS PARA EL DESARROLLO DE LAS OBRAS DE URBANISMO DE PROYECTOS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL EN EL PERÍMETRO URBANO DEL MUNICIPIO DE IBAGUÉ”, signado por Juan Antonio Alcázar Cardozo y por Libardo Fuentes, «...la entidad corre el riesgo de sufrir menoscabo de manera que se requiere garantías que amparen el cumplimiento del convenio.» 66, pero, pese a todas esas circunstancias, los aquí procesados decidieron perfeccionar el citado convenio interinstitucional, del cual, se insiste, se derivó la conducta punible de peculado en favor de terceros a la que se alude en el presente acápite.

Ahora, aunque los procesados Jairo Hernando Cardona Aguirre, como responsable financiero de la operación, y Libardo Fuentes Ángel, en condición de asesor jurídico y revisor del cumplimiento de los requisitos legales de la contratación, no tenían la facultad de administrar y disponer directamente de los bienes de la Gestora Urbana, la participación de ellos en la materialización de la conducta punible antes mencionada, además de haber sido esencial, fue dolosa, toda vez que, pese a que eran conocedores de todas las falencias y vicisitudes que se presentaban al momento de la celebración del ya tantas veces mencionado convenio interinstitucional decidieron estampar sus respectivas firmas en el documento que signaban, por lo que refulge evidente que estos tenían codominio del hecho; ya que, si no hubiesen autorizado con su firma ese documento, dicha negociación no hubiese nacido a la vida jurídica y, por ende, no se hubiese podido realizar el desembolso del dinero a la fundación “Compromiso Social”, con el que se causó detrimento a las arcas del Estado y, más específicamente, al capital de la Gestora Urbana de Ibagué.

Como consecuencia de lo anterior, se concluye que la conducta antes mencionada, en la que incurrieron los tres procesados en el presente caso, los convierte en coautores del delito de peculado por apropiación por el que se les formuló acusación.

168. Bien puede concluirse, entonces, que el reproche por aplicación indebida del art. 397 del C.P., en conjunción con el art. 22 *idem*, es manifiestamente infundado, debido a que no identifica ni refuta las premisas de hecho que,

efectivamente, fueron tenidas en cuenta por los juzgadores de instancia para declarar que los acusados actuaron con dolo al cometer el delito de peculado por apropiación.

5.2.2.3. Indebida adecuación de la conducta en el ingrediente normativo “apropiar”.

169. A su vez, el reclamo por aplicación indebida del art. 397 del C.P. por “ausencia de apropiación” de los recursos girados en préstamo por la Gestora Urbana a Compromiso Social, fundada en supuesta falta de aplicación de los arts. 1226 a 1244 del C.Co. y del art. 146 del Estatuto Orgánico del sistema financiero, ha de desecharse.

170. En el desarrollo del reproche salta a la vista que el censor, artificiosamente, propone un estudio normativo del todo impertinente, en el que *camufla* una alteración de la base fáctica construida en las decisiones impugnadas, con referencia a la cual se aplicó el juicio de adecuación típica en el delito de peculado por apropiación.

171. En síntesis, para el demandante, si los recursos *habrían de retornar a la empresa industrial y comercial del Estado*, luego de cumplidos los términos del encargo fiduciario suscrito con Colpatria, mal podría sostenerse que la fundación Compromiso Social podía apropiarse del dinero. Toda la exposición doctrinal sobre el objeto del contrato de fiducia mercantil es correcta, pero no lo es el señalamiento de indebida interpretación de la legislación comercial por los falladores de instancia, como quiera que la censura altera los términos en que, *en el presente caso*, se pactó el encargo

fiduciario entre la fundación Compromiso Social y la Fiduciaria Colpatria S.A. (cfr. fls. 16-17 C.1).

172. Al apreciar los términos de dicho contrato, *el a quo* destacó que, habiendo sido suscrito por dichas personas jurídicas de derecho privado “*para la administración del dinero que entregarían los inversionistas del proyecto Ambikaima*”, sale a la luz un aspecto que tergiversa el censor. Y es que, revisados los términos del encargo fiduciario, en ninguna de sus cláusulas se pactó alguna devolución a la Gestora Urbana de Ibagué, sino que “*el fiduciario (Colpatria), dejará los recursos entregados por los inversionistas (de los que hacen parte los \$40'000.000 girados por la Gestora Urbana) a disposición del **fideicomitente***”, es decir, a Compromiso Social, fundación a la cual, finalmente, fueron a parar los recursos transferidos por la empresa industrial y comercial del Estado.

