



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

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA**

**BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA**  
**Magistrada Ponente**

**SEP 133-2023**

**Radicación interna No. 49262**  
**CUI 11001020400020160208200**  
**Aprobado Acta No. 114**

Bogotá D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia a proferir sentencia en el proceso penal seguido en contra de **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** y **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE**, otrora gobernadores del Departamento de la Guajira, acusados por la Fiscalía General de la Nación por los posibles delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y *peculado por apropiación*, respectivamente.

## 1. SITUACIÓN FÁCTICA

En el decurso del plan de *alianzas estratégicas* para la adquisición de vivienda, implementado por el Fondo Nacional del Ahorro mediante Resolución No. 0115 de 11 de mayo de 2000, el entonces Gobernador de la Guajira ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, tramitó y celebró con la *Constructora Limos Ltda.*, representada por Mónica Rosales de Mendoza, el «*Convenio de Cooperación*» de noviembre (*sin fijación de día exacto*), de 2000 sin garantizar la selección, evaluación y aprobación económica, administrativa, financiera, jurídica y técnica del proyecto y de la constructora.

El objeto del citado negocio jurídico consistió en la construcción de 150 viviendas de interés social que conformarían la segunda etapa de la urbanización *Villa Sharín*, ubicada en el municipio de Riohacha, en la vía a Valledupar, entre las calles 43 y 44 A y carreras 7<sup>a</sup> y 8<sup>a</sup>. El ente territorial como oferente del proyecto, era el encargado de recibir el dinero proveniente de las cesantías de los afiliados y créditos otorgados por el Fondo Nacional del Ahorro -en adelante FNA-, en una cuenta única de destinación específica, y cancelarlo a la constructora dentro de los cinco (5) días siguientes mediante cheque con sello restrictivo de pago al primer beneficiario.

Los desembolsos habrían de cristalizarse en tres

instalamentos equivalentes al 35%, 35% y 30%, respectivamente, previo a la verificación de un porcentaje de avance de obra física ajustada al 10% para el primer desembolso, 50% para el segundo y la entrega a satisfacción de las viviendas para cancelar el tercer rubro.

Por su parte, HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE autorizó, entre los meses de febrero de 2001 y mayo de 2002, el pago de \$1.326.353.559 a la *Constructora Limos*, cuantía correspondiente al primer y segundo instalamento, tras verificar, a través del interventor, el avance de obra en un 31,1% y 53,1%, respectivamente y lo hizo mediante cheques con sello restrictivo de pago al primer beneficiario, sin embargo, la *Constructora Limos* consignó el último título valor, por cuantía de \$263.668.000, en una cuenta bancaria distinta a la establecida para tal fin.

El 24 de octubre de 2002 fue suspendida la ejecución de la segunda etapa de *Villa Sharín* debido al vencimiento de la licencia de construcción, cuya renovación fue denegada por el municipio de Riohacha al advertirse la imposibilidad de conectar las viviendas a las redes de alcantarillado de la ciudad.

## **2. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROCESADOS**

**i)** ÁLVARO CUELLO BLANCHAR se identifica con la cédula de ciudadanía No. 10.088.491 de Pereira. Nació en

San Juan del Cesar (Guajira) el 16 de diciembre de 1956, hijo de Andrés Joaquín y Rosario, sostiene una unión marital de hecho con Cindy Arias Escobar y es padre de 4 hijos.

Es profesional en sociología, especialista y magister en Desarrollo Regional de la Universidad de los Andes. Se desempeñó como Gobernador del Departamento de la Guajira para el periodo constitucional 1998–2000, posesionándose el 2 de enero de 1998<sup>1</sup>.

**ii)** HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE se identifica con la cédula de ciudadanía No. 19.164.386 de Bogotá. Nació en Riohacha (Guajira) el 30 de enero de 1950, hijo de Alfredo y Remedios, casado con Denis Zuleta Curvelo, padre de 5 hijos.

Es profesional en derecho, especialista en Derecho Administrativo. Fue elegido Gobernador del mismo Departamento para el periodo constitucional 2001-2003, posesionándose el 29 de diciembre de 2000 y fungiendo en ese cargo hasta el 4 de julio de 2003<sup>2</sup>.

### **3. ANTECEDENTES PROCESALES**

#### **3.1 Etapa de investigación**

Mediante resolución de 20 de febrero de 2012<sup>3</sup>, la

---

<sup>1</sup> Folio 99, cuaderno de Fiscalía No. 3.

<sup>2</sup> Folio 100, *idem*.

<sup>3</sup> Folios 14 ss., cuaderno de Fiscalía No. 7.

Fiscalía Séptima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia abrió investigación previa en contra del exgobernador ÁLVARO CUELLO BLANCHAR por las presuntas irregularidades acaecidas en la celebración del «*Convenio de Cooperación*» de noviembre de 2000, tras la remisión de copias ordenada el 19 de mayo de 2010 dentro del radicado 1860 que, en forma primigenia, se adelantaba en contra de Mónica Rosales, representante de la *Constructora Limos*, por el punible de *estafa agravada*.

Así, el 10 de marzo de 2015 el ente instructor dispuso la apertura de investigación, entre otros<sup>4</sup>, en contra de ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE,<sup>5</sup> y los vinculó mediante indagatoria recepcionadas los días 12<sup>6</sup> y 14 de mayo de 2015<sup>7</sup>, para luego, el 9 de diciembre siguiente<sup>8</sup>, resolverles la situación jurídica al no imponerles medida de aseguramiento.

El 2 de mayo de 2016 se emitió resolución de cierre de investigación<sup>9</sup>, decisión que se mantuvo incólume tras resolver el recurso de reposición interpuesto<sup>10</sup>, y el 9 de septiembre fue proferida resolución de acusación en contra de CUELLO BLANCHAR como probable *coautor* del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, del artículo

---

<sup>4</sup> También fueron vinculados los gobernadores Jorge Eliécer Ballesteros Bernier y José Luis González Crespo, pero al calificar el mérito sumarial se precluyó la investigación en su favor. Folios 1 ss., cuaderno de Fiscalía No. 11.

<sup>5</sup> Folio 45, cuaderno de Fiscalía No. 8.

<sup>6</sup> Folio 186, *idem*.

<sup>7</sup> Folio 192, *ibidem*.

<sup>8</sup> Folio 255, *idem*.

<sup>9</sup> Folios 65 ss., cuaderno de Fiscalía No. 10.

<sup>10</sup> Folios 126 ss., *ibidem*

146 del Estatuto Penal de 1980, con la circunstancia genérica de agravación prevista en el numeral 11 del artículo 66 del mismo ordenamiento, por la época de los hechos. También acusó a DELUQUE FREYLE como presunto *coautor* del punible de *peculado por apropiación* en favor de terceros agravado, previsto en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, bajo la circunstancia de mayor punibilidad señalada en el numeral 9° del artículo 58 de esa normatividad<sup>11</sup>; decisión impugnada por la defensa técnica de ambos sindicados, que permaneció indemne al resolverse el recurso de reposición el 7 de octubre siguiente<sup>12</sup>.

El 20 de octubre de 2016, CUELLO BLANCHAR solicitó la nulidad de las resoluciones de 9 de septiembre y 7 de octubre<sup>13</sup>, al tiempo que DELUQUE FREYLE interpuso recurso de reposición contra la segunda decisión<sup>14</sup>. Aunado a ello, el 3 de noviembre de la misma anualidad la defensa de ÁLVARO CUELLO presentó escrito por medio del cual solicitó decretar la prescripción de la acción penal<sup>15</sup>.

El 15 de noviembre de 2016 arribaron las diligencias a la Sala de Casación Penal para su conocimiento<sup>16</sup>, pero una vez verificada la actuación, con proveído de 21 de noviembre siguiente, se dispuso su devolución a la Fiscalía General de la Nación a efectos de que resolvieran tales pedimentos<sup>17</sup>, por

---

<sup>11</sup> Folios 1 ss., cuaderno de Fiscalía No. 11.

<sup>12</sup> Folio 283, ídem

<sup>13</sup> Folios 61 ss., cuaderno de Fiscalía No. 12.

<sup>14</sup> Folios 68 ss., ibidem.

<sup>15</sup> Folios 74 ss., ídem

<sup>16</sup> Folio 1, cuaderno Sala de Primera Instancia No. 1.

<sup>17</sup> Folio 13, ídem.

ello el 28 de noviembre de 2016, el ente instructor dispuso no atender, por improcedente, el recurso de reposición interpuesto por HERNANDO DELUQUE, así como las solicitudes de nulidad y de prescripción de la acción penal formuladas por ÁLVARO CUELLO y devolvió las diligencias a la Sala de Casación Penal para lo de su competencia<sup>18</sup>.

### **3.2. Resolución de acusación**

La Fiscalía estimó satisfechos los requisitos para convocar a juicio a CUELLO BLANCHAR y DELUQUE FREYLE, por la probable comisión de los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y *peculado por apropiación en favor de terceros*, respectivamente.

**i)** Al primero, le reprochó haber celebrado, en noviembre de 2000, el «*Convenio de Cooperación*» con la empresa *Limos Ltda.*, para la ejecución del proyecto de vivienda de interés social denominado *Villa Sharín II etapa*, porque no se trató de un convenio, pues su objeto distó de ser una alianza sin ánimo de lucro, correspondiendo a un contrato estatal que debió ajustarse al Estatuto General de la Contratación Pública.

De acuerdo con las cláusulas del citado convenio, el ente territorial como oferente del proyecto era el responsable de adelantar la selección, evaluación y aprobación económica, administrativa, financiera, jurídica y técnica de

---

<sup>18</sup> Folio 112, cuaderno de Fiscalía No. 12.

los proyectos de vivienda ofrecidos a los afiliados del FNA, de los constructores encargados de ejecutarlos y del desarrollo de las obras hasta su culminación y entrega.

Que incluso el Departamento recibía por parte de la constructora, como contraprestación por la administración del proyecto, la suma de \$36.000.000, recursos que serían pagados en un porcentaje del 50% cuando el FNA efectuara el desembolso del primer instalamento y el restante con el pago del segundo, pagos que se derivaban de los dineros de la cuenta única de destinación específica creada para manejar los recursos girados por el Fondo, la cual debía ser administrada por el ente territorial, que tenía la obligación de transferir recursos exclusivamente a nombre del constructor.

Para la Fiscalía, CUELLO BALNCHAR incumplió los principios de transparencia y selección objetiva consagrados en los artículos 24 y 29 de la Ley 80 de 1993, al desatender su deber de escoger el proyecto y el constructor que resultara más favorable para la ejecución del nominado convenio, pues no se llevó a cabo convocatoria pública en aras de invitar a posibles interesados en participar, así como tampoco existió pliego de condiciones o términos de referencia, especificaciones técnicas, análisis de conveniencia y criterios de selección de la mejor propuesta, requisitos esenciales que debieron acatarse en el trámite y celebración del negocio jurídico.



Y que la escogencia del proyecto de vivienda *Villa Sharin II* y la celebración del contrato con la *Constructora Limos* devino en discrecional, caprichoso y aventurado, al pasar por alto la idoneidad y experiencia que debía cumplir la firma contratista tras surtir un proceso de selección objetiva.

También le atribuyó no observar el principio de planeación, pues como Gobernador y oferente de *Villa Sharin II* debía verificar el cumplimiento de los requisitos que viabilizaban el proyecto desde la oferta hasta su culminación, y optó por suscribir el convenio pasando por alto que el sector escogido para su ejecución carecía de redes de alcantarillado, al punto que el 24 de octubre de 2002 fue suspendida la obra por falta de actualización de la licencia de construcción y dificultad para acceder al servicio público de alcantarillado, situación que, por contera, trastocó la entrega oportuna de las viviendas.

Indicó que esa forma de actuar del procesado causó una problemática hidrosanitaria con impacto en la continuidad de las obras durante más de siete años, habida cuenta que presentó el proyecto de vivienda ante el FNA con una certificación de disponibilidad de servicios públicos meramente formal; obviando la notoria falencia de infraestructura y capacidad de operación de la empresa de acueducto y alcantarillado de Riohacha, al no contar con las redes de alcantarillado en el área de ejecución del proyecto, máxime que la primera etapa de la urbanización también tuvo inconvenientes con el servicio de alcantarillado.

Y que incluso en la visita realizada el 14 de junio de 2003 por parte de funcionarios del FNA se constataron las fallas técnicas en el proyecto consistentes en la imposibilidad de conectarlo a la red de alcantarillado y dificultad para confrontar los diseños por su deficiente elaboración, panorama que, a la postre, impulsó la suscripción del Convenio de Apoyo Financiero No. 059 de 2009 con el propósito de sacar adelante la terminación y entrega de las viviendas.

**ii)** A DELUQUE FREYLE, le enrostró el delito de *peculado por apropiación* en favor de terceros por los pagos realizados, entre febrero de 2001 y mayo de 2002, a la *Constructora Limos Ltda.*, ya que tenía la función de administrar y custodiar el dinero de los particulares que adquirieran las soluciones de vivienda ofertadas por la entidad pública.

Subrayó que, aunque los caudales no ostentaban naturaleza pública, en tanto no pertenecían al erario ni requerían de la expedición de certificación para disponer presupuestalmente de ellos, el punible se configura también cuando el servidor público, en razón de sus funciones, conserva la custodia y administración de bienes particulares permitiendo la apropiación de estos en favor propio o de un tercero.

Concomitantemente, puso de relieve la imposibilidad de

establecer la naturaleza de las inversiones realizadas por la constructora con los recursos cancelados y si aquellos verdaderamente guardaron relación con el objeto del convenio.

Y que aun cuando las comunas 5 y 6, donde se previó la construcción de *Villa Sharín II*, carecían de infraestructura para conectar las viviendas a las redes de alcantarillado, DELUQUE FREYLE desembolsó los instalamentos sin que la constructora cumpliera con el objeto contractual.

Que transgredió el artículo 14 de la Resolución 0115 de 2000, pues girado el dinero del primer instalamento, el oferente tenía la obligación de vigilar la inversión y ejecución del proyecto para viabilizar el segundo pago, que exigía la verificación del avance de la obra en el 50%, por demás, autorizó el pago de \$263.668.000 en la No. 682-013335-0 del Banco Popular, la cual discrepaba de la creada por la constructora para los fines del convenio.

Finalmente, censuró la inadecuada administración del proyecto ejercida por el acusado produciendo que en el año 2009 la gobernación comprometiera \$1.500.000.000 para financiar el 64% de los costos requeridos para finalizar *Villa Sharín II*, sin que hubiera sido posible establecer si el dinero pagado a la *Constructora Limos Ltda.* durante los años 2001 y 2002, por valor de \$1.326.353.559, fue verdaderamente invertido en la obra.

### 3.3 Etapa de juicio

El 15 de noviembre de 2016<sup>19</sup>, el proceso fue remitido a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde se surtió el traslado previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, pero ante la implementación del Acto Legislativo 01 de 2018 que creó las Salas de Instrucción y Juzgamiento al interior de la Corporación, se dispuso la remisión del diligenciamiento a esta Sala Especial el 19 de julio de esa anualidad<sup>20</sup>.

Avocado el conocimiento de la causa, la Sala mediante providencia de 19 de marzo de 2019<sup>21</sup> publicitada en audiencia preparatoria, negó las nulidades solicitadas por los defensores y por ÁLVARO CUELLO, al tiempo que se pronunció acerca de las pretensiones probatorias, decisión contra la cual los defensores interpusieron recurso de reposición<sup>22</sup> y subsidiariamente el de apelación. Esta Sala mantuvo incólume la decisión en auto AEP00049-2019 de 8 de abril de 2019, en tanto que la Sala de Casación Penal negó la alzada el 9 de septiembre de 2020<sup>23</sup>.

El 16 de septiembre de 2019 se instaló la audiencia pública de juzgamiento, en la cual se llevó a cabo el interrogatorio de los acusados y se practicaron algunas

---

<sup>19</sup> Folio 3, cuaderno Sala de Primera Instancia No. 1.

<sup>20</sup> Folios 119 ss., ídem.

<sup>21</sup> Folios 108 ss., *ibidem*.

<sup>22</sup> Folios 234 ss., cuaderno Sala de Primera Instancia No. 1.

<sup>23</sup> Folios 53 ss., cuaderno segunda instancia Sala de Casación Penal No. 1.

pruebas, pero previo a finalizar esa sesión, el defensor de DELUQUE FREYLE propuso objeción al dictamen pericial No. 4882722 de 26 de abril de 2019 y a su informe complementario<sup>24</sup>, por lo cual la Sala, tras verificar que éste cumplía los presupuestos de ley, accedió a iniciar el trámite incidental,<sup>25</sup>.

De otra parte, con ocasión de la Emergencia Sanitaria declarada en el territorio nacional a raíz de la pandemia del *covid-19*, y ante las disposiciones administrativas emanadas del Consejo Superior de la Judicatura, esta Sala mediante Acuerdo N°. 04 de 16 de marzo de 2020 dispuso suspender los términos de los procesos sin preso, medida que prorrogó, hasta que, a través del Acuerdo N°. 11 de 1° de julio de la anualidad en cita, levantó tal suspensión. También con ocasión de la renuncia del Magistrado Ramiro Marín, el despacho estuvo acéfalo desde el 11 de enero de 2020 al 26 de noviembre del mismo año.

El 22 de noviembre de 2021<sup>26</sup>, el Magistrado Ariel Augusto Torres Rojas manifestó su impedimento para integrar la Sala de Juzgamiento con fundamento en la causal prevista en el numeral 1° del artículo 99 de la Ley 600 de 2000, el cual fue aceptado el 30 de noviembre siguiente<sup>27</sup>.

Culminada la etapa probatoria en la sesión de

---

<sup>24</sup> Folios 1 ss., cuaderno de objeciones a dictamen pericial No. 1.

<sup>25</sup> Folios 14, *ídem*.

<sup>26</sup> Folios 114 ss., cuaderno Sala de Primera Instancia No 3.

<sup>27</sup> Folios 123 ss., *ídem*.

audiencia pública del 10 de febrero de 2022, se dio paso a las alegaciones conclusivas de los sujetos procesales<sup>28</sup>.

### **3.3.1. Interrogatorio de los enjuiciados**

#### **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR**

Manifestó que el programa de *alianzas estratégicas* fue concebido por el FNA a finales de los años noventa y estaba reglamentado a través de resoluciones expedidas por la entidad, entre ellas, la No. 0115 de 2000 que reguló lo concerniente al proyecto *Villa Sharín*. Que dichas alianzas tenían como fin viabilizar el accionar de diversos actores como las Cajas de Compensación Familiar, fondos de vivienda departamentales o municipales, gobernaciones y alcaldías, en aras de atender la problemática de vivienda mediante proyectos de interés social en coalición con el FNA.

Refirió que los constructores privados podían hacer parte de las alianzas estratégicas, siempre y cuando estuviesen avalados por el FNA, acreditando capacidad financiera y experiencia en el sector de la construcción. Sin embargo, como los programas eran financiados con las cesantías y ahorros de los afiliados, la ley restringía la posibilidad de que el Fondo contratara directamente una empresa privada, razón por la cual, en este caso, medió la gobernación en calidad de oferente.

---

<sup>28</sup> Folios 65 ss., cuaderno Sala de Primera Instancia No. 4.

Aclaró que inicialmente la responsabilidad del proyecto estuvo en cabeza del Instituto Departamental de Vivienda - IDEVI-, cuya junta directiva estaba presidida por el gobernador, por ello con base en de la Resolución No. 0115 del 2000 del FNA, el IDEVI gestionó la convocatoria y las licencias para el desarrollo de la urbanización *Villa Sharín*, logrando la aprobación de 220 soluciones de vivienda, de las cuales, 150 pertenecían a la segunda etapa. No obstante, ese instituto fue liquidado en un proceso de reestructuración dirigido por el Ministerio de Hacienda y el ente territorial.

Indicó que como gobernador únicamente suscribió dos oficios remitidos al FNA para culminar el proceso iniciado por el IDEVI, informando que el proyecto había sido asignado a la *Constructora Limos Ltda.* ante lo cual, el Fondo adelantó la revisión de los requisitos, aprobando la segunda convocatoria de *Villa Sharín* por 150 viviendas.

Hizo alusión a que la constructora en cita fue la misma que actuó juntamente con la empresa *Grimar* en la ejecución de la primera etapa del programa de vivienda, pero como ésta última se retiró del proyecto, *Limos* dio continuidad a la urbanización, teniendo en cuenta la experiencia que tenía en programas de interés social en los departamentos del Magdalena, Córdoba y Atlántico.

Agregó que el IDEVI cumplió con el deber de difundir el procedimiento a través del cual se financiaban las viviendas, llamamiento al que concurrió *Grimar* y, posteriormente,

*Limos* en la segunda etapa al presentar la oferta del proyecto acreditando la titularidad de los lotes donde habría de ejecutarse la obra, siendo la única propuesta, por ende, la gobernación se limitó a verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el FNA en la Resolución No. 0115 de 2000.

Finalmente, hizo énfasis en que no intervino en la expedición del certificado de disponibilidad del servicio público de alcantarillado, al punto que desconocía la inexistencia de redes para ello en el área que estaba prevista la construcción de *Villa Sharín*.