173. Es falso que los juzgadores no hubieran “*otorgado el alcance jurídico que tiene la figura*” de la fiducia mercantil, sino que, en el asunto bajo examen, los acusados dieron lugar al giro de los recursos sin haber firmado el convenio de financiación y sin exigir ni aprobar una garantía *que asegurara* que no se perdiera el dinero entregado en mutuo. Ello sólo lo habrían precavido y así impedido la apropiación ilícita de los \$40'000.000 en favor de la mencionada fundación, si hubieran exigido la inclusión de la Gestora Urbana de Ibagué como parte *beneficiaria* de los recursos entregados en encargo fiduciario, como lo señalaba el art. 17 del Decreto 679 de 1994, norma vigente y aplicable al asunto en la fecha de comisión de los hechos. Empero, en lugar de

ello, simplemente giraron los recursos en curso de las tratativas del negocio, sin siquiera perfeccionar el convenio.

5.3. Improperidad de los cargos por violación indirecta de la ley sustancial.

5.3.1. Errores de hecho por falso juicio de existencia.

174. En primer lugar, en cuanto al informe 1480 del 25 de junio de 2007 (acta de visita al sitio de las obras del proyecto Ambikaima), si bien se constata que los juzgadores de instancia omitieron su apreciación, para la Sala, tal ausencia de observación del mencionado documento es intrascendente.

175. Si, como lo sostiene el censor, la trascendencia del yerro estriba en desmontar de la estructura probatoria el enunciado consistente en que “*los recursos no se invirtieron en la ejecución de la obra*”, para declarar probado lo contrario, ello en nada impacta la declaratoria de responsabilidad por el delito de peculado por apropiación, consumado por la apropiación configurada en el ingreso de los recursos al patrimonio de la fundación, sin posibilidad de reclamar coactivamente su retorno, al margen del uso que se le hubieran dado.

176. Si el juicio de reproche recae en la afectación efectiva del patrimonio público, derivado de la apropiación ilícita de recursos de la Gestora Urbana producto del giro de \$40'000.000 a su favor, sin que se hubiera perfeccionado el

contrato de financiación, contentivo de los términos del mutuo con interés, así como en ausencia de garantías de cumplimiento de la obligación de restitución, es indiferente que las obras de construcción, por completo a cargo de la fundación Compromiso Social, en desarrollo de su propio proyecto de vivienda de interés social, se hubieran adelantado o no.

177. El delito se consumó al efectuarse el desembolso en las ya conocidas condiciones, que *ab initio* impedirían su recuperación por falta de garantías y dada la precaria situación económica de la mencionada fundación, cuyos representantes fueron renuentes a pagar el préstamo.

178. Como segunda medida, es infundada la omisión de apreciación del pagaré N° 400-0102 *a favor* del banco Colpatria (fl. 38 C.1), suscrito en blanco por LUIS ARMANDO GONELLA DAZA, en calidad de representante legal de la Fundación Compromiso Social, que garantizaba el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de encargo fiduciario. En la página 49 de la sentencia de primera instancia se advierte que el juez sí observó dicho documento. Cuestión distinta es que no lo valoró con el alcance pretendido por el censor, el cual, en todo caso, es desatinado, pues no se trató de una garantía cambiaria ofrecida *a favor de la Gestora Urbana*, en tanto mecanismo idóneo para lograr la recuperación de la suma entregada en mutuo, sino que el beneficiario era Colpatria, en virtud del contrato de encargo fiduciario pactado con Compromiso Social, del cual, se resalta, se excluyó a la Gestora Urbana de Ibagué.

179. Tampoco es cierta la falta de apreciación del oficio el CDV-CAVIS-UT 508 del 9 de diciembre de 2004, suscrito por el administrador de vivienda de la Caja de Compensación Familiar del Tolima, y del balance general a 31 de marzo de 2005 de Compromiso Social, “*en el que queda claro que su patrimonio era positivo y ascendía a \$21.617.730*”. Tales documentos fueron considerados por los juzgadores de instancia, pero se les aplicó un escrutinio que el demandante no refuta en manera alguna. Antes bien, aquél suprime del último documento los pasivos de la fundación por \$1'100.317.235, mientras que la certificación sobre la postulación de nueve personas beneficiadas para la obtención de subsidio de vivienda para el proyecto Ambikaima nada tiene que ver con el consabido juicio de reproche aplicado a los acusados como coautores de peculado por apropiación.