### **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE**

Explicó que su función se contrajo a recepcionar los dineros provenientes del FNA y administrarlos en una cuenta “*punte*”, ya que el ente territorial transfería a la *Constructora Limos* los recursos desembolsados por el Fondo con base en las cuentas que esta presentaba, previo visto bueno del interventor, quien era el encargado de verificar la correcta ejecución de la obra.

Que si bien los gobernadores tenían la facultad de ordenar el gasto, se encontraban limitados para intervenir directamente en los pagos y autorizar el giro de recursos; de ahí que en el caso de *Villa Sharín* los desembolsos se realizaron con base en las actas del interventor en línea con lo dispuesto en el convenio y la Resolución No. 0115 de 2000.



Reconoció que el 22 de mayo de 2002 giró un cheque, con restricción de pago al primer beneficiario, en cuantía de \$263.668.000, en favor de la *Constructora Limos*. Asimismo, confirmó haber realizado el desembolso del segundo instalamento en marzo de 2002, precedentemente a la suspensión de la obra que tuvo lugar en el mes de octubre siguiente.

Precisó que el Ministerio de Desarrollo y la Jefatura de Agua Potable y Saneamiento de la época estaban adelantando un proyecto con miras a implementar el Plan Maestro de Alcantarillado, objetivo que resultaba ambicioso ya que el municipio de Riohacha tenía un atraso significativo respecto a la cobertura de ese servicio público, por eso, en la urbanización *Villa Sharín* fue necesario realizar vaciamientos periódicos del “*manhole*”<sup>29</sup> a efectos de mitigar el rebosamiento de aguas residuales.

Y que durante su administración no fue posible renovar la licencia de construcción de la urbanización *Villa Sharín*, habida cuenta que su expedición estaba sujeta a que se pudieran conectar las viviendas al sistema de alcantarillado de la ciudad.

### **3.3.2. Alegaciones del Fiscal**

**i)** Solicitó condenar a CUELLO BLANCHAR por el delito objeto de acusación al haber demostrado que en su

---

<sup>29</sup> Según la Asociación de Academias de la Lengua Española, americanismo que corresponde a boca de alcantarilla o desagüe. <https://www.asale.org/>

condición de Gobernador del Departamento de la Guajira y oferente del proyecto *Villa Sharín II etapa*, vulneró flagrantemente los principios de la contratación estatal de transparencia, selección objetiva y planeación, pues el denominado «*Convenio de Cooperación*» reunía los presupuestos de un contrato estatal, en el cual la gobernación pactó con un comerciante la ejecución de un proyecto de vivienda financiado con dineros provenientes de las cesantías y créditos hipotecarios concedidos a los afiliados del FNA, desestimando el procesado la necesidad de examinar diferentes alternativas que le permitieran escoger la propuesta más conveniente, ni hacer la evaluación económica, administrativa, financiera, jurídica y técnica del proyecto.

Que tampoco el enjuiciado acató el principio de planeación al establecerse que el programa de vivienda *Villa Sharín II* resultaba técnicamente inviable, pues si bien se satisfizo formalmente el requisito consistente en la certificación de disponibilidad de servicios públicos, lo cierto es que el predio carecía de alcantarillado, pues para el año 1997, cuando fueron gestionados los diseños y licencias del proyecto, no estaba contemplado el Plan Maestro de Alcantarillado en ese sector de la ciudad, situación por la cual, la autoridad de servicios públicos de Riohacha advirtió el riesgo de suspensión de la licencia de construcción en tanto no fuera solventada esa problemática, incidente que efectivamente ocurrió el 24 de octubre de 2002, panorama que perduró hasta el año 2009 cuando la gobernación y la

*Constructora Limos* suscribieron el Acuerdo 01 de esa anualidad, en el cual el ente territorial comprometió la suma de \$1.100.001.005 con el fin de ejecutar las obras de urbanismo necesarias para la ampliación de la red de acueducto y alcantarillado sanitario, desde la calle 43 hasta la 45, entre las carreras 7C y 7H del barrio *Villa Sharín*.

**ii)** Deprecó condenar a DELUQUE FREYLE al comprobar los pagos realizados durante su administración en beneficio de la constructora, pese a los traspies que atravesó la ejecución de *Villa Sharín II* por el incorrecto funcionamiento de servicios públicos.

Reprochó que el ente territorial hubiera transferido a la empresa contratista, ante los retrasos e incumplimientos de ésta, mediando desproporción entre la ejecución de la obra y la cantidad de recursos que le fueron cancelados.

En línea con lo anterior, aseguró que de los extractos bancarios de las cuentas de destinación específica y la utilizada por la constructora refulge una diferencia de \$268.368.000, de cotejar el valor girado por el ente territorial y el que ingresó en los fondos del contratista; sin que, por demás, se haya probado la cantidad invertida por *Limos* con relación al objeto del convenio de noviembre de 2000. Y que adicionalmente se encuentra establecido el desvío de \$263.668.000 girados en cheque por la gobernación hacia la cuenta No. 682-013335-0 del Banco Popular, misma que difería del producto bancario destinado para que el oferente

realizara los pagos a la constructora.

Destacó la naturaleza privada de los recursos que financiaron el proyecto al derivar del patrimonio de los afiliados del FNA, lo que no desdibuja el delito patrimonial, ya que el Gobernador tenía la custodia y administración de tales dineros los cuales debía administrar apropiadamente<sup>30</sup>.

### **3.3.3. Alegaciones del Ministerio Público**

*i)* Pidió condenar a CUELLO BLANCHAR en cuanto se probó que en calidad de Gobernador de la Guajira, celebró un «*Convenio de Cooperación*» con una persona jurídica con ánimo lucrativo, obviando que el artículo 355 superior, en el cual se escudó el procesado, sólo permite ese tipo de contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro.

Aseguró que el enjuiciado vulneró el principio de planeación al no corroborar que el proyecto de vivienda estuviese acorde con el Plan de Ordenamiento Territorial, en tanto fuera desarrollado en un área con acceso a servicios públicos domiciliarios, máxime que desde la construcción de la primera etapa era conocida la falencia en el alcantarillado.

Y que también transgredió los principios de transparencia y selección objetiva, pues se limitó a verificar la experiencia del contratista por su participación en la

---

<sup>30</sup> Folio 66, cuaderno Sala de Primera Instancia No. 4.

primera fase de *Villa Sharín*, y que el lote estuviera ubicado en el mismo lugar donde se había ejecutado la primera etapa, pasando por alto que, al tratarse de un nuevo contrato, le era exigible adelantar el proceso bajo los lineamientos de la Ley 80 de 1993.

Que el acusado omitió el deber de verificar el cumplimiento de los requisitos esenciales del contrato, pues no avizó la ausencia de criterios que le permitieran seleccionar la mejor propuesta de cara a la política que estaba impulsando la entidad.

**ii)** Solicitó también declarar penalmente responsable a DELUQUE FREYLE por el delito de *peculado por apropiación en favor de terceros*, atendiendo las consignaciones realizadas a la *Constructora Limos* por valor de \$1.326.353.559, pese a las circunstancias adversas que atravesaba la ejecución de la obra.

Así, resaltó la indebida consignación del cheque girado a la constructora en cuantía de \$263.688.000, en la cuenta No. 682-013335-0 del Banco Popular y que desigualaba el número de producto bancario convenido con ese propósito.

Agregó que, ante tales irregularidades, el departamento debió en el año 2009 financiar el 64% del proyecto, sin que se esclareciera si los recursos abonados durante la administración de DELUQUE FREYLE fueron invertidos en la urbanización.

En cuanto a la punibilidad, pidió a la Sala partir del mínimo del primer cuarto de la pena señalada en cada uno de los delitos atribuidos a los enjuiciados, toda vez que la circunstancia de mayor punibilidad endilgada por la Fiscalía, relativa a la posición distinguida de los procesados, fue sustentada con base en la investidura como gobernadores, lo que comportaría una violación al principio “*non bis in ídem*”<sup>31</sup>.

#### **3.3.4. Alegaciones de la parte civil**

La apoderada del FNA exhibió como pretensión el esclarecimiento de los hechos y la materialización de la justicia al estimar que la entidad fue utilizada como instrumento para perpetrar comportamientos irregulares que afectaron su reputación, credibilidad y el patrimonio de sus afiliados<sup>32</sup>.

#### **3.3.5. Alegatos del defensor de ÁLVARO CUELLO BLANCHAR**

Solicitó absolver a su asistido al no haberse demostrado la ocurrencia de la conducta punible atribuida por la Fiscalía y su responsabilidad, pues el proyecto *Villa Sharín* fue competencia del Instituto Departamental de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana -IDEVI-, entidad que contaba con autonomía administrativa y financiera hasta 1999, cuando fue liquidado. Desde entonces, la Gobernación

---

<sup>31</sup> Folio 183, cuaderno Sala de Primera Instancia No. 4.

<sup>32</sup> Alegatos de conclusión. Medio magnético, récord 1:22:23 ss.

de La Guajira asumió los compromisos de ese instituto, entre ellos, culminar la tramitación del citado programa vivienda.

Que así, *Villa Sharín* fue proyectada por el IDEVI atendiendo los lineamientos de las *alianzas estratégicas*, cuyo procedimiento fue adoptado por el FNA a través de la Resolución No. 0115 de 2000. Por ello, cuando el gobierno departamental intervino, el proyecto se encontraba en etapa de ejecución, de manera que, lo concerniente a los estudios de suelo y componentes urbanísticos, arquitectónicos, hidrosanitarios, eléctricos y ambientales habían sido gestionados previamente por el Instituto.

Sostuvo que los estudios previos elaborados por el IDEVI permitieron obtener las licencias requeridas para presentar el proyecto ante los afiliados del Fondo y, una vez aprobados los créditos por esa entidad, se suscribió el Convenio de 12 de agosto de 1999 con la *Corporación Grimal*, cuyo objeto se contrajo a la construcción de la primera etapa de *Villa Sharín*, y ya en el año 2000, el FNA abrió la segunda convocatoria para la urbanización que denominó *Villa Sharín II etapa*, en la cual concurrieron como aliados la gobernación y la *Constructora Limos Ltda.*, a quien la *Corporación Grimar* había cedido sus derechos; dando paso así al «*Convenio de Cooperación*» de noviembre de 2000.

Explicó que, debido a la exigencia normativa y operativa del Fondo, el proyecto estuvo conformado por dos fases de financiamiento, de manera que, si en la primera

convocatoria los interesados hubiesen acreditado los requisitos para acceder a las 220 viviendas que conformaban la urbanización, esta se habría realizado en una sola etapa. De ahí que las licencias y certificaciones expedidas al margen del proyecto hacían alusión a “*Villa Sharín*”, sin discriminar entre primera y segunda etapa.

Que contrario a lo señalado por la Fiscalía, el actuar de su asistido se limitó a la presentación de *Villa Sharín II* ante el FNA, sin que ello significara un nuevo proyecto, pues se pretendía garantizar la continuidad de la urbanización de modo que la segunda etapa quedara amparada por las licencias que habían viabilizado la construcción de la primera fase.

Señaló que el Departamento Administrativo de Planeación Municipal de Riohacha, el 22 de junio de 1999 expidió la licencia de urbanismo, la cual daba cuenta que el área autorizada para la construcción de *Villa Sharín II* contaba con los servicios públicos requeridos. En ese sentido, insistió en que tal certificación acreditaba la potencialidad que tenía el perímetro para conectarse a estos mientras estuviera vigente la licencia, mas no de su disponibilidad inmediata.

A su vez, demeritó la transgresión del principio de planeación al existir soporte probatorio que el Plan Maestro de Alcantarillado contemplaba todo el perímetro urbano de la ciudad de Riohacha y, para el año 2000 estaba siendo



ejecutado con recursos proporcionados por el Ministerio de Desarrollo Económico, FINDETER, el Departamento de la Guajira y la Alcaldía municipal, siendo los inconvenientes en su ejecución hechos sobrevinientes, entre ellos, la privatización de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado y la resistencia de comunidades Wayuu frente a construcción de la laguna de oxidación requerida para tal fin, problemática hidrosanitaria visibilizada en los años 2002 y 2003 cuando ya CUELLO BLANCHAR había culminado su periodo como gobernador.

En relación con la inobservancia de los principios de transparencia y selección objetiva, insistió en que los criterios de escogencia de los proyectos y sus constructores se encontraban establecidos en la Resolución 0115 de 2000, quedando imposibilitado para dar aplicación estricta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Trajo a colación el artículo 3° de la resolución citada, del cual se desprende que los programas de vivienda debían allegarse al presidente del comité del FNA cumpliendo con los requisitos de indicar, entre otros, la entidad oferente, nombre del proyecto, nombre del constructor, ciudad; aspectos que por su especificidad disuadían la necesidad de llevar a cabo un trámite licitatorio a la luz de la Ley 80 de 1993.

Añadió que, cuando la Resolución 0115 de 2000 contempló como obligación del oferente evaluar económica, administrativa, financiera, jurídica y técnicamente el proyecto y el constructor, no implicaba que tal ponderación debía realizarse conforme los presupuestos de una licitación pública.

Por demás, señaló que el documento firmado entre la Gobernación de La Guajira y la *Constructora Limos Ltda.* constituía un «*Convenio de cooperación*» regulado por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 209 de la Constitución Política, en nada comprometía recursos de naturaleza pública y, por ende, no era exigible tramitarlo bajo la Ley 80 de 1993<sup>33</sup>.

### **3.3.6. Alegatos del defensor de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE**

Pidió absolver a su asistido al estimar que la conducta deviene atípica, para ello trajo a colación el informe No. 932766 de 30 de abril de 2013, del cual emerge que el convenio no tuvo la connotación de «*contrato administrativo*», al encontrarse excluido de las tipologías previstas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y porque con él no se afectaron recursos públicos, de ahí que no era dable aplicar los principios de la contratación administrativa, pues los recursos girados por el FNA eran de carácter privado al provenir de las cesantías de sus afiliados y de los créditos

---

<sup>33</sup> Folio 166, cuaderno Sala de Primera Instancia No. 4.

directos otorgados a aquellos, estando la participación de la gobernación ceñida a los presupuestos de la Resolución No. 0115 de 2000, obrando como garante del manejo de los fondos del proyecto, los cuales eran desembolsados por la tesorería tras acreditar los requisitos estipulados en el convenio.

Que por ello, los pagos autorizados en favor de la constructora obedecieron a las obligaciones pactadas en el negocio jurídico, las cuales situaban al ente territorial como “puente” entre el FNA y el contratista para cancelar las acreencias derivadas del proyecto, de manera que suspender los desembolsos sin causa legítima encarnaba el incumplimiento del acto celebrado.

Bajo la misma línea, aclaró que el ente territorial carecía de autonomía para autorizar los desembolsos cuestionados, ya que requería del visto bueno del FNA y del interventor para concretar el giro de recursos en favor de la constructora.

Puso de relieve que, en mayo de 2002, cuando se cristalizó el último desembolso, la obra había alcanzado un avance superior al 50%, motivo por el cual se dio aplicación al artículo 14 de la Resolución 0115 de 2000, siendo obligación pagar al constructor el primer y segundo instalamento, tras verificarse el progreso del 10% y 50% del proyecto, respectivamente.

Asimismo, recordó que la ejecución de la obra fue suspendida el 24 de octubre de 2002 ante la negativa de renovar la licencia de construcción por imposibilidad de conectar las viviendas a las redes de alcantarillado, fecha a partir de la cual DELUQUE FREYLE interrumpió los pagos en favor de la constructora.

Y que el desembolso por valor de \$236.668.000 hizo parte del segundo instalamento, depositado por la empresa contratista en una cuenta diversa a la establecida para recibir los pagos, pero de la cual también era titular, tal y como fue revalidado en el informe No. 536564 de 29 de junio de 2010.

Con este matiz reprochó el monto del presunto peculado, que de acuerdo con la atribución de la Fiscalía correspondió a la totalidad de los abonos realizados al contratista, pues ello desconoce abiertamente los recursos invertidos que permitieron un avance del proyecto entre el 50% y 53,1%, y que incluso las obras fueron terminadas y entregadas sin costos adicionales para los afiliados del FNA, de ahí que no pueda concluirse que hubo apropiación de caudales económicos en beneficio de la *Constructora Limos*.

Finalmente, cuestionó el pliego acusatorio en punto a la incertidumbre probatoria frente al destino de los recursos girados durante la administración de DELUQUE, pues la Fiscalía no fue capaz de establecer si fueron invertidos en la

obra o se desviaron para otros propósitos<sup>34</sup>.

## 4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 4.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018 y el artículo 235, numeral 5° de la Constitución Política, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y emitir sentencia contra gobernadores, y aunque ÁLVARO CUELLO BLANCHAR y HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE no ostentan en la actualidad tal calidad, el fuero que los ampara se mantiene en tanto las conductas objeto de acusación guardan relación con el cargo que desempeñaron como mandatarios del Departamento de la Guajira.

La calidad foral de CUELLO BLANCHAR se encuentra establecida a través de la certificación allegada por la Secretaría General del Departamento de la Guajira<sup>35</sup> y el acta de posesión de 2 de enero de 1998<sup>36</sup>, en virtud de las cuales se acredita su condición de Gobernador electo del Departamento de la Guajira durante el periodo constitucional 1998-2000.

A su vez, el fuero de DELUQUE FREYLE está demostrado con la certificación emitida por la directora

---

<sup>34</sup> Folio 283, cuaderno Sala de Primera Instancia No. 4.

<sup>35</sup> Folio 285, cuaderno de Fiscalía No. 1.

<sup>36</sup> Folio 99, cuaderno de Fiscalía No. 3.

Administrativa de Talento Humano Departamental de la Guajira<sup>37</sup>, en la cual se indica que fue elegido Gobernador de ese Departamento, tomando posesión del cargo el 29 de diciembre de 2000 y desempeñándose en este hasta el 4 de julio de 2003<sup>38</sup>.

#### **4.2. De los requisitos para condenar**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal de 2000, que rige en el presente asunto, para proferir sentencia condenatoria se requiere que la prueba legal, regular, oportuna y válidamente recaudada en el proceso conduzca a la certeza sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, debiendo para ello dar cumplimiento a las previsiones del artículo 238 ibidem al valorar de manera conjunta y concatenada los medios de convicción arribados al plenario, tanto de cargo como de descargo, confrontándolos y comparándolos entre sí, de cara a dar cumplimiento a los postulados que integran la sana crítica – principios lógicos, leyes de la ciencia y reglas de experiencia – sin desconocer que opera el principio de libertad probatoria, consagrado en el artículo 237 del mismo ordenamiento.

Para la declaración de responsabilidad penal debe acreditarse la tipicidad objetiva y subjetiva, esto es, que concurren los elementos configuradores de la descripción

---

<sup>37</sup> Folio 7, cuaderno Anexos Fiscalía No. 9.

<sup>38</sup> Folio 100, cuaderno de Fiscalía No. 3.

normativa de la conducta prohibida para cumplir con la adecuación del comportamiento y si es predicable del sujeto alguna de las formas conductuales: dolo, culpa o preterintención. Tratándose de conductas dolosas, como las que son objeto de estudio, será menester determinar la convergencia de las aristas de *conocimiento* de los hechos típicos y *voluntad* en su realización.

#### **4.3. Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales**

Por aplicación del principio de legalidad, se partirá de la descripción típica consagrada en el artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980<sup>39</sup>, modificado por los artículos 1° del Decreto 141 de 1980, 57 de la Ley 80 de 1993 y 32 de la Ley 190 de 1995, vigente para la época de los hechos<sup>40</sup>, que lo define en los siguientes términos:

*«El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años».*

Asimismo, se advierte que en el presente caso no resulta aplicable el incremento punitivo previsto en el

---

<sup>39</sup> El párrafo del artículo 18 de la Ley 190 de 1995 sustituyó la expresión «empleado oficial», prevista en la redacción del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* consagrado en el Decreto Ley 100 de 1980, por el término «servidor público».

<sup>40</sup> La ley 599 de 2000 fue promulgada el 24 de julio de 2000 y, en su artículo 476, establece que su vigencia comenzaría un año después de su publicación.

artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pues tal normativa, que estuvo asociada inicialmente al trámite de la Ley 906 de 2004, solo rige para las conductas perpetradas a partir del 1° de enero de 2005, según la gradualidad ante la implementación de tal sistema en los diferentes Distritos Judiciales del país, conforme lo dispuesto en el artículo 530 de tal normatividad, en tanto los hechos juzgados ocurrieron en noviembre del año 2000.

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

Para la estructuración del referido ilícito se exige, primeramente, ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato y, en segundo lugar, llevar a cabo la conducta desvalorada sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales<sup>41</sup>.

Es un injusto de simple actividad o mera conducta<sup>42</sup> que se configura cuando el sujeto calificado tramita, celebra o liquida el contrato sin observancia de los requisitos legales,

---

<sup>41</sup> CSJ SP, 9 feb. 2005, rad. 21547 y CSJ SP, 23 mar. 2006, rad. 21780.

<sup>42</sup> CSJ SP, 18 ene. 2017, rad. 47100 y SP, 7 dic. 2011, rad. 37941.



sin que se exija la constatación de un resultado separable de los propios comportamientos antes referidos, en otras palabras, se consuma con la mera realización de las conductas allí descritas<sup>43</sup>.

Aunque es un delito de mera actividad, ello no es óbice para prescindir del análisis de criterios normativos como la imputación objetiva, en aras de determinar si el sujeto creó con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado, si este se materializa en el resultado lesivo para el bien jurídico y si ello se encuentra dentro del fin de protección de la norma.

En lo que atañe al *propósito de obtener provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero*, la Sala de Casación Penal ha precisado que ese elemento se derivaba del simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal aplicables a la selección administrativa, comoquiera que el objeto de protección del tipo penal es el principio de legalidad en la contratación estatal<sup>44</sup>, sin que la supresión de tal apartado en la descripción típica del artículo 410 del Código Penal de 2000 constituya alguna modificación de entidad.

De otro lado, es un tipo penal en blanco, razón por la que se debe acudir a legislación extra penal para

---

<sup>43</sup> Cuestión distinta sería determinar el desvalor de resultado (de lesión o de peligro para el bien jurídico) que exige el referido tipo penal.

<sup>44</sup> CSJ, 5 ago. 2015, rad. 46201. Que reitera lo dicho en CSJ, 28 nov. 2007, rad. 26857. Ver también: CSJ, 17 jun. 2004, rad. 18608; CSJ, 9 feb. 2005, rad. 21547; CSJ, 18 dic. 2006, rad. 19392; CSJ, 6 may. 2009, rad. 25495.

complementar su supuesto fáctico. En concreto, debe acudirse a aquellas disposiciones consagradas en el Estatuto General de la Contratación Pública, esto es, la Ley 80 de 1993, las demás prerrogativas que la desarrollan o, de ser el caso, a las consagradas en regímenes especiales de contratación estatal, con el fin de establecer el alcance del elemento normativo *requisitos legales esenciales*.

Lo anterior, comoquiera que las actividades contractuales públicas, como parte del armazón estatal, han de estar signadas por los principios fundantes de la función administrativa, de ahí que no solo deben estar al servicio de los intereses generales, sino que, en virtud de lo normado en el artículo 209 superior, deben ajustarse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, todo ello encaminado a cumplir los fines del Estado de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales.

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

fiscal por parte de los servidores públicos y los particulares que en ella intervienen<sup>45</sup>.

Tocante a las distintas etapas de la contratación que abarca el correspondiente tipo penal, la misma Sala ha puesto de relieve que el comportamiento puede estar ligado a la tramitación, celebración o liquidación, más no a la ejecución, en armonía con el principio de estricta tipicidad<sup>46</sup>.

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

i) *Principio de transparencia*<sup>47</sup>, garantiza otros principios, entre los que se encuentran la imparcialidad, igualdad, moralidad y selección objetiva en la contratación. De allí que la escogencia del contratista, por regla general, deba realizarse mediante licitación pública o concurso, exceptuando aquellos eventos para los cuales existe una modalidad específica regulada en la legislación. Sobre el asunto, el Consejo de Estado ha sostenido que la selección del contratista se debe fundar sobre las siguientes bases:

---

<sup>45</sup> Cfr. CSJ SP, 13 jun. 2018, rad. 45228.

<sup>46</sup> CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 48250.

<sup>47</sup> Consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

«i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración»<sup>48</sup>.

Tal principio abarca el mandato de *selección objetiva*, entendido como la elección de la oferta más favorable para la entidad, teniendo en cuenta criterios de interés general e ignorando motivos subjetivos<sup>49</sup>. Es por esto que, deberá ser elegido como contratista aquél que obtenga la calificación más alta en los diferentes factores señalados en el pliego de condiciones o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa.

ii) *Principio de economía*<sup>50</sup>, exige tener documentados los estudios o análisis de conveniencia y oportunidad, los cuales acrediten la necesidad de celebrar el contrato y las posibilidades de que se pueda llevar a cabo<sup>51</sup>. Ello en busca de asegurar la eficiencia de la administración en la actividad contractual, para que los procedimientos se surtan de forma ágil y sencilla, en orden a maximizar los resultados y minimizar los costos para la administración<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 29 ago. 2007, rad. 15324.

<sup>49</sup> CSJ SP, 26 may. 2010, rad. 30933.

<sup>50</sup> Consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

<sup>51</sup> CSJ SP, 23 nov. 2016, rad. 46037.

<sup>52</sup> CSJ SEP, 29 abr. 2021, rad. 45013.

Este mandato está estrechamente ligado con el *principio de planeación*<sup>53</sup>, el cual tiene como finalidad que el proyecto esté antecedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos necesarios para establecer su viabilidad y así lograr determinar la conveniencia del objeto a contratar<sup>54</sup>. Lo anterior, impide la improvisación y, por ende, evita la producción del daño o perjuicio a la misma administración y/o a la sociedad<sup>55</sup>.

En lo que respecta al principio de planeación, el Consejo de Estado ha sostenido que, antes de dar inicio al proceso de selección, es imprescindible que la entidad estatal realice un estudio serio y completo en el que establezca lo siguiente:

*«i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; vi) la existencia y disponibilidad, en el*

<sup>53</sup> Consagrado en los artículos 25 y 26 de la Ley 80 de 1993.

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 may. 2012, rad. 21489.

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 10 ago. 2015, rad. 2260.

*mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar»<sup>56</sup>.*

*iii) Principio de responsabilidad<sup>57</sup>, insta a los servidores públicos a dirigir su actividad hacia el cabal cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución del objeto acordado y actuar como garantes de los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, debiendo responder por sus acciones y omisiones<sup>58</sup>.*

Tratándose del elemento subjetivo, la conducta resulta eminentemente dolosa, por lo tanto, la actualización del tipo requiere las aristas de *conocimiento* de los hechos típicos y *voluntad* en su realización. En tal medida, es necesario que medie el conocimiento o conciencia de los elementos descriptivos y normativos del tipo penal que se refieren a la exterioridad de la conducta, así como el volitivo, entendido como el querer realizarlos, de ahí que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.

---

<sup>56</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 13 nov 2013, rad. 23829.

<sup>57</sup> Consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

<sup>58</sup> CSJ SEP, 29 abr. 2021, rad. 45013.

#### **4.3.1. Del caso en estudio**

##### **i) ÁLVARO CUELLO BLANCHAR**

La Sala anticipa que emitirá sentencia de carácter condenatorio en disfavor de CUELLO BLANCHAR por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, ya que se reúnen cabalmente los elementos que lo integran, como pasa a explicarse:

Se le acusó, porque como Gobernador del Departamento de la Guajira tramitó y celebró el «*Convenio de Cooperación*» de noviembre de 2000, (*sin día específico*), sin observar los principios de transparencia, selección objetiva y planeación que le eran exigibles, al no garantizar la elección, evaluación y aprobación económica, administrativa, financiera, jurídica y técnica del proyecto de vivienda *Villa Sharín II* y del constructor que lo ejecutaría, lo que adicionalmente implicaba contar con las autorizaciones, licencias y requerimientos de ley.

Se encuentra probado que ostentó la calidad de Gobernador de la Guajira y, en ese sentido, era titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación y celebración del aludido convenio.

Establecido lo anterior, es menester realizar un análisis del objeto y las condiciones de ese negocio jurídico, más allá de la denominación otorgada formalmente por las partes, de

cara a determinar el marco normativo al que debió sujetarse y los requisitos esenciales que correspondía surtir en las fases precontractuales y contractuales, pues mientras la Fiscalía sostiene que era la Ley 80 de 1993, la defensa señala que eran las resoluciones Nos. 11 de 1999 y 0115 de 2000 expedidas por el Fondo Nacional del Ahorro y la Ley 489 de 1998 al estimar que no se trataba de un *contrato estatal* sino de un *convenio* celebrado en el marco de vigencia de las *alianzas estratégicas*.

En primer lugar, llama la atención que en el texto del negocio jurídico celebrado, solo a manera de epígrafe se anotó «*Convenio de cooperación*», sin hacer alguna mención al sustento normativo que habilitara la forma de negociación. Solo se dijo que el departamento de La Guajira actuaba como oferente de acuerdo con la Resolución 00115 de 2000 del FNA, precisando que este acto administrativo hacía parte integral del convenio.

La aludida Resolución fue expedida al amparo del artículo 3° literal de la Ley 432 de 1998<sup>59</sup>, que en el artículo 3° dentro de sus funciones en el literal *d)* señalaba la «*Adelantar con criterio de justicia social e imparcialidad en la adjudicación, utilizando los recursos disponibles, programas de crédito hipotecario y educativo para contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, para lo cual podrá celebrar*

---

<sup>59</sup> Dicha ley reorganizó al Fondo Nacional del Ahorro fijó su naturaleza como Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, organizado como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, y que su régimen presupuestal y de personal sería el de las empresas de esta clase, vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico.



*convenios con las Cajas de Compensación Familiar y entidades de la economía solidaria, y con entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales. Para el cumplimiento de su objeto y funciones, el Fondo Nacional de Ahorro no adelantará directamente ni contratará la construcción de vivienda».*

En tal virtud en la misma Resolución se facultó al presidente del Comité de Crédito del Fondo Nacional del Ahorro *«la realización de los contactos necesarios con las entidades y/o personas jurídicas sin ánimo de lucro y cuya función sea eminentemente social interesadas en ofrecer programas de vivienda a los afiliados del Fondo Nacional del Ahorro».*

Así mismo, en el artículo 2° en cuanto a la selección de la oferta, se señaló que *«Será responsabilidad exclusiva de las Cajas de Compensación Familiar, de las Entidades de Economía Solidaria y de las Entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales, la selección, evaluación y aprobación económica, administrativa, financiera, jurídica, técnica de los proyectos de vivienda que ofrecerán a los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro y de los constructores que desarrollarán dichos proyectos. Igualmente será de su responsabilidad el desarrollo del proyecto desde la oferta hasta su culminación y entrega a los afiliados que voluntariamente hayan adquirido las viviendas».*

En sustento del citado acto administrativo del FNA se citó artículo 4° literal e). del Decreto 1453 de 1998, Reglamentario de la Ley 432 del mismo año, en cual se fijaba como una de las funciones de ese fondo *«Otorgar crédito a los afiliados para vivienda, para lo cual podrá celebrar, cuando lo estime conveniente, convenios con las cajas de compensación familiar y entidades de economía solidaria, y con entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales».*

Como se observa, en ninguna de estas normativas se indicó la clase de contrato que debería celebrar un ente territorial con las empresas constructoras. Fue postteriormente, y ya en el curso del proceso que la defensa de CUELLO BLANCHAR ha aducido que el negocio entre la Gobernación de La Guajira y la *Constructora Limos Ltda.* constituía un convenio propio del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y del artículo 209 de la Constitución Política, ello para deslindarlo de la órbita de la contratación estatal regida por la Ley 80 de 1993.

El artículo de la Ley 489 que cita el enjuiciado, prevé la constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares: *«Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.»*

*Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes».*

Precisamente, el origen del artículo 355 de la Constitución Política que autoriza la celebración de convenios, se remonta al querer del constituyente de 1991 de

frenar algunas prácticas irregulares que desbordaron el manejo adecuado del erario, prohibiendo a las entidades públicas el decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, por eso se señaló en el citado texto superior:

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

*El gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo.*

*El Gobierno Nacional reglamentará la materia».*

Esos convenios de asociación, tienen entonces el claro fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes al plan nacional y los planes seccionales de desarrollo, en los cuales, una de las partes ha de tener como, cualificación especial, ser una persona jurídica de carácter privado, sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, acotándose por demás el objeto del mismo, ya que ha de estar destinado a impulsar programas y actividades de interés público.

De esa manera, en nuestro ordenamiento existe una patente diferencia entre la naturaleza jurídica de los convenios y de los contratos estatales, aun cuando ambos institutos configuran negocios jurídicos caracterizados por

la existencia de un acuerdo de voluntades generador de obligaciones para cada una de las partes.

La jurisprudencia administrativa ha clasificado tales categorías de acuerdo con la regulación aplicable destacando, de un lado, los contratos estatales contemplados en la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias y, de otro, los *convenios especiales* previstos en regímenes específicos y diversos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sin perjuicio del deber de observancia de los principios rectores de la contratación estatal.

Tal distinción ha sido precisada por el Consejo de Estado al señalar que los *convenios* celebrados por la administración comportan la conjunción de voluntades en torno a finalidades compartidas por ambos cooperantes, lo que excluye la existencia de intereses patrimoniales contrapuestos sobre el negocio, es decir, surgen del criterio de la asociación de esfuerzos entre las partes para obtener un propósito común<sup>60</sup>.

Así pues, como lo ha sostenido el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo la tipología de *convenio* excluye aquellos negocios jurídicos en los cuales la entidad estatal contrata un bien o la prestación de un servicio a cambio de un precio, pues la finalidad de las partes consiste en aunar esfuerzos encaminados a lograr un fin común que, aunque

---

<sup>60</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 8 mar. 2017, rad. 2298.

es compartido por ambos extremos, está determinado principalmente por el cumplimiento de los cometidos y finalidades asignadas por la ley a la entidad pública<sup>61</sup>.

En ese sentido, los *convenios* de interés público carecen de una relación patrimonial de orden conmutativo, ya que el particular no obra con el ánimo de obtener una remuneración, sino estrictamente con el propósito de articular sus esfuerzos con los de la administración para el desarrollo de las actividades que a ella corresponden, tópico del que se explica la ausencia de contraprestación<sup>62</sup>.

El ámbito de regulación de estos *convenios* se encuentra en los Decretos 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993, pero al ser disposiciones antecedentes a la Ley 80 de 1993 se dio paso a la discusión si les era aplicable esta última normatividad de contratación estatal, mérito por el cual fue expedido el Decreto 092 de 23 de enero de 2017<sup>63</sup>, que derogó aquellos decretos y cobijó los *convenios* que se celebran bajo el artículo 355 con los principios de la contratación estatal.

A su vez, el Estado y sus entidades descentralizadas tienen la posibilidad de celebrar *convenios especiales de cooperación* con particulares u otra entidad pública, tipología

---

<sup>61</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 4 jul. 2023, rad. 60628.

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 4 jul. 2023, rad. 60628.

<sup>63</sup> Sobre dicho decreto se ha tramitado demanda de nulidad en el Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 11001-03-26-000-2018-00113-00(62003), el cual, mediante Auto de 19 de octubre de 2017, ha decretado la suspensión provisional de diversos apartados del Decreto 092 del 23 de enero de 2017.

que emerge de la Ley 29 de 1990 y cuya regulación se encuentra consagrada en los Decretos 591 y 393 de 1991.

Esta modalidad fue prevista con el propósito de llevar a cabo actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, a fin de que las partes aporten recursos de distinta naturaleza para facilitar, fomentar, desarrollar y alcanzar mutuamente algunos de los siguientes propósitos<sup>64</sup>:

- «a) Adelantar proyectos de investigación científica.*
- b) Apoyar la creación, el fomento, el desarrollo y el financiamiento de empresas que incorporen innovaciones científicas o tecnológicas aplicables a la producción nacional, al manejo del medio ambiente o al aprovechamiento de los recursos naturales.*
- c) Organizar centros científicos y tecnológicos, parques tecnológicos, e incubadoras de empresas.*
- d) Formar y capacitar recursos humanos para el avance y la gestión de la ciencia y la tecnología.*
- e) Establecer redes de información científica y tecnológica.*
- f) Crear, fomentar, difundir e implementar sistemas de gestión de calidad. g) Negociar, aplicar y adaptar tecnologías nacionales o extranjeras.*
- h) Asesorar la negociación, aplicación y adaptación de tecnologías nacionales y extranjeras.*
- i) Realizar actividades de normalización y metrología.*
- j) Crear fondos de desarrollo científico y tecnológico a nivel nacional y regional, fondos especiales de garantías, y fondos para la renovación y el mantenimiento de equipos científicos.*

---

<sup>64</sup> Artículo 2 del Decreto 393 de 1991.

k) *Realizar seminarios, cursos y eventos nacionales o internacionales de ciencia y tecnología.*

l) *Financiar publicaciones y el otorgamiento de premios y distinciones a investigadores, grupos de investigación e investigaciones.»*

En virtud de estos *convenios especiales de cooperación*, las partes se encuentran habilitadas para realizar sus aportes en dinero, especie o industria, entendiéndose estos últimos como el conocimiento, patentes, material bibliográfico, instalaciones, equipos y trabajo de científicos, investigadores, técnicos y demás personas que el objeto requiera<sup>65</sup>; todo ello en el marco de la obligación del Estado de promover y fortalecer la investigación, la ciencia y tecnología en línea con lo preceptuado en los artículos 69, 70 y 71 de la Constitución Política.

En el marco de consecución de las actividades científicas y tecnológicas previamente enlistadas, la Nación y sus entidades descentralizadas también pueden suscribir, con personas públicas o privadas, *contratos de administración de proyectos*<sup>66</sup>, orientados a vincular a un tercero para que garantice su administración por cuenta y riesgo de la entidad pública. En este orden de ideas, la entidad estatal ha de mantener la titularidad del proyecto científico, tecnológico o de innovación y de los recursos destinados para su ejecución, en tanto el tercero se encarga

---

<sup>65</sup> Artículo 5 del Decreto 393 de 1991.

<sup>66</sup> Artículo 9 del Decreto 591 de 1991, el cual mantuvo vigente el artículo 81 de la Ley 80 de 1993.

de administrarlo y ejecutarlo a cambio de una contraprestación<sup>67</sup>.

Y de otra parte, existen los *contratos estatales*, como negocios jurídicos mediante los cuales una entidad del Estado llamada contratante, celebra un acuerdo de voluntades con un sujeto particular u otra entidad estatal, llamada contratista, que se obliga con la otra a cumplir una determinada prestación, mientras que la primera se compromete a pagar un precio o remuneración en contraprestación a la labor realizada, servicio prestado o bien suministrado, y se encuentran regulados en la Ley 80 de 1993 y en sus decretos complementarios, comoquiera que el fin ulterior de dicho estatuto es regular esencialmente las relaciones contractuales de la administración de contenido patrimonial y oneroso.

Hechas las anteriores precisiones normativas y jurisprudenciales, se desprende del denominado «*Convenio de Cooperación*» celebrado entre la Gobernación de La Guajira y la *Constructora Limos* en algún día del mes de noviembre de 2000, que su objeto consistió en «*la ejecución, por parte del constructor, de un proyecto de vivienda de interés social denominado Villa Sharín II etapa, localizado en Riohacha, en la vía Valledupar, entre las calles 43 y 44 a y las carreras 7ª y 8ª, conformado por ciento cincuenta (150) soluciones de vivienda*»<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 08 mar. 2017, rad. 2298.

<sup>68</sup> Folios 286 ss., cuaderno de Fiscalía No. 1.



A fin de dar cumplimiento a la citada negociación, la estipulación primera del convenio definía la calidad de la Gobernación como *«oferente conforme en lo dispuesto en la Resolución 0115 del 11 de mayo de 2000, expedida por el Fondo Nacional del Ahorro, por la cual se adopta el Procedimiento General para la Prestación y Aceptación de los Programas de Vivienda que las Cajas de Compensación Familiar, Entidades de Orden Estatal o Gubernamental, oferten a los afiliados del Fondo Nacional del Ahorro - Alianzas estratégicas-»*<sup>69</sup>.

Precisamente tales *alianzas estratégicas* constaban en la Resolución 0115 que expidió el FNA el 11 de mayo de 2000 para reglamentar el crédito de vivienda siendo viable forjar coaliciones con otras entidades públicas y privadas, nacionales o internacionales, para el diseño, promoción y oferta de programas de vivienda a sus afiliados, en tanto el FNA solamente se encargaba de aprobar y asignar los créditos a sus afiliado sin intervenir en la escogencia de los contratistas, ni en la ejecución de los proyectos, en tanto que la entidad oferente habría de encargarse de *«la selección, evaluación y aprobación económica, administrativa, financiera, jurídica y técnica de los proyectos de vivienda que ofrecerán a los aliados al Fondo Nacional del Ahorro y de los constructores que desarrollarán dichos proyectos»*, aunado a la obligación de verificar el *«desarrollo del proyecto desde la oferta hasta su culminación y entrega a los afiliados que voluntariamente hayan adquirido las viviendas»*<sup>70</sup>.

En tal virtud, se consagró en el convenio cuestionado que la empresa *Limos* debía *«adelantar en su totalidad las*

---

<sup>69</sup> Folios 286 ss., cuaderno de Fiscalía No. 1.

<sup>70</sup> Ídem.

*gestiones de índole administrativa, legal, comercial, técnica, económica y financiera que demande la iniciación y el desarrollo del proyecto, hasta la entrega de la obra debidamente terminada a los beneficiarios, al oferente y al Fondo Nacional del Ahorro»<sup>71</sup>.*

Según la estipulación séptima del Convenio de noviembre de 2000, la fuente de los recursos para sufragar y ejecutar la segunda etapa de *Villa Sharín* provenía de «*las cesantías de los beneficiarios y del crédito para compra de vivienda otorgado por el Fondo Nacional del Ahorro a los beneficiarios*»<sup>72</sup>, dineros que habrían de ser consignados en una cuenta única de destinación específica creada por el oferente «*con el propósito de facilitar el trámite de legalización de los créditos aprobados a los afiliados dentro de los denominados programas especiales de vivienda y a efectos de hacer más seguros y transparente el manejo de los desembolsos*»<sup>73</sup>.

Y de acuerdo con la estipulación sexta, dichos capitales serían pagados así: «*1) un primer desembolso correspondiente al primer instalamento, cuya suma equivale al 100% de las cesantías de los beneficiarios y al 35% del crédito para compra de vivienda aprobado para cada afiliado. 2) Un segundo desembolso correspondiente al segundo instalamento, equivalente al 35% del crédito para compra de vivienda aprobado para cada afiliado. 3) un tercer y último desembolso, correspondiente al tercer instalamento, equivalente al 30% del crédito para compra de vivienda aprobado para cada afiliado*»<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> Folios 286 ss., cuaderno de Fiscalía No. 1.

<sup>72</sup> Folios 286 ss., ídem.

<sup>73</sup> Folios 286 ss., ibidem.

<sup>74</sup> Ídem.

De la misma forma, como contraprestación por ese negocio jurídico, la constructora debía cancelar al oferente, esto es, a la Gobernación de La Guajira, por la administración del proyecto «*la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$36.000.000) Mcte; pagaderos así: cincuenta por ciento (50%) al momento de desembolsar el Fondo Nacional del Ahorro los recursos del primer instalamento y el cincuenta por ciento (50%) restante al desembolsarse los recursos del segundo instalamento*»<sup>75</sup>, y «*si por razones no imputables al oferente, se prolonga el tiempo de ejecución de dicho proyecto, el constructor cancelará al oferente la suma de CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4.000.000) Mcte. por mensualidades vencidas*»<sup>76</sup>.

A su vez, se estableció que la interventoría del proyecto correspondía al oferente, debiendo ejercerla a través de un residente de obra por la suma de «*OCHENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (\$84.000.000.00) Mcte., pagaderos así: 50% al momento de desembolsar el Fondo Nacional de Ahorro los recursos del primer instalamento y el 50% restante, al desembolsarse el segundo instalamento*»<sup>77</sup>, los caudales para tal rubro también provenían de los dineros consignados en la cuenta única de destinación específica.

De lo expuesto se extrae diáfananamente que el «*Convenio de cooperación*» celebrado entre la Gobernación de La Guajira y *Limos Ltda.*, tiene los presupuestos de una negociación onerosa al comportar obligaciones equivalentes entre las partes, pues se pactó la construcción de unas soluciones de

---

<sup>75</sup> Folios 286 ss., cuaderno de Fiscalía No. 1.

<sup>76</sup> Ibidem.

<sup>77</sup> Ídem.

vivienda con cargo al contratista, a cambio de una retribución por parte del territorial, advirtiéndose así una relación conmutativa propia de un contrato estatal, por lo mismo, no exhibe un compromiso de aunar esfuerzos en la consecución del objeto social de la empresa contratada y la actividad que el Departamento quería impulsar, y menos aún cumple con los presupuestos de un convenio especial de cooperación, pues como se ve, la entidad pública se limitó a pagar a la constructora un precio a cambio de la ejecución de un proyecto de obra, en línea con la naturaleza comercial de la empresa escogida por el ente territorial.

Ello se acompasa con el ánimo lucrativo de la *Constructora Limos*, pues de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal estaba constituida como una sociedad limitada, cuyo objeto social comprendía, entre otros, la compra y venta de bienes inmuebles urbanos y rurales, comercialización de materias primas de construcción y propiedad horizontal, otorgamiento de créditos a terceros, constitución de hipotecas, compra de carteras para recaudo directo, y diseño, construcción y proyección de cualquier tipo de inmueble<sup>78</sup>.

Lo anterior conspira en contra del argumento enarbolado por el defensor de CUELLO BLANCHAR, que se trató de un *convenio* conforme el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 por haber sido celebrado en el marco de un programa de crédito implementado por el FNA para adquisición de

---

<sup>78</sup> Folios 47 ss., cuaderno de Fiscalía No. 1.

vivienda, pues pierde de vista que el objeto de esa tipología contractual está condicionada a programas o actividades de interés público que desarrollan personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro.

En esa arista de delimitación, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha enfatizado que «*el objeto de los contratos que autoriza el inciso segundo del artículo 355 Superior, se limita a la realización de actividades o programas de interés público que, conforme a los planes de desarrollo, adelanten instituciones privadas sin ánimo de lucro. **Aquellos que generan una contraprestación directa a favor de la entidad contratante y los que tienen por objeto desarrollar proyectos específicos, corresponden al giro normal de las funciones propias de la entidad estatal, y por lo tanto, se tipifican dentro de cualquiera de las modalidades de contratación de la ley 80 de 1993, debiendo sujetarse a los procedimientos allí previstos***»<sup>79</sup>. (Negrilla fuera de texto).

Desde esa perspectiva, no se puede soslayar que la naturaleza de un negocio jurídico no devenga del nombre o denominación que le asignen las partes, sino de los elementos esenciales que lo constituyen, y aquí la entidad estatal contrató la ejecución de un proyecto de obra con un particular con el ánimo de obtener una remuneración, al tiempo que la administración recibió una contraprestación,

---

<sup>79</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 25 feb. 2005, rad. 1626.

de ahí que su trámite debió ajustarse a las modalidades de contratación previstas en la Ley 80 de 1993.

Con este matiz, el negocio jurídico no constituyó un genuino convenio, sino que atendió a la descripción de un contrato de obra que, al tenor del numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, «*son los que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago*».

En todo caso, si en gracia de discusión se admitiera que el acto celebrado entre la Gobernación de La Guajira y la *Constructora Limos* cumplió con los presupuestos de un *convenio* y, en consecuencia, debía sujetarse a un régimen legal propio, no se puede desdeñar que el acatamiento de los principios rectores de la función pública constituye un requisito esencial aplicable a todos los contratos estatales – incluso los convenios de cooperación –, indistintamente de que se encuentren reglados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o se hallen sometidos a un régimen especial.

Ello, porque el inciso 1° del artículo 209 superior advierte que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y, en ese sentido, ha de desarrollarse con fundamento en las máximas rectoras de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Precisamente por lo anterior la jurisprudencia administrativa ha enfatizado que «la categoría ‘contratos estatales’ no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la ley 80 de 1993, sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales»<sup>80</sup>.

Con este panorama resultan vanas las exculpaciones brindadas por CUELLO BLANCHAR cuando señala que el negocio jurídico se ajustó a la tipología de *convenio* dado que fue celebrado en el decurso de las *alianzas estratégicas*, pues como se desprende del análisis realizado, esa figura fue una forma de financiación de proyectos de vivienda en beneficio de los afiliados del Fondo que permitía la participación de diversas entidades en calidad de oferentes, y que, en manera alguna, definía la forma y requisitos en que se debía surtir la selección y contratación de la empresa contratista.

Sentado lo anterior, el debate se ha de enfocar en determinar si el contrato cuestionado se ajustó a las previsiones de la Ley 80 de 1993 y a sus normas complementarias.

i) Uno de los argumentos torales del pliego acusatorio estriba en que el gobernador CUELLO

---

<sup>80</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 20 ago. 1998, rad. 14202.

BLANCHAR transgredió los principios de transparencia y selección objetiva, comoquiera que desatendió el deber de escoger, previo a la suscripción del contrato estatal, el proyecto y el constructor que resultara más favorable de cara a la iniciativa que estaba siendo promovida por la entidad pública, pues para la Fiscalía, la selección del proyecto de vivienda *Villa Sharín II* y la celebración del contrato con *Limos Ltda.* devino caprichosa y aventurada, al no haber adelantado el proceso de licitación pública para garantizar la escogencia del mejor ofrecimiento, así como tampoco se ocupó de evaluar la idoneidad y experiencia de la constructora.

El principio de transparencia, consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, protege la imparcialidad y la objetiva selección del contratista, de allí que su escogencia, por regla general deba hacerse mediante licitación pública o concurso, salvo los casos previstos en la norma.

Ello se armoniza con el principio de selección objetiva, previsto en el artículo 29 de la misma preceptiva y vigente para la época de los hechos, el cual impone el deber de adelantar la elección del contratista *«sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva»*, debiendo el servidor público realizar *«las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello»*.



En el asunto bajo examen se encuentra establecido que el Instituto Departamental de Vivienda y Reforma Urbana - IDEVI- fue el encargado de adelantar parte del trámite para la concreción de la primera y segunda etapa del proyecto de vivienda *Villa Sharín*, pues como se desglosa de la declaración que rindió el 17 de septiembre de 2019 Fidel Navarro Gutiérrez, exgerente de tal entidad,<sup>81</sup> era la encargada de impulsar la política de vivienda en el Departamento de la Guajira.

Asimismo, se extrae que la misionalidad del referido Instituto se aparejaba con los cometidos y finalidades del ente territorial, pues su génesis se debió precisamente a una ordenanza departamental que le otorgó facultades al Gobernador de La Guajira para crearlo; debido a ello estaba adscrito al Departamento y el Gobernador era el responsable de presidir su junta directiva.

Por su parte, en el interrogatorio cumplido el 16 de septiembre de 2019, el enjuiciado indicó que el IDEVI adelantó la convocatoria pública para seleccionar al contratista de *Villa Sharín II*, y que *Limos* fue la única empresa que allegó una propuesta demostrando interés en ese propósito, proceso de selección que estuvo signado por los mismos requisitos de las *alianzas estratégicas*, en las cuales las empresas constructoras de naturaleza privada contaban con algún reconocimiento por parte del FNA y, por ello, estaban habilitadas para presentar proyectos a través

---

<sup>81</sup> Medio magnético, récord 00:22:43 ss.

de las Cajas de Compensación, Fondos de Vivienda y entidades territoriales<sup>82</sup>.

Y que las firmas privadas avaladas por el Fondo únicamente debían acreditar experiencia en el sector constructor, capacidad para aportar los lotes en los cuales se desarrollaría el proyecto y avalar que no estuviesen inmersas en impedimentos que restringieran su participación en tales coaliciones.

Agregó que la reglamentación de las *alianzas estratégicas* no contemplaba la responsabilidad de escoger una empresa determinada para la ejecución del proyecto, bastando que la constructora manifestara su interés de participar y dispusiera del lote requerido para el desarrollo del proyecto, tal y como sucedió con *Limos*, de ahí que se comprobó que la constructora cumplía con los requisitos de selección fijados en la Resolución 0115 de 2000, máxime que esa constructora ya había participado previamente, junto con otra empresa denominada *Grimar*, en la primera etapa del programa habitacional.

La forma como se dio la selección del contratista fue corroborada por Fidel Navarro Gutiérrez, asesor del despacho del Gobernador y director del Instituto Departamental de Vivienda -IDEVI-, cuando en su declaración de 27 de marzo de 2015 dio a conocer que dicho proceso se desarrolló, de un lado, por el Fondo, encargado

---

<sup>82</sup> Medio magnético, récord 00:30:54 ss.

de corroborar que la constructora interesada estuviese inscrita en una base de datos de esa entidad, y de otro, por el Departamento, al verificar que la compañía ostentara la titularidad de los lotes donde se habría de ejecutar la construcción y la experiencia en ese sector económico<sup>83</sup>.

Lo anterior permite establecer que no se adelantó un proceso de selección atendiendo las previsiones de la Ley 80 de 1993, pues solo se acató lo concerniente a las *alianzas estratégicas* y la Resolución No. 0115 de 2000, las cuales no imponían el deber de desarrollar una licitación pública<sup>84</sup>, obviándose así la obligación de resguardar el interés general y acatar los principios de la contratación estatal y los pilares de la función administrativa contenidos en la Constitución Política, con independencia del régimen especial por el que se rija o la modalidad empleada para la escogencia del contratista.

Innegablemente la Resolución No. 0115 de 2000 del FNA establecía los parámetros que debían cumplir los proyectos para lograr ser ofertados a sus afiliados, así como también delimitaba incipientemente las obligaciones de quienes participaban en las nominadas *alianzas estratégicas*, esto es, la entidad oferente y el constructor, pero no era una normativa vinculante frente a los requisitos y procedimientos que, como oferente, debía la Gobernación observar al momento de escoger el proyecto y el contratista,

---

<sup>83</sup>Medio magnético, récord 00:56:11 ss.

<sup>84</sup> Interrogatorio de 16 de septiembre de 2019. Medio magnético, récord 00:31:00 ss.

pues como se explicó en precedencia, tales *alianzas* fueron creadas por el Fondo para encarnar una forma de financiación de vivienda para sus afiliados, con la particularidad que los oferentes de los programas eran entidades públicas o privadas, en tanto el FNA solamente se encargaba de sufragar las obras mediante el desembolso de las cesantías o créditos otorgados a sus adeptos.

Así se desvanece el argumento de CUELLO BLANCHAR cuando indica que *Villa Sharín II* no era un contrato de obra y por eso podía prescindir de la licitación pública para escoger al contratista, dejando de lado que su investidura le atribuía el deber de proteger los intereses de la entidad pública y de los terceros que depositaron su confianza al postularse en ese proyecto, en línea con el principio de responsabilidad que impone la obligación a los servidores públicos de buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y proteger los derechos de la entidad y de terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato<sup>85</sup>.

Ahora bien, la Sala no desconoce que el 26 de septiembre de 2000<sup>86</sup> la gerente de *Limos Ltda.* remitió al entonces Gobernador de La Guajira la propuesta técnica del proyecto *Villa Sharín II*, allegando concomitantemente la licencia ambiental y de construcción, el certificado de

---

<sup>85</sup> Ley 80 de 1993, artículo 26, numeral 1.

<sup>86</sup> Folios 20 ss., cuaderno de Fiscalía No. 4.

disponibilidad de servicios públicos, presupuesto del proyecto, certificado de recursos, copia de los planos y escritura de desglose. Sin embargo, no se demostró probatoriamente la supuesta convocatoria pública viabilizada por el Instituto Departamental de Vivienda y por el ente territorial, así como tampoco el proceso de selección que permitió la escogencia de *Limos* bajo los criterios de idoneidad y favorabilidad de la oferta.

Incluso, con evidente contradicción el procesado en su indagatoria de 12 de mayo de 2015 aseguró que ante la convocatoria concurren varias firmas interesadas que no cumplían con todos los requisitos exigidos en la Resolución No. 0115 de 2000<sup>87</sup>, pero en el interrogatorio de 16 de septiembre de 2019 adujo que la entidad estatal optó por escoger a *Limos* como contratista dado que fue la única empresa que allegó una propuesta<sup>88</sup>, aporía que desvanece la credibilidad de sus atestaciones y que patentiza el desdén con el cual seleccionó al contratista.

A contra cara de la tesis defensiva, de la prueba recaudada se tiene que el procesado se basó únicamente en la propuesta presentada por *Limos* para suscribir el denominado «*Convenio de Cooperación*», sin asegurarse de que realmente contara con la idoneidad requerida para construir las soluciones de vivienda objeto del negocio jurídico, pues incluso Carlos Enciso Nieto, exjefe de la

---

<sup>87</sup> Medio magnético (indagatoria), récord 01:20:02 ss.

<sup>88</sup> Medio magnético (audiencia pública), récord 00:34:18 ss.

División de Estudios y Proyectos del Fondo Nacional del Ahorro, en la declaración de 27 de septiembre de 2013, indicó que al adelantar la visita técnica en las obras advirtió la existencia de protuberantes fallas en la construcción; deficiencias que eran recurrentes en al menos tres proyectos diferentes que también se encontraban bajo la ejecución de la *Constructora Limos*, las cuales no eran de poca monta, comoquiera que develaban insuficiencias en la construcción del sistema estructural de las viviendas al no incluir la viga de amarre horizontal ni la continuidad de la viga de amarre en remate de cumbrera para cubierta, además de evidenciar asentamientos diferenciales en el suelo que provocaron fisuras en los muros<sup>89</sup>.

Similar situación fue denunciada por aquél frente a los planos y diseños allegados por la *Constructora Limos* cuando presentó la propuesta del proyecto ante la Gobernación del Departamento de La Guajira, ya que eran deficientes de acuerdo con los estándares de calidad, contenido y cantidad.

Tal dislate también fue puesto en conocimiento por la Corporación Autónoma Regional de la Guajira, autoridad que luego de realizar una visita ocular a *Villa Sharín*, advirtió que carecía de información frente al manejo de las aguas de escorrentías y tampoco contaba con los diseños necesarios para la ejecución de las obras proyectadas<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Folios 291 ss., cuaderno de Fiscalía No. 7.

<sup>90</sup> Folio 207, cuaderno de Fiscalía No. 1.

Las anteriores acotaciones devienen relevantes y merecen crédito para esta Sala al provenir de expertos que contaban con la probidad requerida para verificar y conceptuar sobre la idoneidad del proyecto cuestionado, puesto que correspondía a CUELLO BLANCHAR, en su condición de Gobernador y oferente del proyecto *Villa Sharín II*, evaluar la experiencia e idoneidad de la *Constructora Limos* con criterios que avalaran su capacidad técnica y administrativa para realizar el objeto del contrato, sin verificar si comportaba la alternativa más idónea para adelantar el proyecto de viviendas.

ii) De otra parte, la Sala encuentra que el Gobernador CUELLO BLANCHAR transgredió el principio de planeación, comoquiera que ofertó y consintió la ejecución de un proyecto de vivienda de interés social que carecía de redes de alcantarillado lo cual desencadenó una problemática social e hidrosanitaria de gran impacto.

La planeación como precepto contractual es parte integral de los principios de economía y responsabilidad, al tenor de lo prescrito en la Ley 80 de 1993, artículos 25, numerales 7 y 12, y 26 numeral 2, que conmina a las entidades estatales a analizar suficientemente, con debida antelación a la apertura del proceso de selección y a la firma del contrato, la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las implicaciones que conllevaría.

Al gobernador le competía evaluar y aprobar técnicamente el proyecto que sería ofertado a los afiliados del FNA, lo que le imponía el deber de estudiar y verificar con anterioridad a la celebración del negocio jurídico, los aspectos que garantizaban la satisfactoria construcción de *Villa Sharín II*.

Las entidades competentes del municipio de Riohacha expidieron las respectivas certificaciones de viabilidad de servicios públicos frente a la totalidad del área donde se desarrollaría la urbanización *Villa Sharín* con arreglo al trámite que debía surtir la entidad oferente para obtener las licencias de urbanismo y construcción, documentación que advertía la particular situación que para entonces atravesaba el servicio público de alcantarillado en el sector, ya que la disponibilidad estaba condicionada a la implementación general de obras que permitieran ampliar su cobertura a lo largo del municipio de Riohacha.

Lo anterior encuentra soporte en el oficio de 29 de marzo de 1999<sup>91</sup>, remitido por la Gerencia de la Unidad de Servicios Públicos Domiciliarios de Riohacha, informando que el servicio de acueducto contaba con disponibilidad para el proyecto que se pretendía adelantar, pero que no corría igual suerte el servicio de alcantarillado, frente al cual se indicó categóricamente que estaría disponible a futuro dentro del Plan Maestro de Alcantarillado.

---

<sup>91</sup> Folio 216, cuaderno de Fiscalía No. 2.



En la misma arista, Julio Brito Rueda, funcionario encargado de emitir la certificación precitada, aseveró en su declaración de 16 de septiembre de 2019 que la constancia expedida para la época fue clara en precisar que la disponibilidad del servicio de alcantarillado era ulterior, pues para ese momento el sector de *Villa Sharín II* carecía de ello<sup>92</sup>.

Sin considerar tal irregularidad, la Jefatura del Departamento Administrativo de Planeación Municipal de Riohacha expidió la licencia de urbanismo No. 17 de 22 de junio de 1999<sup>93</sup> a favor del Instituto Departamental de Vivienda y Reforma Urbana, organismo adscrito a la gobernación, destacando el aporte de todas las certificaciones de servicios básicos de infraestructura requeridos para la construcción de viviendas unifamiliares de interés social.

Al respecto, las exculpaciones defensivas han girado en torno a que la certificación de disponibilidad de servicios públicos expedida para el año 1999 contemplaba un alcance diverso a las contemporáneas, toda vez que aquellas daban cuenta de la potencialidad de acceso a servicios públicos de un área en el inmediato o mediano plazo, siempre que esto ocurriera durante el tiempo de vigencia de la licencia de urbanismo, situación que en su entender, se compadece con lo ocurrido en *Villa Sharín II*, ya que el término de la licencia

---

<sup>92</sup> Medio magnético, récord 00:34:51 ss.

<sup>93</sup> Folio 203, cuaderno de Fiscalía No. 1.

de urbanismo (concedida durante dos años), daba lugar a que se ejecutaran las obras del Plan Maestro de Alcantarillado.

En efecto, no se puede soslayar que conforme al artículo 11 del Decreto 1052 de 1998, que reglamenta las disposiciones referentes a licencias de construcción y urbanismo, cuando se procura la concesión de la licencia de urbanismo debe anexarse la certificación expedida por la autoridad competente sobre la disponibilidad de servicios públicos en el predio, dentro del término de vigencia de esta, sin embargo, contrario al planteamiento de la defensa, la certificación expedida por la Unidad de Servicios Públicos Domiciliarios de Riohacha no establecía el plazo en que se viabilizaría la disponibilidad del alcantarillado para el sector de *Villa Sharín II* y mucho menos acreditaba que su implementación ocurriría dentro del interregno de vigencia de la licencia de urbanismo. Por el contrario, estaba la declaración expresa que ese servicio público estaba previsto hacia el futuro, condicionándolo a la implementación del Plan Maestro de Alcantarillado, de cuyo plazo de ejecución no se tenía conocimiento cierto.

Así, carece de fuerza la postura del defensor, ya que la disponibilidad de servicios públicos requerida para el proyecto no podía estar librada al albur del futuro, sino supeditada a dos años, por ser el tiempo de vigencia de la licencia de urbanismo, circunstancia que en nada se compecede con el documento examinado.

Ahora bien, consciente de tal acontecer, CUELLO BLANCHAR, sin justificación alguna, se apalancó en las certificaciones y licencias utilizadas para la primera etapa del proyecto y certificó que el programa de vivienda *Villa Sharín II* contaba con los requisitos de ley necesarios para «proceder de inmediato con la legalización de los créditos y cesantías de los afiliados beneficiarios de crédito y a su construcción»<sup>94</sup>; dando fe de que el proyecto estaba en regla, entre otro: *i)* el certificado de disponibilidad de servicios públicos; *ii)* licencia de urbanismo; *iii)* licencia de construcción; *iv)* licencia ambiental; *v)* títulos de tradición del inmueble; y *vi)* desenglobe del terreno<sup>95</sup>.

La falencia avizorada frente al servicio público de alcantarillado no disuadió al enjuiciado en continuar con la tramitación del proyecto, pues conforme se desprende de la actuación, avanzó en la suscripción y presentación de la propuesta de la segunda etapa del programa de vivienda ante el Fondo Nacional del Ahorro<sup>96</sup>, entidad que el 16 de agosto de 2000<sup>97</sup> informó al aforado sobre la aprobación de créditos en favor de los afiliados.

Tras perfeccionada la celebración del denominado «*Convenio de Cooperación*» y dar inicio a las obras, el proyecto enfrentó una problemática ambiental ocasionada por el desbordamiento de aguas residuales provenientes de la primera etapa, aunado a la imposibilidad de conectar las

---

<sup>94</sup> Folio 22, cuaderno de Fiscalía No. 4.

<sup>95</sup> Ídem.

<sup>96</sup> Folio 55, cuaderno de Fiscalía No. 4.

<sup>97</sup> Folio 187, cuaderno Anexos Fiscalía No. 2.

viviendas que conformaban la segunda fase al sistema de alcantarillado de la ciudad.

Como evidencia de esa realidad media la Resolución No. 2315 del 6 de septiembre de 2002<sup>98</sup>, expedida por la Corporación Autónoma Regional de la Guajira, poniendo de relieve el hallazgo resultante de la visita de control y seguimiento ambiental a la urbanización *Villa Sharín*, que no estaban siendo ejecutadas las medidas ambientales para el manejo de aguas residuales, por lo cual fueron requeridas: la Gobernación de La Guajira, el municipio de Riohacha y la empresa Aguas de la Guajira, a efectos de que se materializara la conexión de las viviendas a la red del sistema de alcantarillado del municipio, como mecanismo de disposición de esas aguas y evitar que continuara su vertimiento en las calles<sup>99</sup>.

Lo anterior imprime valor suasorio a las manifestaciones de Mónica Rosales, representante legal de la empresa contratista, en la indagatoria que rindió ante la Fiscalía el 24 de septiembre de 2004 cuando explicó que el programa de vivienda *Villa Sharín* fue un proyecto diseñado por la Gobernación del Departamento de La Guajira, entidad encargada de gestionar lo atinente a las certificaciones de disponibilidad de servicios públicos, agregando que cuando el ente territorial presentó la propuesta ante el FNA certificó que el terreno donde se desarrollarían las obras contaba con

---

<sup>98</sup> Folios 81 ss., cuaderno de Fiscalía No. 1.

<sup>99</sup> Folios 81 ss., cuaderno de Fiscalía No. 1.

la infraestructura requerida para garantizar los servicios de acueducto y alcantarillado, pero que ello no se aparejaba con la realidad<sup>100</sup>.

A su turno, en la continuación de su indagatoria de 11 de noviembre de 2004 aseguró que posteriormente la Alcaldía de Riohacha hizo paralizar las obras como consecuencia del problema hidrosanitario avizorado, teniendo en cuenta que cuando la entidad pública ofertó el programa, dio el aval de que los lotes contaban con la disponibilidad de servicios públicos para el funcionamiento de todas las etapas proyectadas<sup>101</sup>.

Lo expuesto se corrobora con los señalamientos del interventor de la obra, Rodrigo Solano Mindiola, en su declaración de 19 de marzo de 2013 cuando dio cuenta que al hacer el empalme de las instalaciones hidráulicas y sanitarias en las viviendas con el sistema de la ciudad surgieron inconvenientes, ya que el plan de alcantarillado no estaba ejecutado en las comunas donde se encontraba ubicada *Villa Sharín II*<sup>102</sup>.

También al respecto se refirió Lourdes Arévalo Gómez, en su declaración de 17 de septiembre de 2019, quien para la fecha de expedición de los certificados de disponibilidad de servicios públicos fungía como jefe del Departamento Administrativo de Planeación Municipal de Riohacha,

---

<sup>100</sup>Folios 76 ss., cuaderno de Fiscalía No. 1.

<sup>101</sup>Folios 89 ss., ídem.

<sup>102</sup> Folios 106 ss., cuaderno de Fiscalía No. 7.

confirmando que, para esa data, no estaba dispuesta la conexión del alcantarillado y solo en la zona donde iban a ser construidas las viviendas de *Villa Sharín* estaba la proyección del Plan Maestro de Alcantarillado<sup>103</sup>.

La situación antes descrita no fue trivial, pues la inexistencia del servicio de alcantarillado produjo una problemática de mayor entidad, esto es, la suspensión temporal de la obra debido a la falta de actualización de la licencia de construcción, la cual no podía ser renovada hasta tanto se solventara el inconveniente del empalme de las viviendas con el sistema de alcantarillado de Riohacha, conclusión que se extrae del oficio de 17 de octubre de 2002, suscrito por la directora de Planeación y Desarrollo Territorial de la Alcaldía de Riohacha, poniendo en conocimiento del Secretario de Obras Públicas Departamental la suspensión del programa de vivienda por «i) falta de plan hidrosanitario, que debe ser avalado por la empresa operadora Aguas de la Guajira. Este aspecto está generando serios problemas ambientales, motivando la intervención de Corpoguajira; ii) la licencia de construcción expedida en junio de 1999 caducó, y no se ha presentado solicitud de actualización»<sup>104</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, el 24 de mayo de 2002<sup>105</sup> el interventor Rodrigo Solano Mindiola emitió el acta de suspensión temporal de obra, en la que fue consignado que el motivo de cese del proyecto obedecía a la nugatoria de

---

<sup>103</sup>Medio magnético, récord 00:25:15.

<sup>104</sup> Folios 258 ss., cuaderno de Fiscalía No. 2.

<sup>105</sup> Folios 79 ss., cuaderno de Fiscalía No. 1.

la renovación de la licencia de construcción ante la falta de alternativas de solución frente a la disponibilidad del servicio público de alcantarillado.

Los tópicos antes descritos patentizan la falta de planeación del enjuiciado al tramitar y ofertar a ultranza un programa de vivienda desprovisto de aptitud, lo que a la postre afectó los intereses de la comunidad y la economía del contrato, que como es dable recordar, era financiado con las cesantías y préstamos otorgados a los afiliados al FNA que, pese al incumplimiento en la entrega de las viviendas, se veían compelidos a continuar con el pago de sus acreencias en favor del Fondo Nacional del Ahorro.

Y es que no se puede perder de vista que la falta de previsión del procesado sobre las consecuencias que acarrearía aprobar y ofertar un programa de vivienda que carecía de infraestructura hidrosanitaria resulta adverso a los deberes de un Gobernador. De ahí que la tramitación y celebración del proyecto *Villa Sharín II* no podría comportar una aventura emanada de la discrecionalidad de CUELLO BLANCHAR, sino que debió estar reglada por un procedimiento estricto en torno a su planeación, proyección y ejecución.

Bajo esta óptica, pierde trascendencia el argumento de la defensa relativo a que el procesado no podía prever la problemática hidrosanitaria de *Villa Sharín* debido a que los inconvenientes que trastocaron la ejecución del Plan Maestro

de Alcantarillado fueron sobrevivientes, pues precisamente la correcta planificación del proyecto le habría permitido establecer los elementos fundamentales que acompañarían las fases subsiguientes, máxime cuando análoga situación había ocurrido en la primera etapa de esa urbanización.

Es que fue la misma Corporación Autónoma Regional de la Guajira la que, desde 1999, alertó sobre tal eventualidad, al indicar, tras la inspección ocular realizada en el área de construcción de las unidades de vivienda, que la planeación frente al manejo de las aguas de escorrentías no era suficientemente clara<sup>106</sup>.

Con ello, se tornan verosímiles las manifestaciones que en la indagatoria de 24 de septiembre de 2004 hizo Mónica Rosales, representante legal de *Limos Ltda.*, al precisar que la constructora ejecutó con recursos propios la infraestructura de acueducto y alcantarillado requerida para entregar las viviendas que conformaron la primera etapa de la urbanización, lo cual comportó la construcción de una estación elevada provisional que solamente tenía capacidad para las 75 edificaciones que comprendía *Villa Sharín I*<sup>107</sup>, contexto que no se presentaba de manera insular, puesto que, para la época, la precaria situación de saneamiento básico que signaba la ciudad de Riohacha era de conocimiento público.

---

<sup>106</sup> Folio 207, cuaderno de Fiscalía No. 1.

<sup>107</sup> Folios 76 ss., cuaderno de Fiscalía No. 1.



Lo anterior se constata en el dictamen pericial político-científico de 10 de diciembre de 2015<sup>108</sup>, el cual enmarca que, para entonces, la política pública de Riohacha giraba en torno a la obligación de atender las necesidades básicas insatisfechas de los ciudadanos del municipio y del Departamento, particularmente la problemática derivada de la obsolescencia y la necesidad de ampliar la cobertura de las redes de alcantarillado a fin de garantizar el correcto desarrollo urbanístico del municipio.

Así, surge diáfano que la segunda etapa del proyecto no podía ser ajena al principio de planeación, máxime que la administración departamental discernía que el desarrollo del programa de vivienda en ese sector requería de la ejecución de infraestructura hidrosanitaria como requisito para la puesta en marcha de las obras, de lo contrario, la nueva etapa se vería supeditada a la improvisación, tal como ocurrió en la primera fase.

Y no se puede desconocer que el acusado avaló la idoneidad del proyecto y lo presentó ante el Fondo Nacional del Ahorro, estando enterado, por parte de la Gerencia de la Unidad de Servicios Públicos Domiciliarios de Riohacha, que el acceso al servicio de alcantarillado se encontraba restringido conforme a la implementación del Plan Maestro de Alcantarillado, además, intervino directamente en la escogencia de la empresa *Limos* como constructor del

---

<sup>108</sup> Folios 177 ss. cuaderno de Fiscalía No. 9.

programa habitacional, suscribiendo el denominado «*Convenio de Cooperación*».

Del grado de instrucción del enjuiciado como especialista y magister en desarrollo regional, así como de su experiencia profesional como diputado, secretario privado del Gobernador de la Guajira, secretario de gobierno y posterior mandatario de ese Departamento se colige que estaba familiarizado e instruido acerca de la naturaleza de los procesos contractuales que adelantaba la entidad pública, y que sobre él recaía la responsabilidad de velar porque estos se adelantaran con arreglo a la ley.

De esta manera para la Sala está acreditado que CUELLO BLANCHAR, al tramitar y celebrar el «*Convenio de Cooperación*» de 2000, consciente y voluntariamente se apartó de los requisitos legales esenciales, en clara pretermisión de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva.

Ahora, a pesar de que la Fiscalía lo llamó a responder a título de coautor, ni la resolución de acusación, ni en desarrollo de la audiencia pública indicó, quiénes y qué actividad concreta desplegaron otras personas, ello parecería obedecer al hecho que la investigación abarcó inicialmente también a otros gobernadores del departamento de La Guajira, como Jorge Eliécer Ballesteros Bernier y José Luis González Crespo, pero en favor de ellos se precluyó la investigación tanto por éste ilícito, como por el de peculado

por apropiación, de manera que al estimar que sólo CUELLO BLANCHAR estaba comprometido en el punible de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, debió el ente acusador acotar su responsabilidad como autor. No obstante, deviene claro conforme con la prueba el dominio funcional del hecho para tenerlo como tal —autor—, sin que ello se traduzca en una afrenta al principio de congruencia, por cuanto en manera alguna se está modificando el aspecto fáctico fijado en el pliego acusatorio, así como tampoco tiene algún cariz desfavorable frente a las garantías reconocidas al enjuiciado por la Constitución y la ley, ni le comporta consecuencia punitiva adversa al estar establecida la misma pena, tanto para el autor, como para el coautor.

En suma, la valoración de los actos realizados por ÁLVARO CUELLO BLANCHAR permiten a la Sala determinar que se encuentran reunidos los requisitos objetivo y subjetivo que comprometen de manera directa su responsabilidad como *autor* del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, y sobre este se pasará a analizar su antijuridicidad y culpabilidad.

### **ANTI JURIDICIDAD**

Según el artículo 11 de la Ley 599 de 2000, para que una conducta típica sea punible ha de lesionar o poner efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

La antijuridicidad es todo comportamiento humano contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico y que, como elemento estructurante del delito, debe ser entendida en sentido material y no solo desde la perspectiva formal, es decir, no desde la mera disconformidad de la acción humana con la norma, sino con la aptitud suficiente para sancionar cuando de manera efectiva se lesiona o se pone en peligro un bien jurídicamente tutelado por la ley, sin justificación jurídicamente atendible.

El ilícito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* protege el bien jurídico de la administración pública, tutela que resguarda el correcto ejercicio de la función pública, entendida como la actividad funcional del Estado, de los entes territoriales y demás entidades públicas de todo orden que actúan coordinadamente en el cumplimiento de los fines constitucionales, en garantía que la prestación del servicio público responda siempre al interés general y conforme a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política.

En este caso se constata la lesividad del comportamiento atribuido a ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, toda vez que afectó sin justa causa el bien jurídico de la administración pública en tanto por sí mismas supone el desvío del interés general que debe regir todas las actuaciones de las autoridades en los ámbitos territoriales.

El citado procesado, teniendo el deber de actuar en procura de la satisfacción del interés general, a cuyo resguardo se comprometió cuando tomó posesión en el cargo de Gobernador de La Guajira, decidió tramitar, aprobar y ofertar a ultranza un proyecto que no cumplía con los estándares de calidad, aunado a la ligereza que signó la escogencia del contratista; pretermitiendo para ello los principios de la Ley 80 de 1993.

### **CULPABILIDAD**

La culpabilidad se entiende como la capacidad del individuo para conocer y entender bajo parámetros de razonabilidad, que su conducta lesiona los intereses de sus semejantes y de acuerdo con esa comprensión, adecúa su actuación con discernimiento, intención y libertad, o lo que es lo mismo, la idoneidad o aptitud jurídica de un sujeto para la realización de un hecho típico y antijurídico en cuanto reprochable, que genera la imposición de una pena.

Para la Sala, ÁLVARO CUELLO BLANCHAR tenía plena capacidad para comprender la ilicitud de sus actos y para autodeterminarse conforme dicha comprensión, pues así lo revela su sanidad mental y la plena conciencia sobre su antijuridicidad, siéndole exigible una conducta adecuada a las exigencias normativas.

En efecto, no se tiene noticia que hubiera ejecutado la conducta típica y antijurídica condicionado por algún tipo de

perturbación psíquica o inmadurez psicológica que le impidiera comprender y acatar los mandatos legales. Por el contrario, su formación profesional y recorrido laboral permiten afirmar que para el momento de la comisión del punible no padecía alguna patología transitoria o permanente que le impidiera comprender la naturaleza de la conducta a él endilgada, por manera que el injusto le es plenamente atribuible pues, pese a estar en posición de ajustar su comportamiento al mandato legal, no lo hizo.

Los referentes probatorios analizados denotan que CUELLO BLANCHAR conocía la ilegalidad de sus actos y le era exigible otra conducta, pese a ello, optó por prestar su voluntad al propósito delictivo del que da cuenta la actuación, a sabiendas de que con ello lesionaba la administración pública de la que hacía parte.

### **RESPONSABILIDAD**

Acreditada la materialidad de la conducta punible de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, una vez superado el estudio sobre su consagración como comportamiento prohibido por el ordenamiento jurídico, su contrariedad formal y material con este último y el juicio de culpabilidad que pesa en contra de ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, no queda camino distinto que concluir que el acusado es penalmente responsable por tal comportamiento delictivo y así deberá ser condenado.

Lo concerniente a la punibilidad será determinado en un acápite posterior en esta providencia.

#### **4.4. Del delito de peculado por apropiación**

De acuerdo con el pliego acusatorio, el delito de *peculado por apropiación* habría sido perpetrado por HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE durante el periodo en que fueron realizados los pagos en favor de la *Constructora Limos*, esto es, entre los meses de febrero de 2001 y mayo de 2002, de forma que la conducta juzgada transitó en vigencia del Decreto Ley 100 de 1980 y de la Ley 599 de 2000.

Sin embargo, atendiendo que el último acto de apropiación de recursos, presuntamente se habría concretado en mayo de 2002, época para la cual ya estaba en vigor el Código Penal de 2000<sup>109</sup>, la Sala partirá de la tipificación consagrada en el texto original del artículo 397 de dicha preceptiva, que define el citado punible así:

*«El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.»*

---

<sup>109</sup> De acuerdo con el artículo 474 de la Ley 599 de 2000, tal normativa entró a regir un año después de su promulgación, es decir, el 24 de julio de 2021.

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

*Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado».*

Asimismo, se precisa que no ha de tenerse en cuenta el aumento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pues tal normativa no estaba vigente para el momento de los hechos.

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

La relación entre el servidor público y los bienes del Estado, o los bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le hayan confiado por razón o con ocasión de sus funciones, puede ser material o jurídica. La disponibilidad material, conforme lo ha señalado la Sala Penal de esta Corporación, se asimila a la simple constatación empírica de poder usar o manipular el objeto,



mientras que en lo que se refiere a la disponibilidad jurídica se requiere llevar a cabo un proceso de abstracción en virtud del cual se analiza el dominio que el agente tiene sobre dichos bienes<sup>110</sup>.

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

Se trata de una conducta punible de ejecución instantánea que se consuma cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado<sup>111</sup>, en provecho suyo o de un tercero. En ese sentido, ha reiterado la Sala de Casación Penal que *«el acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público»*<sup>112</sup>.

Tratándose del elemento subjetivo, es una conducta esencialmente dolosa, por tanto, requiere *conocimiento* de los hechos constitutivos de la infracción penal y *voluntad* en su

---

<sup>110</sup> CSJ SCP SP4490-2018, 10 oct. 2018, Rad. 52269, CSJ SCP SP2339-2020, 1º Jul. 2020, Rad. 51444.

<sup>111</sup> CJS SP18532-2017, 8 Nov. 2017, rad. 43263.

<sup>112</sup> CJS SP18532-2017, 8 Nov. 2017, rad. 43263.

realización. En tal medida, para acreditar que el procesado, prevalido de esa conciencia conduce su voluntad a la apropiación de los bienes en cuestión, en provecho suyo o de terceros, es necesario analizar los actos externos a través de los cuales puedan acreditarse uno y otro.

#### **4.4.1. Del caso en estudio**

La Sala emitirá sentencia de carácter absolutorio en favor de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, ya que no se reúnen cabalmente los elementos constitutivos del tipo penal endilgado, que permitirían predicar su responsabilidad frente a los hechos investigados.

Se le acusó de incumplir su deber de administrar y custodiar correctamente el dinero de los afiliados del FNA y beneficiarios de *Villa Sharín II*, al autorizar el desembolso de peculios en favor de la *Constructora Limos* entre los meses de febrero de 2001 y mayo de 2002, pese a que el proyecto de vivienda enfrentaba graves inconvenientes que trastornaban su terminación y entrega. Asimismo, se le reprochó haber pagado al contratista la suma de \$263.668.000 en la cuenta No. 682-013335-0 del Banco Popular, la cual disentía de la establecida para depositar los recursos abonados por la Gobernación por concepto del proyecto de interés social *Villa Sharín II*.

Respecto al primero de los requisitos necesarios para la estructuración del delito, esto es, un sujeto activo calificado,

se acreditó que DELUQUE FREYLE ostentó la calidad de servidor público al ser Gobernador de la Guajira. Paralelamente, se encuentra probado que, con arreglo al «*Convenio de Cooperación*» celebrado algún día de noviembre de 2000, tenía la competencia funcional para administrar, custodiar y disponer del dinero de los particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro que habían respondido favorablemente ante el programa de vivienda ofertado por el ente territorial.

Tal prerrogativa se desprende del propio convenio, al precisar que la Gobernación, en calidad de oferente, «*presentó al Fondo Nacional del Ahorro un proyecto de vivienda de Interés Social denominado ‘VILLA SHARIN II ETAPA’ para su financiación con créditos directos a los beneficiarios, dentro de la política de Alianzas Estratégicas, en donde el CONSTRUCTOR aporta los lotes y la construcción del proyecto y **EL OFERENTE la administración del mismo***»<sup>113</sup>. (Negrilla fuera de texto).

Por ello, la custodia del dinero de los particulares afiliados al Fondo, provenientes de las cesantías y créditos hipotecarios que les fueron aprobados, se había confiado a la Gobernación de La Guajira, representada legalmente, para los años 2001 y 2002, por DELUQUE FREYLE. De ahí que el procesado, en calidad de oferente, haya sido destinatario de recursos consignados por el FNA entre los meses de febrero de 2001 y mayo de 2002, los cuales eran administrados en una cuenta de destinación específica establecida con ese propósito, pues al tratarse de peculios de naturaleza privada,

---

<sup>113</sup> Folio 298, cuaderno Anexos Fiscalía No. 4.

no podían integrarse al patrimonio del ente territorial.

Lo anterior se fundamenta en la estipulación novena del convenio que estableció la forma como se debían manejar los recursos: «Una vez se consignen los recursos por parte del Fondo Nacional del Ahorro, desembolsados en cumplimiento de lo establecido para cada instalamento y después de descontar los recursos correspondientes a la administración e interventoría del proyecto, el OFERENTE los girará a el CONSTRUCTOR dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su recibo y previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos, en especial, por la Resolución 0115 de mayo 11 de 2000. A su vez el CONSTRUCTOR abrirá una cuenta especial a su nombre y bajo su exclusiva responsabilidad para el manejo de los términos establecidos en este convenio»<sup>114</sup>. Y que los desembolsos que efectuara la Gobernación desde la cuenta única de destinación específica debían pagarse mediante cheques girados exclusivamente a nombre del constructor, con sellos restrictivos para consignar a la cuenta del primer beneficiario<sup>115</sup>.

En punto al pago de los peculios que habrían estructurado la apropiación por parte del procesado en favor de la *Constructora Limos*, es imperante referir que el propio convenio especificaba los requisitos que habrían de satisfacerse a efectos que el FNA desembolsara el dinero a la Gobernación de La Guajira, y esta a su vez, los cancelara al contratista, pues en la cláusula segunda, en concordancia

---

<sup>114</sup> Folios 70 y 71, cuaderno de Fiscalía No. 8.

<sup>115</sup> Parágrafo de la estipulación octava del Convenio de Cooperación de 2000. Folio 70, cuaderno de Fiscalía No. 8.

con el artículo 14 de la Resolución No. 0115 de 2000 —que como se explicó previamente hacía parte integral del convenio<sup>116</sup>—, señalaba que los giros debían realizarse a favor del oferente en tres instalamentos, así:

*«1º INSTALAMENTO. Los recursos correspondientes al valor total de las cesantías disponibles y el treinta y cinco (35%) del crédito aprobado, se girarán a la cuenta única de destinación específica abierta por el OFERENTE previa verificación del diez por ciento (10%) de avance de obra física, incluido obras de urbanismo sobre la totalidad del proyecto que se va a desarrollar, certificado por el interventor residente del proyecto nombrado por la entidad OFERENTE y de la remisión a la división de crédito del FNA de la primera copia de la escritura pública de compraventa, mutuo e hipoteca en primer grado, debidamente registrada y otorgada por el afiliado así como el pagaré en blanco con carta de instrucciones, autorización de giro de cesantías, pólizas de buen manejo y correcta inversión de los recursos girados, de cumplimiento de la ejecución de la obra, de salarios y prestaciones sociales y responsabilidad civil extracontractual, contenidas en el instructivo de pólizas de seguros.*

*2º INSTALAMENTO. Correspondiente al treinta y cinco por ciento (35%) del valor del crédito aprobado, el cual se girará contra el cincuenta por ciento (50%) de avance de la obra, incluyendo obras de urbanismo por unidad de vivienda, previa certificación del interventor de dicho avance por cada unidad. Adicionalmente se exigirá la póliza de buen manejo y correcta inversión de este instalamento. Dichos documentos deben ser remitidos a la División de Crédito del FNA.*

*3º INSTALAMENTO. Correspondiente al treinta por ciento (30%) final del valor total del crédito, el cual se girará a la entrega a entera satisfacción de la vivienda al afiliado de la misma. Igualmente se exigirá el informe de la interventoría de obra, certificación de terminación de obra y habitabilidad de vivienda (formato 4); acta individual de entrega de cada una de las viviendas, de las obras de urbanismo, infraestructura y amoblamiento urbano, escritura de transferencia del dominio al afiliado, póliza de estabilidad y calidad de la obra y paz y salvo*

---

<sup>116</sup> Folio 69, cuaderno de Fiscalía No. 8.

*de servicios públicos. Dichos documentos deben ser remitidos a la División de Crédito del FNA.*

*PARÁGRAFO: La interventoría se realizará por medio de un residente de obra designado por la entidad oferente. Deberá presentar informes mensuales al oferente sobre el avance de la misma. Para los desembolsos, deberá existir concepto e informe previo de la interventoría»<sup>117</sup>.*

Precisamente por las obligaciones enlistadas, fue imperioso para la entidad pública contratar la interventoría de la obra, habida cuenta que encarnaba la forma más eficaz de llevar a cabo el seguimiento técnico y verificar el cumplimiento de los requisitos que viabilizaban el pago de cada uno de los instalamentos. Por esta razón, la Gobernación de la Guajira, representada para entonces por ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, suscribió el contrato de interventoría No. 002 de 27 de diciembre de 2000<sup>118</sup> con el arquitecto Rodrigo Solano Mindiola.

Con ocasión de la labor adelantada por el interventor, el 4 de enero de 2001<sup>119</sup> fue remitido al FNA el primer informe de avance de obra, dando cuenta de las especificaciones técnicas del área de construcción del proyecto y el estado de ejecución de las viviendas en un equivalente al 31,1% del programa habitacional, avizorando congruencia con los planos, especificaciones y diseños de cara a las licencias y métodos constructivos preconcebidos; así como también dejó por sentado que la obra estaba siendo desarrollada de

---

<sup>117</sup> Folios 3 y 4, cuaderno Anexos Fiscalía No. 5.

<sup>118</sup> Folio 191, cuaderno de Fiscalía No. 2.

<sup>119</sup> Folio 56, cuaderno de Fiscalía No. 4.

acuerdo con los compromisos establecidos<sup>120</sup>.

Por esa razón, el 7 de febrero de 2001<sup>121</sup>, el FNA desembolsó el primer instalamento por valor de \$478.365.753 equivalente al 35% de los créditos aprobados respecto de 70 soluciones de vivienda y, el 23 de febrero siguiente<sup>122</sup>, entregó la suma de \$236.799.924 por concepto de cesantías de 69 afiliados, restando únicamente el pago de \$1.933.225 por cuenta de las cesantías del beneficiario identificado con cédula de ciudadanía No. 84.080.601<sup>123</sup>.

De otra parte, en lo que atañe a los aspectos que habilitaron la cancelación del segundo instalamento, media en el expediente el informe de 13 de diciembre de 2001<sup>124</sup> elaborado por el arquitecto Rodrigo Solano, a través del cual certificó que de las 69 unidades de vivienda precitadas<sup>125</sup> se había materializado la entrega de 18 inmuebles identificados así: A-11, R-10, R-11, R-12, R-14, T-11, S-10, S-12, S-14, Y-3, Y-4, Y-5, Y-6, Y-7, Y-8; Z-7, Z-8 y Z-9<sup>126</sup>.

Igualmente, el 30 de abril de 2002, el interventor presentó ante el FNA un nuevo informe<sup>127</sup> enlistando los

---

<sup>120</sup> Folio 56, cuaderno de Fiscalía No. 4.

<sup>121</sup> En atención a que el Fondo Nacional del Ahorro realizaba las consignaciones en distintas fechas, de acuerdo con la solicitud de cada beneficiario, se tomó el 7 de febrero de 2001 como el día en que se canceló del primer instalamento, dado que fue la data en que se realizó el 95% de los pagos por concepto de créditos.

<sup>122</sup> Fecha en que se realizó el 95% de los pagos por concepto de cesantías.

<sup>123</sup> Folios 112 ss., cuaderno de Fiscalía No. 6.

<sup>124</sup> Folio 250 ss., cuaderno Anexos Fiscalía No. 1.

<sup>125</sup> El desfase de una casa fue evidenciado por el arquitecto Carlos Alfonso Enciso Nieto, integrante del Grupo Interno de Trabajo de la División de Investigación y Desarrollo de Productos del FNA, al rendir informe de visita técnica al proyecto de vivienda Villa Sharín II Etapa realizada el 14 de julio de 2003.

<sup>126</sup> Folios 93 a 110 cuaderno de Fiscalía No. 4.

<sup>127</sup> Folio 215, cuaderno Anexos Fiscalía No. 1.

avances arquitectónicos y urbanísticos de la construcción, relacionando los materiales que se encontraban en el lugar de trabajo y las labores cumplidas entre el 17 de diciembre de 2001 y 30 de abril de 2002, con los registros fotográficos pertinentes para sentar las siguientes conclusiones:

- ✓ *El avance de las obras no coincide con las programadas en el proyecto por parte de la firma constructora.*
- ✓ *Las obras ejecutadas alcanzan apenas al 53,1% del total del proyecto, o sea la construcción de 52 viviendas, donde debía haberse avanzado en un 80%.*
- ✓ *Las obras de urbanismo se encuentran ejecutadas en un 61,20% acorde con los cronogramas de las obras, estos porcentajes de obras de urbanismo están incluidas en las reportadas en el numeral anterior.*
- ✓ *Existen materiales de construcción almacenados en el área de trabajo, tales como: cemento, acero de refuerzo, tubería de agua potable, sanitaria y eléctrica, cables eléctricos, bloques de arcilla cocida, agregados finos y gruesos, estos materiales están disponibles para ser utilizados en el momento que se requieran.*

Adicionalmente, el arquitecto Rodrigo Solano puso de relieve que cada una de las viviendas que conformaban la segunda etapa de *Villa Sharín* presentaban un avance correspondiente al 52,5%<sup>128</sup>, individualizando los inmuebles y sus respectivos propietarios:

No.	Mza.	Lote	Nombres y Apellidos	Crédito No.	Avance %
1	R	6	Aragón Arregocés Oneida Leonor	40.796.050	52.5%
2	X	10	Baena Polo Esmith David	8.693.446	52.5%
3	Y	12	Ballesteros González Elva Aurora	40.914.048	52.5%
4	Q	19	Barlisa Guillermina María	40.918.051	52.5%
5	X	4	Beleño Manjarrez Berlys Beatriz	32.670.906	52.5%
6	W	9	Beltrán Pérez Emérita María	40.839.076	52.5%
7	Q	21	Bermúdez Gómez Edilsí Del Carmen	40.915.195	52.5%
8	W	14	Bermúdez Mindiola Ursulina Antonia	22.697.692	52.5%

<sup>128</sup> Folio 233, cuaderno Anexos Fiscalía No. 1.



No.	Mza.	Lote	Nombres y Apellidos	Crédito No.	Avance %
9	W	12	Camelo Brache Justina	40.984.625	52.5%
10	W	28	Cantillo Rodríguez Luz Marina	57.300.342	52.5%
11	W	23	Carrillo Melo Oriol	84.080.601	52.5%
12	W	6	Castillo Cárdenas Teresa de Jesús	34.957.814	52.5%
13	R	18	Castro Guerrero Marcos Fidel	19.449.195	52.5%
14	Q	3	Contreras Cruz Segundo Rafael	3.851.915	52.5%
15	R	1	Ducan Palacio Juana Francisca	26.960.847	52.5%
16	W	25	Epinayu Jarariyu Virginia	27.022.549	52.5%
17	W	10	Epinayu Saida Elena	27.022.026	52.5%
18	Q	12	Escorcia Barrios Edgardo Daniel	77.022.958	52.5%
19	Q	14	García Martínez Manuel Ramón	19.614.566	52.5%
20	W	17	Gómez Atencio Marcela	56.069.584	52.5%
21	X	8	Govea Paz Nany	56.070.522	52.5%
22	W	18	Ibarra de Solano Hermenegilda Cecilia	26.965.799	52.5%
23	R	8	Ibarra Moscote Jorge Eliécer	17.801.478	52.5%
24	R	15	Iguarán Morillo Nohora Lisbeth	27.023.389	52.5%
25	R	5	Iguarán Quintero Carmen Rosario	40.914.697	52.5%
26	W	27	Ipuana Epinayu Rita Antonia	27.021.485	52.5%
27	W	21	Julio Curiel Deniris María	64.551.232	52.5%
28	Q	5	Jusayu Eloisa	27.021.420	52.5%
29	W	22	Loperena Miguelina	40.912.085	52.5%
30	X	7	López Ipuana Catalina	40.833.022	52.5%
31	W	16	Madrid de Banda Ana Isabel	30.645.508	52.5%
32	Q	13	Márquez Yerena Andrés Manuel	10.938.394	52.5%
33	Y	1	Mejía Manjarrez Edalcia Cleotilde	40.916.397	52.5%
34	Q	9	Mendoza González Jorge Enrique	12.593.132	52.5%
35	W	11	Mendoza Muñoz Esteban	84.034.222	52.5%
36	Q	22	Navarro Medina Emelina Raquel	40.795.217	52.5%
37	R	16	Peña Luis Eduardo	91.436.504	52.5%
38	X	12	Pimienta Barroso Ofelia Del Carmen	40.867.701	52.5%
39	W	15	Pinto Rodríguez Antonio Manuel	84.032.887	52.5%
40	X	14	Romero Castro Jessica Gregoria	40.922.001	52.5%
41	W	5	Rosado Juan de Dios	5.175.733	52.5%
42	Y	10	Salas Varela Margarita Rosa	36.560.804	52.5%
43	X	2	Santana Ruiz Sarith Bernarda	25.869.807	52.5%
44	Q	1	Sierra Aguilar Mireya	40.983.784	52.5%
45	W	3	Sierra Macea Rosa E.	40.914.375	52.5%
46	X	5	Sierra Medina Saul Alberto	5.483.509	52.5%
47	X	1	Suárez Ipuana Enilda Elena	40.832.985	52.5%
48	W	1	Tovar de Iguarán Etelvina Rosa	40.914.077	52.5%

No.	Mza.	Lote	Nombres y Apellidos	Crédito No.	Avance %
49	Q	23	Urariyu Jarariyu Dulce Elena	27.022.901	52.5%
50	Q	11	Uriana Márquez Segundino	84.028.359	52.5%
51	R	9	Uriana Pushaina Dalia Leonor	40.839.304	52.5%
52	W	26	Villa Iliche Luis Enrique	78.021.687	52.5%

Con base en el informe reseñado, el 7 de mayo de 2002 la *Constructora Limos* remitió un oficio al jefe de División de Crédito del FNA<sup>129</sup> solicitando el giro del segundo instalamento, pues conforme lo pactado en el convenio, la obra reunía los presupuestos requeridos para la concreción de tal pago, esto es, reflejaba más del 50% de ejecución.

En ese orden, el 14 de mayo de 2002<sup>130</sup> el Fondo consignó a la Gobernación de La Guajira la suma de \$472.363.419, equivalente al 35% del monto de los créditos aprobados respecto de 69 unidades de vivienda, quedando pendiente el pago de \$5.503.383 concernientes al afiliado identificado con cédula de ciudadanía No. 40.984.625<sup>131</sup>.

Ahora, la naturaleza de los recursos que conformaron los pagos realizados se encuentra corroborada en el informe de policía judicial No. 536564 del 29 de junio de 2010<sup>132</sup>, por medio del cual fue posible individualizar los afiliados del FNA que resultaron beneficiarios de los créditos para adquisición de vivienda en la segunda etapa de *Villa Sharín*, el monto de los desembolsos, las cesantías pignoradas y los capitales

<sup>129</sup> Folio 202, cuaderno de Fiscalía No. 2.

<sup>130</sup> Fecha correspondiente al 95% de los pagos.

<sup>131</sup> Folio 4, cuaderno Anexos Fiscalía No. 6.

<sup>132</sup> Folios 112 ss., cuaderno de Fiscalía No. 6.

consignados por la entidad; tópicos que fueron revalidados en el informe de visita técnica realizado por Carlos Enciso Nieto el 14 de julio de 2003<sup>133</sup>, integrante del Grupo Interno de Trabajo de la División de Investigación y Desarrollo de Productos del Fondo.

Para afianzar tal punto, se demostró que una vez el FNA desembolsó en favor del ente territorial los capitales del primer y segundo instalamento, el gobernador DELUQUE FREYLE autorizó los pagos por cuenta de la ejecución del proyecto, la interventoría y administración, así<sup>134</sup>:

FECHA	CHEQUE	VALOR	LIMOS LTDA.	INTERVENTORÍA	ADMINIS/
13/02/2001	7267876	\$ 40.530.000		\$ 40.530.000	
13/02/2001	7267877	\$ 17.640.000			\$17.640.000
13/02/2001	7267878	\$ 369.800.000	\$ 369.800.000		
2/03/2001	7267879	\$ 246.900.000	\$ 246.900.000		
9/05/2001	7267880	\$ 19.550.869	\$ 19.550.869		
9/05/2001	7267882	\$ 22.738.800	\$ 22.738.800		
14/05/2001	7267883	\$ 13.813.481	\$ 13.813.481		
12/06/2001	7267884	\$ 185.000.000	\$ 185.000.000		
26/06/2001	7267885	\$ 5.257.409	\$ 5.257.409		
17/07/2001	7267886	\$ 4.700.000	\$ 4.700.000		
2/08/2001	7267887	\$ 24.705.000	\$ 24.705.000		
28/12/2001	7267888	\$88.000.000	\$88.000.000		
23/01/2002	7267889	\$ 25.120.000	\$ 25.120.000		
1/02/2022	7267890	\$ 36.000.000	\$ 36.000.000		
20/05/2002	7267891	\$ 18.000.000			\$ 18.000.000
21/05/2002	7267892	\$ 42.000.000		\$ 42.000.000	
21/05/2002	7267893	\$ 21.100.000	\$ 21.100.000		
21/05/2002	7267894	\$ 263.668.000	\$ 263.668.000		
<b>TOTAL</b>		<b>\$1.444.523.559</b>	<b>\$1.326.353.559</b>	<b>\$82.530.000</b>	<b>\$35.640.000</b>

Conforme con lo anterior, no resulta impropio el hecho que el FNA hubiese girado a la Gobernación los recursos

<sup>133</sup> Folio 3, cuaderno Anexos Fiscalía No. 6.

<sup>134</sup> Folio 122, cuaderno de Fiscalía No. 6.

concernientes al primer y segundo instalamento, y que dicho ente territorial, representado por DELUQUE FREYLE, haya autorizado pagar la suma de \$82.530.000 al interventor de la obra, \$1.326.353.559 a la *Constructora Limos* por la labor ejecutada y \$35.640.000 en beneficio del departamento por concepto de la administración del proyecto, por cuanto es nítido que el mandatario departamental actuó acorde con los lineamientos contractuales establecidos en el «*Convenio de Cooperación*» de noviembre de 2000, los cuales le exigían tramitar los pagos del primer y segundo instalamento, una vez el Fondo Nacional del Ahorro consignara los caudales en la cuenta de destinación específica administrada por la entidad territorial.

Paralelamente, se tiene que el procesado cumplió con la forma de pago estipulada en el convenio, comoquiera que los citados abonos fueron efectuados mediante cheques girados a nombre de la *Constructora Limos* con el sello de restricción para consignar en la cuenta del primer beneficiario<sup>135</sup>.

De ahí que esta Colegiatura desestime la censura relativa a que el enjuiciado permitió el desvío de \$263.668.000 al haber girado un cheque el 21 de mayo de 2002 y cuya consignación gestionó la constructora en una cuenta bancaria distinta a la pactada, comoquiera que la obligación del encartado estaba circunscrita a girar el

---

<sup>135</sup> Folios 52, 53, 56, 58, 60, 2, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 89, 90 y 93, cuaderno Anexos Fiscalía No. 4.

cheque con el sello restrictivo de pago al primer beneficiario, como en efecto ocurrió<sup>136</sup>.

Por demás, refulge caprichoso el anterior cuestionamiento al pretender responsabilizar a DELUQUE FREYLE por una obligación que era del resorte de *Limos*, empresa que si bien incumplió el contrato signado al consignar el título valor en una cuenta diversa a la estipulada, no se puede perder de vista que el producto bancario utilizado con ese depósito también pertenecía a dicha constructora<sup>137</sup>.

Por ello, no hay sustento para afirmar, como lo hace la Fiscalía, que la apropiación de recursos en favor de la *Constructora Limos* obedeció a la autorización de los pagos sin considerar la problemática ambiental que signaba el proyecto, pues es latente, de una parte, que el procesado actuó en acato a las obligaciones referidas en el convenio de 2000 y, por otra, que tuvo conocimiento de la situación hidrosanitaria a través de requerimientos cristalizados meses posteriores a la cancelación del segundo desembolso.

Lo anterior encuentra asidero en la Resolución No. 02315 de 6 de septiembre de 2002 emitida por la Corporación Autónoma Regional de la Guajira, por la cual se conminó al municipio de Riohacha, la Gobernación y la empresa Aguas de la Guajira para concretar la conexión de

---

<sup>136</sup> Folio 52, cuaderno Anexos Fiscalía No. 4.

<sup>137</sup> Certificado por el Banco Popular que reposan a folios 97, cuaderno Anexos Fiscalía No. 4. y 266, cuaderno Sala de Primera Instancia No. 1.

las viviendas de *Villa Sharín II* a la red del sistema de alcantarillado de la ciudad, como mecanismo de disposición de aguas residuales<sup>138</sup>.

Ante la imposibilidad de solventar el inconveniente ambiental, ya que las redes de alcantarillado del municipio no tenían alcance en las comunas donde se ejecutaba *Villa Sharín II*, el 24 de octubre de 2002 el interventor y la constructora acordaron la suspensión de la obra certificando que los trabajos reiniciarían tras superar el impase de la vigencia de la licencia de construcción<sup>139</sup>, cuya renovación estaba sujeta a la disponibilidad del citado servicio público.

Para la Sala, tampoco le asiste razón a la Fiscalía cuando sostiene que el procesado ejerció dolosamente la indebida administración del proyecto al soslayar que las dificultades para empalmar las viviendas al sistema de alcantarillado fueron evidenciadas por la nueva administración cuando la obra se encontraba en ejecución, y posterior al desembolso del segundo instalamento, esto es, 14 de mayo de 2002, pues contrariamente, no le era exigible a DELUQUE FREYLE advertir con tanta anticipación que se irían a generar consecuencias como las indicadas, cuando surge claro que, sus obligaciones administrativas se encontraban supeditadas a la certificación de los avances de obra por parte del interventor, lo que realmente sucedió y le fue entregado, por ello estaba obligado a cumplir con los

---

<sup>138</sup> Folio 150, cuaderno de Fiscalía No. 2.

<sup>139</sup> Folio 148, cuaderno de Fiscalía No. 2.

desembolsos, óptica desde la cual el enjuiciado se apegó al tenor del convenio como instrumento jurídico determinante de la relación con la Constructora *Limos*, el cual para cuando asumió la Gobernación de La Guajira, estaba vigente.

La deficiencia administrativa que pretende resaltar el ente acusador acaeció en una fase antecedente al desempeño del cargo de DELUQUE FREYLE, específicamente, en la etapa de planeación de *Villa Sharín II*, justamente cuando el anterior Gobernador ÁLVARO CUELLO BLANCHAR tramitó y presentó el proyecto ante el Fondo Nacional del Ahorro con pleno conocimiento del problema hidrosanitario que enfrentaba ese sector de la ciudad, irregularidad que trascendió hasta la celebración del nominado «*Convenio de Cooperación*» de noviembre de 2000, para el cual CUELLO BLANCHAR aseguró que el programa contaba con disponibilidad de servicios públicos, lo que no se correspondía con la realidad al existir imprecisión sobre la fecha en que se implementaría el Plan Maestro de Alcantarillado en esa zona.

Desde tal perspectiva, la Sala distingue que HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, como administrador del proyecto y ante la situación generada por la falta de alcantarillado, incluyó en el Plan de Desarrollo Departamental 2001-2003 acciones prioritarias correspondientes al Programa de Mejoramiento y Optimización de los Servicios de Agua Potable, enmarcado en el proyecto «*ampliación de las redes de Conducción y Distribución*

de Acuerdo(sic) y Alcantarillado de la Urbanización Villa Sharín, para el sector Sur de Riohacha»; aspecto que incluso fue certificado por la directora del Departamento Administrativo de Planeación el 12 de julio de 2002<sup>140</sup>.

Por demás, en el proceso disciplinario que se le siguió en la Procuraduría General de la Nación<sup>141</sup>, se estableció la suscripción de los Contratos Nos. 428 de 18 de diciembre de 2001 por valor de \$1.586.500.425, en aras de promover la «construcción de las líneas de impulsión –segunda etapa– segunda fase, grupo II tercer sector (K4+556.94 al K7+021.94) para el plan maestro sanitario de Riohacha»; 429 de 18 de diciembre de 2001 por \$1.984.089.665 para la «construcción de impulsión – segunda etapa – segunda fase, grupo I segundo sector (K1+485.94 al K4+556.94)»; y 487 de 26 de diciembre de 2001 por \$2.119.889.561 para la «construcción de obras para el Plan Maestro de Alcantarillado sanitario de Riohacha, sistema de tratamiento de aguas residuales y emisario final»<sup>142</sup>, lo cual denota que desplegó varias acciones con el fin de cristalizar la ampliación de las redes de alcantarillado hacia la zona donde se encontraba ubicada *Villa Sharín*.

Este tópico fue recalcado por el enjuiciado durante la vista pública, al precisar que durante los años 2001 y 2002, gestionó obras para la instalación de aproximadamente 50 metros de tubería para alcantarillado a lo largo de la ciudad, y que en ese sector alcanzó a adelantar gran parte del trabajo requerido<sup>143</sup>, lo que se corresponde con lo aseverado por José

<sup>140</sup> Folio 115, cuaderno de Fiscalía No. 1.

<sup>141</sup> Proceso disciplinario rad. 001-153550-2007.

<sup>142</sup> Folio 18, cuaderno de Fiscalía No. 3.

<sup>143</sup> Medio magnético, récord 00:35:45.



Luis González Crespo, Gobernador de la Guajira para el periodo 2004-2007 en su indagatoria del 18 de junio de 2015, cuando indicó que el problema de la renovación de la licencia de construcción y el atraso en la obra se generó porque «el municipio de Riohacha detectó que en el Plan de Ordenamiento Territorial el Plan Maestro de Alcantarillado había quedado por fuera de esa área de conexión del servicio público que se estaba prestando»<sup>144</sup>, y que DELUQUE FREYLE intentó zanjar la situación mientras ejerció como mandatario departamental, pero no logró mayores avances ya que la zona donde estaba ubicado el proyecto carecía de la capacidad para integrarse al sistema de la empresa pública.

Paralelamente, confirmó que el enjuiciado adelantó varias contrataciones para la construcción de algunas líneas de impulsión de aguas residuales hacia una laguna de oxidación, sin embargo, la comunidad indígena puso resistencia a dicha obra por no haberse pactado contraprestación en su favor, aunado a que ello implicaba contaminar el medio ambiente y afectar el arroyo *Guerrero*, fuente hídrica de la que recolectaban agua para su consumo.

Sobre este aspecto da cuenta el estudio técnico realizado por el experto de la Fiscalía General de la Nación Miguel Ángel Bohórquez, de donde se desprende que las obras de provisión de bienes y servicios públicos en materia de saneamiento básico ambiental en la zona donde se encontraba ubicada la urbanización requerían de

---

<sup>144</sup> Medio magnético, récord 00:09:15.

actividades mancomunadas entre el Municipio y el Departamento, mérito por el cual la construcción de las mentadas redes de alcantarillado tardó cinco años<sup>145</sup>.

Ahora bien, concerniente a la censura planteada por el ente acusador frente a la falta de gestión del enjuiciado para obtener la renovación de la licencia de construcción, se tiene que la *Constructora Limos* debía cumplir tal cometido de acuerdo con la estipulación tercera del convenio, de realizar, entre otros, los trámites administrativos que demandara el desarrollo de la obra hasta su culminación y entrega a los beneficiarios, de ahí que esa empresa, a través de su representante legal, adelantó el trámite requerido para obtener la renovación de la licencia de construcción, pero mientras negociaba con la Sociedad de Arquitectos el pago de los impuestos respectivos, las autoridades municipales informaron que no era dable otorgar una nueva ni prorrogar la fenecida, hasta tanto se solucionaran los problemas de infraestructura de servicios públicos, tal como lo referenció Mónica Rosales en diligencia de indagatoria rendida el 11 de noviembre de 2004, agregando que por eso la Alcaldía de Riohacha ordenó la paralización de las obras<sup>146</sup>.

De ello también da cuenta el acta de reunión de 18 de febrero de 2004 durante la cual «*Informó el presidente de la Sociedad Colombiana de Arquitectos que en su oficina fue presentada solicitud de licencia de construcción por parte de la Empresa Limos Ltda.*

---

<sup>145</sup> Folio 176, cuaderno de Fiscalía No. 9.

<sup>146</sup> Folio 89, cuaderno de Fiscalía No. 1.

que no fue posible otorgarla mientras tanto no sea solucionada la parte hidrosanitaria de la obra»<sup>147</sup>.

Así, era improcedente la concesión de una nueva licencia de construcción por parte del Departamento Administrativo de Planeación Municipal de Riohacha, pues se requería certificación expedida por las autoridades competentes acerca de la disponibilidad de servicios públicos en el predio dentro del término de vigencia de la licencia, tópico incierto al no existir redes de alcantarillado en el lote del proyecto, lo que permite concluir que lo concerniente a la licencia de construcción y la suspensión de las obras de la segunda etapa de *Villa Sharín* tampoco pueden servir de base para atribuirle responsabilidad penal a DELUQUE FREYLE, pues como viene se ve, tales situaciones obedecieron a la falta de planeación previo a la celebración del «*Convenio de Cooperación*» de 2000.

Incluso, si en gracia de discusión se admitiera que por la naturaleza del contrato y los inconvenientes en la ejecución de la obra el procesado debió proveer para dar por terminado el negocio jurídico acudiendo a uno de los mecanismos autorizados por la Ley 80 de 1993, como la caducidad del contrato, lo cierto es que ello procedía en el evento en que se hubiesen presentado hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; supuesto que para el momento en que se efectuaron los pagos, se aparta de lo ocurrido en el caso

---

<sup>147</sup> Folio 227, cuaderno de Fiscalía No. 8.

concreto.

Si bien para la Fiscalía fue imposible establecer si los recursos girados por la gobernación fueron o no invertidos en la obra, media en el plenario los informes elaborados por el interventor de *Villa Sharín II* en los cuales adujo que los dineros desembolsados en favor de la *Constructora Limos* se veían reflejados en la ejecución del 53,1% de la totalidad de la obra, así como en los materiales de construcción adquiridos que, para entonces, se encontraban almacenados.

A su turno, se resalta la vacilación del ente acusador frente al número de unidades de vivienda adquiridas y entregadas a los afiliados del FNA, de cuyo cálculo devendría la estimación de los recursos presuntamente apropiados por el enjuiciado en beneficio de la constructora, ya que la resolución de acusación se ocupó de señalar que en el 2010 el Departamento comprometió \$1.795.063.493 para financiar el 64% de las 150 casas que conformaban la segunda etapa de *Villa Sharín*, pasando por alto que conforme lo probado en el proceso, solo se malogró la terminación y entrega de 52 viviendas, las cuales para la época ya presentaban un avance del 52,5%.

Bajo tales baremos, no cuenta esta Sala con elementos suficientes para establecer que el acusado se apropió en beneficio de la *Constructora Limos*, del dinero que se encontraba bajo su administración y custodia, proveniente

de los afiliados del FNA y menos que tal contratista se hubiese abstenido de invertirlo en la ejecución del proyecto, máxime cuando está demostrado que la verdadera afectación de las obras derivó de la falta de planeación del contrato.

Además, el ente acusador no logró demostrar la existencia de sobrecostos o faltantes de dinero, lo cual también aconteció en el proceso que por estafa agravada se adelantó contra la representante legal de la *Constructora Limos*, Mónica Rosales (Q.E.P.D.)<sup>148</sup>, mismo por el que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Riohacha emitió sentencia absolutoria<sup>149</sup>, confirmada integralmente por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la Guajira el 10 de julio de 2018, según consta en el informe de policía judicial No. 4882264 de 26 de abril de 2019<sup>150</sup>.

Pese a los bemoles avizorados en la actividad investigativa, se encuentran acreditadas las circunstancias que confirman que DELUQUE FREYLE actuó en cumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas del denominado «*Convenio de Cooperación*» de 2000, el cual le imponía el deber de cancelar los peculios cuestionados previa verificación del cumplimiento de ciertos requisitos; los cuales palpablemente fueron verificados y acreditados por la interventoría del proyecto.

---

<sup>148</sup> Registro Civil de Defunción No. 09716669. Folio 94, cuaderno Sala de Primera Instancia No. 2.

<sup>149</sup> Sentencia de 29 de enero de 2016, emitida dentro del proceso penal seguido en contra de Mónica Patricia Rosales de Mendoza, identificado con CUI 44001310400220110002600.

<sup>150</sup> Folio 3, cuaderno Sala de Primera Instancia No. 3.

Con estas aristas, las explicaciones defensivas, además de plausibles, son verosímiles y están demostradas para enervar la tipicidad como categoría jurídico penal que emana del principio de estricta legalidad al exigir la coincidencia entre una situación fáctica y una norma penal, pues en este caso no se acreditó el elemento objetivo del tipo tocante a la apropiación, lo que hace innecesario analizar el aspecto subjetivo.

En consecuencia, se absolverá a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE del delito de *peculado por apropiación*, previsto en el artículo 397 del Código Penal.

## **5. DE LA OBJECCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL**

Aunque la decisión de absolución del citado procesado por el delito de *peculado por apropiación en favor de terceros*, de contera descarta la existencia de daños y perjuicios como generadores de la obligación de reparar, parecería inane que la Sala se ocupara de decidir la objeción basada por error grave del dictamen pericial formulada por su defensor, es deber dar fin a tal trámite incidental, máxime que, al ser una decisión pasible del recurso de apelación, no pueden quedar “*cabos sueltos*”.

El defensor de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE denunció como error grave la metodología aplicada en el dictamen pericial No. 4882722 de 26 de abril de 2019 y en

su informe complementario No. 5247827 de 11 de octubre de 2019, al estimar que la experticia se basó en una cuantía errónea que vició el cálculo del monto del presunto detrimento sufrido por el FNA y sus afiliados, pues partió de la totalidad del dinero girado a la *Constructora Limos* durante la administración del procesado, a saber, \$1.326.353.559.

La prueba pericial es un medio de conocimiento técnico, científico o artístico capaz de orientar al funcionario judicial en la labor de investigación y juzgamiento, la cual se encuentra reglamentada a partir del artículo 249 del estatuto adjetivo de 2000, predeterminación legal que también prevé las formas y espacios procesales idóneos para desatar su contradicción.

Es así como, de una parte, la norma concreta la posibilidad de que los sujetos procesales soliciten aclaración, ampliación o adición de la prueba pericial, mecanismo idóneo para zanjar ambigüedades y vacilaciones propias de la esencia de este medio de convencimiento y, por otra, consagra la objeción al dictamen, cuyo propósito se contrae a garantizar el escrutinio y rectificación de la pericia cuando se repunte errónea.

El procedimiento para adelantar la objeción al dictamen pericial se encuentra reglado en los artículos 138, 139 y 255 de la Ley 600 de 2000. Para estos efectos, quien propone la objeción ostenta la carga de enarbolar el yerro por escrito indicando dónde se presentó y cómo afectó las conclusiones

arribadas; así como solicitar las pruebas que, acorde con la línea interpretativa de esta Colegiatura armonizada con la Sala de Casación Penal, devengan conducentes, pertinentes, racionales y útiles para demostrar el desacierto que motiva el incidente, el cual ha de tramitarse en cuaderno separado.

Posteriormente, se surte el traslado del escrito y las pruebas presentadas por el objetante por un término común de cinco (5) días, a fin de que el solicitante demuestre los errores en los que sustenta la objeción y para que los demás sujetos intervinientes se pronuncien sobre la oposición o aprobación de esta.

Cumplido lo anterior, el juez ordenará las pruebas que soliciten las partes y las que considere de oficio acorde con los criterios que orientan el decreto probatorio, las cuales se practicarán dentro de los diez (10) días siguientes, para, consecuentemente, resolver la objeción conforme lo alegado y probado. En el evento en que el incidentante no cumpla con los parámetros de admisibilidad contemplados en el precitado artículo 139, el juez deberá, de manera motivada, negar el trámite incidental.

Tal rigurosidad obedece a la naturaleza misma de esta clase de probanza, frente a la cual la Sala de Casación Penal<sup>151</sup> ha reconocido que *«exige el cumplimiento de un procedimiento especial que comprende su ordenación, la definición de la cuestión que debe ser examinada, el interrogatorio que debe ser*

---

<sup>151</sup> CSJ AP, 29 nov. 2017, rad. 47728, reiterada en CSJ AEP, 19 ago. 2020, rad. 48900.



*absuelto, la selección y designación del perito o peritos, la incorporación del dictamen al proceso, los traslados de las partes para su conocimiento y controversia (artículo 251 y ss. de la Ley 600 de 2000)»<sup>152</sup>.*

De ahí que la ley exija que el dictamen pericial sea claro y preciso, y que en su contenido se hallen detalladamente los exámenes realizados, experiencias, indagaciones y el sustento de las conclusiones. Además, las afirmaciones allí plasmadas deben ser susceptibles de demostración, toda vez que la verdad revelada no puede fundarse en criterios subjetivos del perito, por el contrario, debe estar soportada en las leyes o principios que enmarcan la especialidad.

Así pues, será el juez quien valore el dictamen y determine su objetividad de acuerdo con los criterios de la sana crítica probatoria, en este sentido, no está forzado a admitir las conclusiones a las que arribe el perito *«cuando encuentre que los fundamentos y resultados no se hallan dentro de la esfera de su dominio ni conforme a los métodos, prácticas o experimentos utilizados»<sup>153</sup>.*

Ahora bien, frente al asunto que ocupa la atención de la Sala, el defensor subrayó que al elaborar los dictámenes objetados se pasó por alto analizar los informes realizados por el funcionario del Fondo Nacional del Ahorro Carlos Enciso Nieto y el del interventor del proyecto *Villa Sharín II* donde se reportó un avance total de obra del 53.1%, lo que manifiesta que la perito desestimó que la totalidad de la

---

<sup>152</sup> Ibidem.

<sup>153</sup> CSJ AP, 29 nov. 2017, rad. 47728.

suma pagada a *Limos*, correspondiente a \$1.326.353.559, fue invertida parcialmente en la obra.

Agregó que, para la época en que fue realizado el informe de interventoría, el proyecto había cumplido con el 53.1% pese a que el avance proyectado era del 80%, surgiendo un desfase del 26.9% entre el porcentaje de obra que debió ejecutarse y el que en efecto se desarrolló.

En esta línea argumentativa razonó que el 26.9% de \$1.326.353.559 equivale a \$356.789.107, cuantía última de la cual debió partir el cálculo realizado por las expertas, pues refleja la auténtica diferencia entre la totalidad del valor girado a la *Constructora Limos* y el peculio invertido en la obra; luego el reproche de los presuntos perjuicios se debió suscitar exclusivamente respecto del valor que se dejó de invertir en el proyecto.

Planteada la objeción, esta Sala Especial, mediante auto de 25 de enero de 2022<sup>154</sup> dispuso tramitar el incidente, y con auto de 6 de abril siguiente<sup>155</sup>, se pronunció sobre las solicitudes probatorias deprecadas por el defensor de DELUQUE FREYLE, ordenando la designación de un experto distinto a las peritas que emitieron los informes objetados a fin de que verificara y conceptuara sobre los presuntos yerros denunciados; todo ello, con base en las pruebas obrantes en el expediente.

---

<sup>154</sup> Folio 14, cuaderno de objeción a dictamen pericial.

<sup>155</sup> Folios 23 ss., ídem.

Por lo anterior, el 26 de julio de 2022, el investigador experto Ángel Humberto Aguilar Álvarez allegó el dictamen No. 11-308653<sup>156</sup>, refiriendo la imposibilidad de cumplir lo requerido por la Sala al existir contradicción entre los informes de interventoría y el No. 545883 de 21 de junio de 2010, puesto que la indeterminación de los valores de las obras ejecutadas impedía establecer las bases para calcular los daños y perjuicios ocasionados en el proyecto *Villa Sharín II etapa*.

Y comoquiera que la experticia presentada no cumplió con los requisitos de forma y contenido, ya que la orden no estaba dirigida a calcular los daños y perjuicios, mediante proveído de 5 de octubre de 2022<sup>157</sup> se exhortó al perito para que acatara la orden de la judicatura, dictaminando si los multicitados peritajes presentaban los yerros denunciados, esto es, si desconocieron los informes elaborados por el interventor de la obra y por el FNA que, a juicio de la defensa, devenían indispensables para calcular con acierto los daños y perjuicios del peritaje objetado.

Fue así como el 28 de octubre siguiente el experto allegó el dictamen No. 11-315234<sup>158</sup>, donde iteró que los informes del interventor de la obra y del FNA no eran detallados en punto a los valores y cantidades de avance de obra. De tal

---

<sup>156</sup> Folios 52 ss., ibidem.

<sup>157</sup> Folio 61 ss., idem.

<sup>158</sup> Folio 67ss., cuaderno de objeción a dictamen pericial.

informe, se corrió traslado a las partes el 6 de marzo de 2023<sup>159</sup>, y fue admitido como prueba del incidente de objeción mediante auto de 19 de abril del año en curso<sup>160</sup>.

La legislación penal no delimitó la naturaleza y alcance del error que legitima la presentación del incidente, por ende, para suplir este vacío, la Sala de Casación Penal ha referenciado la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>161</sup> en los siguientes términos:

*«Para que se configure el “error grave” en el dictamen pericial, se requiere de la existencia de una equivocación en materia grave por parte de los peritos, una falla o dislate que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4º y 5º del artículo 238 del C. de P. C.*

(...) *La Corte Suprema de Justicia*<sup>162</sup> *ha advertido que:*

*“[S]i se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos... pues lo que caracteriza desacierto de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje... **es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es***

<sup>159</sup> Folio 77 ss., ídem.

<sup>160</sup> Folio 104 ss., ibidem.

<sup>161</sup> El auto CSJ AP, 29 nov. 2017, rad. 47728 cita la sentencia de la Sección Tercera-Sala de lo Contencioso Administrativo. rad. 1901-23-31-000-1996-08007 (18014) del 15 de abril de 2010, sentencia de segunda instancia.

<sup>162</sup> El auto CSJ AP, 29 nov. 2017, rad. 47728 cita la sentencia de la Sección Tercera-Sala de lo Contencioso Administrativo. rad. 1901-23-31-000-1996-08007 (18014) del 15 de abril de 2010, sentencia de segunda instancia, esta última igualmente cita a la “Corte Suprema de Justicia, auto de septiembre 8 de 1993, exp. 3446, acogido por la Corte Constitucional en sentencia C-807 de 2002 y Citado por Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de mayo 17 de 2007, Radicado 05001-23-31-000-2000-03341-01(AG).

***materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...***, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada» (Negrillas por fuera del original).

Asimismo, el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo hizo referencia a los presupuestos por los cuales es dable inferir que un dictamen pericial adolece de error grave, a saber<sup>163</sup>:

*PRIMERO. Que peque contra la lógica, aunque el error no recaiga sobre las cualidades esenciales.*

*SEGUNDO. Que sea de tal naturaleza el error que, de comprobarse, el dictamen hubiera sido fundamentalmente distinto.*

*TERCERO. Supone conceptos objetivamente equivocados.*

*CUARTO. Las objeciones deben poner de manifiesto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal magnitud que impongan la intervención de otros peritos los cuales como es de suponer llegarán a conclusiones distintas.*

*QUINTO. Debe aparecer, ostensible y objetivado.*

Como las pruebas obrantes en el expediente carecían de la información contable requerida para que el Auxiliar de la Justicia se pronunciara concretamente sobre los yerros denunciados, no le queda a esta Sala camino distinto que seguir los parámetros previamente establecidos por el Consejo de Estado para inferir si los dictámenes objetados adolecen o no de error grave.

---

<sup>163</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 5 de may. 1973, rad.1270

Así pues, valoradas las respectivas experticias, se tiene que el dictamen No. 4882722 de 26 de abril de 2019 rendido por la profesional Martha Yaneth Cano, y su informe complementario No. 5247827 de 11 de octubre de 2019, contravienen los principios lógicos, toda vez que la contadora tomó como base para calcular los presuntos perjuicios derivados del delito de *peculado por apropiación* la suma total de los recursos girados por la Gobernación de La Guajira a la *Constructora Limos*, sin realizar deducción alguna con ocasión de la entrega de 18 inmuebles, los cuales fueron reportadas en virtud del informe de interventoría de 13 de diciembre de 2001<sup>164</sup>.

Aunado a ello, es claro que la experta omitió sustraer de la totalidad de los recursos desembolsados al contratista el rubro atinente al avance total de la obra, que en línea con lo acreditado en el proceso alcanzó el 53.1%, así como tampoco examinó lo correspondiente a los materiales adquiridos previamente a la suspensión del proyecto; dejando entrever que no se materializó inversión alguna en la ejecución *Villa Sharín II*.

El reseñado error fue de tal trascendencia, que conllevó a que el cálculo de los daños y perjuicios tasados por la perita resultara ostensiblemente mayor al que en derecho correspondía, al pasar por alto la verificación probatoria correspondiente a los reportes brindados por la interventoría

---

<sup>164</sup> Folios 250 ss., cuaderno Anexos Fiscalía No. 1.

que daban cuenta de los recursos gastados en la ejecución de las viviendas, compra de materiales, equipos y pago de honorarios, entre otros.

En tal sentido, es nítido para la Sala que los peritajes refutados devienen objetivamente desatinados, pues considerar que el 100% del dinero girado por la gobernación a *Limos*, esto es \$1.326.353.559, era la base del supuesto detrimento sufrido por el Fondo Nacional del Ahorro y sus afiliados, concretando su indexación en la suma de \$2.541.167.616,75, es tan equivoco como aducir que la obra revelaba un 0% de avance, tesis que se desvanece ante la contundencia de los reportes periódicos elaborados, los cuales permiten inferir que gran parte del dinero pagado se encontraba invertido en la construcción y compra de materiales.

Entonces, siendo ello así, mal podría la perita tomar como base del cálculo del detrimento patrimonial causado, el monto correspondiente al valor total del peculio pagado por la administración departamental y no la diferencia que resultaría al deducir los recursos invertidos en la obra y los elementos adquiridos.

En tales condiciones, si el fundamento de la opinión pericial fue indebidamente considerado por la experta, la conclusión final no podría tener un resultado diverso, pues a partir de un desacierto, arribó a uno de mayor entidad. Por ello, le asiste razón a la defensa al proponer directamente la

objeción al dictamen pericial por error grave, y no acudir previamente a otros mecanismos como la aclaración o la adición de la experticia, pues si las bases de la opinión eran ostensiblemente diversas de la objetividad revelada en la actuación, cualquier aclaración o adición resultaba improcedente.

Ahora, si bien el inciso final del canon 255 de la Ley 600 de 2000 señala que de prosperar la objeción el funcionario podrá acoger el dictamen practicado para probar la objeción o decretar uno nuevo oficiosamente, conviene precisar que tal proceder deviene inútil pues, de una parte, la experticia allegada como prueba del incidente incumplió los presupuestos de forma y contenido requeridos para confirmar o rebatir el yerro denunciado por el incidentante y, de otra, resultaría superfluo e incluso dilatorio, decretar de oficio un nuevo dictamen ante la emisión de sentencia absolutoria por el punible de *peculado por apropiación* atribuido a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE.

Las circunstancias antes expuestas imponen a la Sala el deber de declarar la prosperidad de la objeción propuesta por el defensor de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, ante el error grave denunciado en el dictamen No. 4882722 de 26 de abril de 2019 y su informe complementario, que aparecen objetivamente acreditados.



## **6. DOSIFICACIÓN PUNITIVA PARA ÁLVARO CUELLO BLANCHAR**

Retomando la declaración de responsabilidad que por el ilícito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, se hizo respecto del gobernador CUELLO BLANCHAR, acogiendo la punibilidad fijada en el artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 1° del Decreto 141 de 1980, el artículo 57 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 18 y 32 de la Ley 190 de 1995, prevé una pena de prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años.

En línea con la intelección de la Sala de Casación Penal, esta Colegiatura determinará la pena con arreglo al sistema de cuartos consagrado en el Ley 599 de 2000, comoquiera que este método reportó un avance frente al Decreto Ley 100 de 1980 que permitía una total discrecionalidad del operador judicial, mientras que el ahora vigente impone la aplicación de criterios de movilidad entre los extremos punitivos mínimo y máximo señalados por el legislador, guiados por parámetros objetivos que permiten llegar a una mayor proporcionalidad de la pena imponible atendiendo las circunstancias de menor o de mayor punibilidad concurrentes<sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup> CSJ SP, 23 nov, 2016, rad. 44312. En el mismo sentido ver decisión CSJ SP, 27 feb. 2019, rad. 53174.

Por ello, siguiendo los parámetros del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, las penas anteriormente indicadas se dividirán en cuartos, quedando el ámbito de movilidad así:

PENA	1er cuarto	2° cuarto	3er. Cuarto	4° cuarto
Prisión	48 - 72 meses	72 meses y 1 día - 96 meses	96 meses y 1 día - 120 meses	120 meses y 1 día - 144 meses.
Multa S.M.L.M.V.	10 a 20	20,1 a 30	30,1 a 40	40,1 a 50
Interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas	12 - 24 meses	24 meses 1 día - 36 meses	36 meses 1 día - 48 meses	48 meses 1 día - 60 meses

Se atribuyó a CUELLO BLANCHAR la circunstancia de mayor punibilidad prevista en numeral 11 del artículo 66 del Decreto Ley 100 de 1980, —actualmente consagrada en el numeral 9° del artículo 58 del Código Penal del 2000—, tocante a la posición distinguida que ocupaba en la sociedad con ocasión de su cargo. La misma fue objeto de reparo por parte del Delegado del Ministerio Público al indicar que no puede tenerse en cuenta la misma situación para acreditar la comisión del delito y, a su vez, un criterio de mayor punibilidad, so pena de vulnerar el principio del *non bis in idem*.

Sobre el particular, es imperioso precisar que los presupuestos exigidos para la cualificación del sujeto activo del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* distan de los que estructuran el criterio de mayor punibilidad enrostrado al procesado, pues para ser sujeto activo basta ser servidor público, con independencia de la importancia del

cargo que se desempeñe o del poder que se derive del mismo, mientras que para ser destinatario de la aludida circunstancia se requiere que el agente tenga una posición distinguida en la sociedad, bien sea porque se deriva de su cargo, de su posición económica, de su ilustración, del poder que ostenta o del oficio que desempeña; de ahí que la circunstancia de mayor punibilidad opere con independencia de la condición de servidor público.

El criterio hermenéutico de esta Corporación ha señalado los motivos que justifican la imputación de la agravante derivada de la posición distinguida que el servidor público ocupa en la sociedad<sup>166</sup>:

*«i) esa alta posición implica para quien la ostenta una obligación adicional que debe impelerlo, por sí misma, a una mayor contención frente al delito, derivada de poseer medios económicos, sociales y culturales suficientes para servir de estímulo negativo a cualquier tipo de inclinación delictuosa;*

*ii) es mayor el acento lesivo del delito, dado que precisamente su materialización por quien recibió la confianza del ciudadano o el Gobierno, deslegitima ante la comunidad a la institución, a más que representa, en términos de prevención general, un factor reprobable en grado sumo, que obliga a una condigna sanción, aquí representada en la causal y sus efectos.»*

En este orden, es claro que en el presente asunto la imputación de la circunstancia de mayor punibilidad no deriva de la condición abstracta que ÁLVARO CUELLO BLANCHAR era servidor público, sino por ser el Gobernador de La Guajira, cargo de elección popular que encarnó la

---

<sup>166</sup> CSJ SP, 15 abr. 2015, rad. 39156.

confianza y respaldo de los sufragantes al otorgarle una alta dignidad y responsabilidad para administrar ese departamento, de allí que fuera considerado una persona importante, respetable y distinguida.

De otra parte, la Sala tendrá en cuenta la circunstancia de menor punibilidad relativa a la buena conducta anterior del procesado contenida en el numeral 1° del artículo 64 del Código de 1980, actualmente consagrada el numeral 1° del artículo 55 de la Ley 599 de 2000 tocante a la ausencia de antecedentes penales, pues, aunque no obra en la actuación reporte alguno en tal sentido, debe presumirse ante la falta de demostración probatoria de la Fiscalía.

Atendiendo la concurrencia de los criterios antes descritos, se fijarán las sanciones entre los cuartos medios, y se seguirá el criterio hermenéutico que de manera propedéutica sentó la Sala de Casación Penal<sup>167</sup>, que cuando concurren simultáneamente circunstancias genéricas de menor y mayor punibilidad, ubicados en los cuartos medios (segundo cuarto de punibilidad o tercer cuarto de punibilidad), será el número, la naturaleza y gravedad de las mismas las que determinarán si se aplica el segundo o el tercer cuarto de punibilidad.

En el caso bajo examen, se avizora que la circunstancia de mayor punibilidad tocante a la posición distinguida del enjuiciado en la sociedad, sopesada con la de menor

---

<sup>167</sup> CSJ SP, 13 feb. 2019, rad. 47675.

punibilidad, hace que campee esta última, pues la autonomía y evidencia de comportamiento anterior ajustado a la ley, aunado a la carencia de elementos que reflejen una gravedad de la conducta o un grado de culpabilidad mayor al ya reprochado en el tipo, hacen viable imponer el mínimo del primer cuarto medio, por lo cual, ÁLVARO CUELLO BLANCHAR será sancionado con setenta y dos (72) meses y un (1) día de prisión.

Bajo las mismas consideraciones, se impondrá al acusado una pena pecuniaria correspondiente a veinte coma un (20,1) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por veinticuatro (24) meses y un (1) día.

## **7. SUBROGADOS PENALES**

Teniendo en cuenta que la sanción responde al principio de necesidad en el marco de la prevención especial y las instituciones que la desarrollan permiten prescindir o morigerar su ejecución física, pues «*si un condenado, bajo determinadas condiciones y circunstancias, no necesita de la privación física de la libertad para readaptarse a la sociedad, debe brindársele la oportunidad de cumplir con su condena mediante mecanismos que, sin dejar de ser eficaces, comporten una menor aflicción*»<sup>168</sup>, se analizarán los institutos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria bajo el cotejo del Código Penal de 1980, con los presupuestos del estatuto punitivo de

---

<sup>168</sup> Corte Constitucional, sentencia C-806 de 2002.

2000 de cara a establecer la normatividad aplicable bajo el principio de favorabilidad.

En todo caso, es dable precisar que no se podrá tener en cuenta el listado de delitos excluidos para el otorgamiento de beneficios en el cual están los que atentan contra el bien jurídico de la administración pública, toda vez que el artículo 68-A que consagra tal enumeración fue creado mediante el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, con posterioridad a la época de ocurrencia de los hechos investigados, precepto que incluso ha sido modificado mediante las leyes 1773 de 2016 y 1944 de 2018, que resultan desfavorables al procesado.

### **7.1. Suspensión condicional de la ejecución de la pena**

El artículo 68 del Decreto Ley 100 de 1980 consagra como requisitos: *i)* que la pena impuesta no exceda de tres años de prisión; y *ii)* que la personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario.

Por su parte el artículo 68 de la Ley 599 de 2000 mantiene como límite objetivo que la pena no exceda de tres (3) años de prisión, estableciendo como ingrediente subjetivo que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La Sala advierte diáfananamente que bajo ninguno de los ordenamientos se satisface el requisito objetivo para el otorgamiento del subrogado penal, toda vez que la pena supera los tres (3) años de prisión, y si bien la modificación introducida al artículo 63 por la Ley 1709 de 2014 permite su concesión para las penas privativas de la libertad que no excedan de 4 años, en este evento también se supera dicho quantum punitivo.

## **7.2. Prisión domiciliaria**

El Código Penal de 1980 no consagraba la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión, por ello, el análisis de este instituto se hará frente a los presupuestos exigidos originalmente en el artículo 38 de la ley 599 de 2000 y no en relación con las modificaciones introducidas a través de la Ley 1709 de 2014, porque si bien esta última aumentó la exigencia objetiva de 5 a 8 años de prisión, no le resulta favorable al procesado, máxime que el delito por el que se procede está incluido en el inciso 2º del artículo 68-A que prohíbe su concesión.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que, conforme la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, el requisito objetivo de la norma en comento, esto es, que la pena se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco años o menos, debe analizarse conjuntamente con todas las circunstancias genéricas y específicas que califican o privilegian la conducta

reprochada, incluyendo los dispositivos amplificadores que incrementan o disminuyen la punibilidad<sup>169</sup>.

Bajo tal panorama, en el presente asunto se cumple el requisito objetivo, habida cuenta que el delito por el que se declara penalmente responsable a ÁLVARO CUELLO BLANCHAR comporta una pena privativa de la libertad mínima inferior a cinco años.

En cuanto a las exigencias de naturaleza subjetiva, se requiere que el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado permita deducir fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Como lo tiene decantado la jurisprudencia<sup>170</sup> el análisis que debe llevarse a cabo respecto a la concurrencia de los presupuestos de naturaleza subjetiva implica valorar la gravedad del comportamiento y las funciones llamadas a cumplir por la pena en el caso concreto, aspectos con fundamento en los cuales se sustenta el pronóstico sobre el peligro para la comunidad y el cumplimiento de la sanción.

En tal labor, la Sala estima que si bien la conducta punible reprochada a CUELLO BLANCHAR es grave en la medida en que afectó el bien jurídico de la administración pública, no puede desconocerse que esta acaeció hace 23

---

<sup>169</sup> CSJ SP, 15 nov. 2017, rad. 46930.

<sup>170</sup> CSJ SP, 9 oct. 2013, Rad.40536, reiterada en AP2300-2018, Rad. 51536.



años, interregno en el que el enjuiciado se ha mostrado atento y respetuoso a las decisiones judiciales, así como también ha comparecido diligentemente ante las citaciones y requerimientos efectuados por la judicatura.

De la misma manera, se vislumbra que ÁLVARO CUELLO BLANCHAR está retirado del ejercicio de la función pública y que carece de vínculo contractual con el Estado, pues como sociólogo, se dedica a prestar sus servicios profesionales en dos fundaciones sin ánimo de lucro mediante las cuales promueve actividades sociales en el sector educativo, cultural e investigativo. Aunado a ello, no existe evidencia demostrativa que denote la recurrencia en la comisión de otras infracciones penales.

A su turno, el arraigo familiar del procesado como compañero permanente de la señora Cindy Arias Escobar y padre de familia de 4 hijos -uno de ellos de 14 años de edad- , permite establecer un referente objetivo para suponer positivamente que no evadirá el cumplimiento de la pena impuesta.

Visto lo anterior, la Sala estima que no hay mérito para inferir que ÁLVARO CUELLO BLANCHAR pondrá en peligro la sociedad al purgar en su domicilio la sanción impuesta, como tampoco que se sustraerá al cumplimiento de esta, resultando procedente reconocer en su favor el mecanismo sustitutivo de prisión domiciliaria al ser idóneo para cumplir

la pena y sus funciones, la cual se hará efectiva hasta tanto la presente sentencia cobre legal ejecutoria.

Para el efecto, el sentenciado deberá prestar caución de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, mediante depósito o póliza judicial.

De igual manera, deberá suscribir diligencia de compromiso que contenga las obligaciones consagradas en el numeral 3° del artículo 38 del Código Penal, sustituto que será vigilado por el despacho de ejecución de penas competente.

## **6. CONSECUENCIAS CIVILES DERIVADAS DEL DELITO**

Al tenor del artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el funcionario procederá a liquidarlos de acuerdo con lo acreditado en la actuación y en la sentencia condenará al responsable de los daños causados con la conducta punible. Además, el operador judicial deberá pronunciarse sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho, si a ello hubiere lugar.

Armónicamente, el artículo 103 del Decreto Ley 100 de 1980, vigente para la época, disponía que el hecho punible genera la obligación de reparar los daños materiales y

morales causados con ocasión de él, entendido como el deber de restituir las cosas al estado en que se encontraban en el momento anterior a la comisión del delito, cuando ello fuere posible.

Mediante auto de 18 de junio de 2019<sup>171</sup>, esta Sala Especial admitió la demanda de constitución de parte civil presentada en favor el Fondo Nacional del Ahorro, en la que la entidad manifestó su interés en la consecución de la verdad y la justicia; apartándose de cualquier pretensión de tipo patrimonial.

En armonía con lo decantado por la jurisprudencia<sup>172</sup>, resulta legítimo que las entidades públicas que vean perjudicados sus intereses con la comisión de una conducta punible, en pro de reivindicar garantías como la verdad y la justicia, se constituyan como parte dentro del trámite penal. Así lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C 228 de 2002:

*«Existe una tendencia mundial, que también ha sido recogida en el ámbito nacional por la Constitución, según la cual la víctima o perjudicado por un delito no sólo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios que se le hayan causado, tratándose de delitos consumados o tentados, sino que además tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia. Esa tendencia se evidencia tanto en el texto constitucional como en el derecho internacional y el derecho comparado».*

---

<sup>171</sup> Folios 9 ss., cuaderno de parte civil Fondo Nacional del Ahorro.

<sup>172</sup> Cfr. Sentencia C -228 de 2002, CSJ SP AP 29 may. 2013, rad. 28016, CSJ SP AP1157-2015, 4 mar. 2015, rad. 44629, CSJ SP13445-2015, 30 sep. 2015, rad. 40949.

En esa medida, la parte civil es una institución que permite a las víctimas o perjudicados participar como sujetos en el proceso penal, buscando no sólo una reparación patrimonial, sino, como en este caso, con la finalidad de que se esclarezcan con detalle los hechos, pues ello podría redundar en beneficio del Estado, al permitir, por ejemplo, identificar los factores externos e internos de diferente orden que facilitan la comisión de las conductas punibles que afectan los intereses públicos y contribuyen a la realización de los hechos juzgados. Como lo precisó el máximo órgano de lo constitucional en la sentencia referida, *«el derecho a acceder a la administración de justicia puede comprender diversos remedios judiciales diseñados por el legislador, que resulten adecuados para obtener la verdad sobre lo ocurrido, la sanción de los responsables y la reparación material de los daños sufridos»*.

En el presente asunto se encuentra probado que al Fondo Nacional del Ahorro le asiste interés en el esclarecimiento de los hechos y materialización de la justicia debido a la afectación que sufrió la reputación de la entidad, siendo obligación del Estado investigar estos hechos, los presuntos responsables y emitir una sentencia; como en efecto ha ocurrido.

### **Costas y Gastos**

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 56 del ordenamiento adjetivo de 2000 y 365 de la Ley 1564 de 2012, la Sala procede a pronunciarse sobre las costas del proceso, entendidas como las erogaciones económicas que

debe asumir la parte vencida, representadas en expensas y agencias en derecho.

Las expensas son los gastos requeridos para adelantar el proceso, tales como el valor de las notificaciones, el pago de honorarios efectuado a peritos y curadores, gastos de copias, pólizas, gastos de publicaciones, viáticos de desplazamientos, entre otros.

A su vez, las agencias en derecho corresponden al rubro que el funcionario judicial debe ordenar a favor de la parte triunfante del proceso, con el fin de resarcirle los gastos en que incurrió para pagar los honorarios de un abogado y, en el evento de haber actuado en nombre propio, como contraprestación por el tiempo y esfuerzo dedicados a esta actividad. Su fijación es privativa del juez, quien no goza de amplia libertad en materia de su señalamiento, al someterse a los criterios establecidos en