5.3.2. Falso raciocinio.

180. El principio de confianza es un instrumento *normativo* integrado a la teoría de la imputación objetiva (art. 9 inc. 1° C.P.), que opera dogmáticamente como un *límite* de la norma de conducta, según el cual no es posible atribuirle el resultado típico a una persona si ésta ha obrado convencida de que otras -de quienes se espera una actuación fundada en el principio de autorresponsabilidad o autodeterminación frente al cumplimiento de las normas- no han incurrido en riesgos jurídicamente desaprobados, a menos que hayan tenido motivos suficientes para dudar o suponer lo contrario (cfr. CSJ SP 28 sep. 2006, rad. 24031 y SP3754-2022, rad. 61.464).

181. En tanto principio, dicho criterio opera como un mandato, es decir, en el mundo del *deber ser*, en tanto referente para aplicar juicios normativos de *atribuibilidad* jurídica de resultados. Por su parte, las *reglas de la experiencia* surgen del plano del *ser*, esto es, del ordinario devenir de los acontecimientos de la vida en sociedad. Aquéllas se extraen de la realidad y se formulan a modo de operador lógico con pretensión de universalidad, así: siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B.

182. De suerte que, en estricto sentido, al sostener el censor que el señor ALCÁZAR CARDOZO ha de “*eximirse*” de la imputación jurídica del resultado típico, concretado en la apropiación de los recursos públicos cuya custodia se le encomendó en razón de su cargo (gerente) y función (representante legal y ordenador del gasto), por cuanto, *normativamente*, podía confiar en la actividad lícita de sus asesores y subalternos, se rompe la unidad lógica del reproche por violación indirecta de la ley sustancial. No puede demostrarse un error de hecho por falso raciocinio mediante razones que apuntan a la inobservancia de criterios normativos.

183. Mas al haberse admitido la censura, la Corte dará una respuesta al planteamiento *de fondo*, cifrado en la supuesta atipicidad objetiva de la conducta por imposibilidad de imputarle a JUAN ANTONIO ALCÁZAR el resultado constitutivo de peculado por apropiación.

184. Como consecuencia práctica, de acuerdo con el principio de confianza, quien se comporta *adecuadamente* no

tiene que prever que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro¹⁶, pues por su propia definición *«no viola el deber de cuidado la acción del que confía en que el otro se comportará correctamente, mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario»*¹⁷.

185. Ahora bien, la Corte (cfr., entre otras, CSJ SP3754-2022, rad. 61.464) ha precisado que el principio de confianza está sujeto a limitaciones:

En primer lugar, ***no es procedente su aplicación cuando la persona posee un especial deber de vigilancia o cualquier otra función de control dentro del ámbito de sus competencias***, pues en tales eventos no es posible afirmar que la conducta del actor ha quedado supeditada a la intervención de los demás¹⁸.

En segundo lugar, no es posible acogerse al principio de confianza cuando, dentro de sus propios deberes de observación, de acuerdo a las circunstancias objetivas que lo rodean, pueda el individuo inferir que los otros no se comportan conforme a lo esperado: *«cuando una persona conozca o deba conocer (elemento de imputación personal) una situación en la que ya no le es posible confiar –existen motivos objetivos concretos o evidencias de que otra persona no quiere respetar las normas o carece de capacidad para ello– ya será posible imputar el hecho típico a esa persona a título de dolo o imprudencia en función de sus niveles de conocimiento sobre la situación»*¹⁹.

Así, tratándose de delitos dolosos en régimen de actividades compartidas o en equipo de trabajo, le serán atribuibles objetivamente las acciones activas o pasivas a aquel que ***teniendo el deber de evitar el resultado o de vigilar la***

¹⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmática*, en: Derecho Penal y Criminología, Vol. 21, N° 69, Madrid, 2000, p. 46.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 532 y s.

¹⁸ Entre otras, CSJ SP 9 feb. 2005, rad. 21547; CSJ SP 28 sep. 2006, rad. 24031.

¹⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, op. cit., p. 75. En ese sentido, SP CSJ SP 28 sep. 2006, rad. 24031.

conducta de quienes colaboran en la ejecución de las labores a él encomendadas, permita que, ya sea mediante contribuciones esenciales o secundarias para la producción del resultado, vulneren el bien jurídico llamado a proteger²⁰.

[...]

Trasladando los referidos contenido y límites del principio de confianza a las actividades desarrolladas en estructuras propias de la administración pública, la Corte ha precisado que **«si un servidor público tiene el deber de administrar, vigilar o custodiar determinado bien (y, por lo tanto, de evitar la apropiación indebida por parte de terceros), no es posible predicar la aplicación del principio de confianza para excluir la realización del tipo objetivo de peculado por apropiación, ni siquiera en aquellos eventos en los que, en efecto, haya mediado la intervención dolosa de otras personas para la consecución del resultado»²¹.**

186. A la luz de dichos criterios, salta a la vista que la reclamada exclusión de la imputación objetiva en virtud del principio de confianza, en relación con el gerente ALCÁZAR CARDOZO, es manifiestamente infundada. Primero, porque se declaró probado, sin que el censor lo refute adecuada ni suficientemente, que i) se comportó inadecuadamente y ii) al quebrantar sus deberes de vigilar la conducta de sus subalternos y evitar el resultado lesivo del patrimonio público, contribuyó a la afectación de éste.

187. En esencia, de la estructura probatoria construida en las instancias se extraen dos situaciones que, debidamente articuladas, acreditan el irregular y doloso actuar del arquitecto JUAN ANTONIO ALCÁZAR, constitutivo de su infracción del deber de vigilancia y custodia del patrimonio de la Gestora Urbana. Por una parte, fue él mismo quien, al suscribir el análisis de conveniencia y oportunidad,

²⁰ CSJ SP, 12 ago. 2009, rad. 32053.

²¹ CSJ SP, 12 ago. 2009, rad. 32053.

estableció que la negociación podía causar perjuicios a la entidad, por lo que era necesaria la exigencia de garantías de cumplimiento; por otra, pese comprender tal circunstancia, para lo que no se necesitan conocimientos jurídicos, suscribió el cuestionado convenio, en cuyas cláusulas no se establecieron las garantías a exigir al contratista como condición de desembolso del dinero.

188. Más allá de que, para la firma del convenio, ya se hubiera efectuado el registro presupuestal y transferido los \$40'000.000, acciones ejecutadas por el jefe financiero, el comportamiento exigible al gerente ALCÁZAR CARDOZO, en acatamiento del mencionado deber de vigilancia y control, era, como mínimo, reclamar que en el convenio se fijarían las garantías exigibles al contratista y los condicionamientos de aprobación, algo que omitió. Ello es razón suficiente para descartar la aplicación del principio de confianza en su caso.

189. Es más: acorde con lo probado, no fue ese solo episodio el que muestra su contribución a la producción del resultado, sino que la hipótesis delictiva validada en las instancias es que, motivado por la amistad que tenía con el representante legal de Compromiso Social, avaló las irregularidades atribuibles a los jefes jurídicos y financiero, en el marco de un dolo común de girar los recursos a esa fundación, pese a la precaria situación económica de ésta, que hacía previsible que no los restituyera, tanto más cuanto lo hicieron en el marco de las tratativas, sin firmarse el contrato y sin haberse obtenido las garantías de cumplimiento pertinentes.

190. No es cierto, entonces, que los juzgadores hubieran omitido “*considerar*” los documentos concernientes a las actuaciones de los jefes jurídico y financiero antes del giro de los recursos, como lo propone el censor al exponer una valoración probatoria al margen de la estructura probatoria construida en las instancias. El supuesto curso que, para el demandante, siguió el trámite contractual, es producto de su personal lectura de las pruebas, que en todo caso queda sin piso al corroborarse que la suscripción del convenio por el señor ALCÁZAR CARDOZO fue inconsecuente *con su propia advertencia* sobre la necesidad de verificar el otorgamiento de garantías en los estudios previos, lo cual, articulado con la irregular transferencia de los dineros a la fundación representada por un amigo del gerente, ratifica la existencia de un actuar conjunto y escalonado para permitir la apropiación ilícita de los \$40'000.000.

5.3.3. Conclusión.

191. En relación con la declaratoria de responsabilidad por peculado por apropiación, en consecuencia, no prosperan los cargos por violación directa e indirecta (subsidiario) de la ley sustancial, por lo que, en relación con ese delito, no se casará la sentencia impugnada.

5.4. Determinaciones accesorias.

192. Producto del decaimiento de la declaratoria de responsabilidad penal por *contrato sin cumplimiento de*

requisitos legales, es menester el reajuste de la sanción penal.

193. Respecto del delito de peculado por apropiación, el tribunal impuso las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en el mínimo legal (6 años). Empero, tras advertir que los procesados reintegraron el monto apropiado de forma parcial²², pues, según lo establecido en la Resolución 129 de 30 de junio de 2006 de la Gestora Urbana de Ibagué, mediante la cual se liquidó unilateralmente el convenio, el valor total de lo adeudado por la fundación Compromiso Social asciende a \$52'402.410, aplicó el descuento punitivo (de 1/4) contemplado en el art. 401 inc. 3° del C.P. para sancionar, respectivamente, en 56 meses y 4 días, más multa de \$40.873.880.

194. Enseguida, aplicó los incrementos de rigor por efecto del concurso con contrato sin cumplimiento de requisitos legales, de los cuales se hará abstracción, por cuanto los acusados serán absueltos por ese delito.

195. En principio, las penas habrían de mantenerse en dichos montos (56 meses 4 días y \$40.873.880), mas la Sala detecta errores de cálculo cometidos por el tribunal, que deben ser corregidos. Si la pena de prisión -y la accesoria- a imponer es la mínima de 6 años (72 meses), de los cuales ha de restarse una cuarta parte (18 meses) en virtud del reintegro

²² Fl. 229, archivo “#2 CUADERNO ORIGINAL 2”. Certificación expedida por la Gestora Urbana de Ibagué adiaada 2 de febrero de 2011, en la que hace constar que JAIRO HERNANDO CARDONA AGUIRRE pagó la suma de \$46'134.302, por concepto de reintegro de los dineros transferidos a la fundación Compromiso Social.

parcial, el monto final corresponde a **54 meses** (4.5 años). Además, si el total de lo apropiado se determinó en \$52'402.410, el descuento punitivo aplicable a la pena de multa en esa proporción equivale a \$13'100.602, por lo que esta pena queda en **\$39'301.807**.

196. En esos términos, no hay lugar a modificar la negativa de la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión, dado que se incumple el requisito objetivo previsto en el art. 63-1 original del C.P., pues la sanción impuesta supera los tres años. Además, tampoco es procedente aplicar por favorabilidad el art. 29 de la Ley 1709 de 2014, como quiera que el num. 2 prohíbe el beneficio, por remisión al art. 68 A del C.P., cuando se sentencie por delitos dolosos contra la administración pública.

197. Tampoco ha de modificarse la negativa de la prisión domiciliaria, dado que, al tenor del art. 38 original del C.P., aquélla procede cuando se condene por un delito cuya pena mínima prevista en la ley no supere los 5 años de prisión, monto que excede el mínimo de prisión previsto en el art. 397 inc. 1° del C.P. (6 años). Este último término, cabe precisar, no se ve alterado por el fenómeno pos delictual aplicado con anterioridad (art. 401 inc. 3° *idem*). De otro lado, por vía del art. 68 A del C.P., es igualmente improcedente el subrogado a la luz del art. 38B, incorporado mediante el art. 23 de la Ley 1709 de 2014.

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: CASAR *parcialmente* la sentencia impugnada, en el sentido de absolver a los acusados por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Segundo: NO CASAR la decisión por los reclamos de nulidad y violación directa e indirecta de la ley sustancial, dirigidos contra la declaratoria de responsabilidad por el delito de peculado por apropiación.

Tercero: reajustar la sanción penal aplicable a los acusados, como coautores de ***peculado por apropiación***. En consecuencia, LIBARDO FUENTES ÁNGEL, JUAN ANTONIO ALCÁZAR CARDOZO y JAIRO HERNANDO CARDONA AGUIRRE quedan condenados a las penas de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por **54 meses**, así como a la de multa en cuantía de **\$39'301.807**.

Cuarto: advertir que contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.


FABIO OSPITIA GARZÓN
Presidente



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



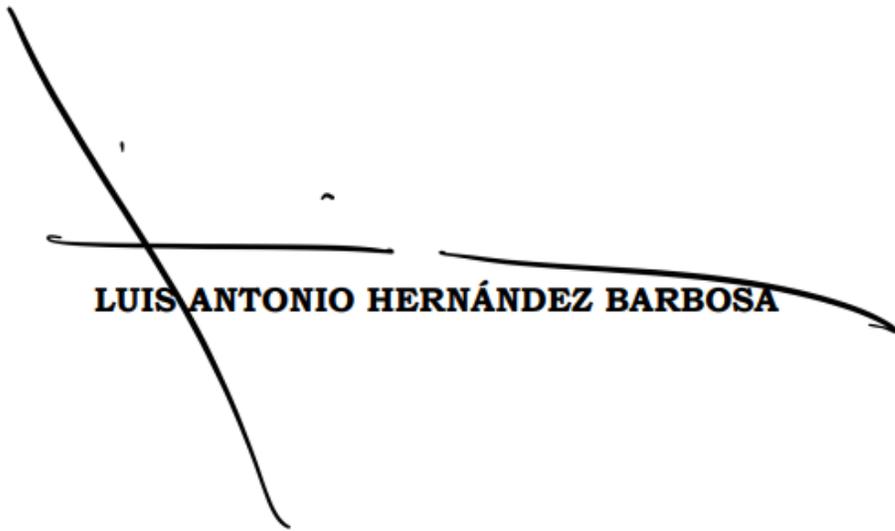
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

SAC Casación



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria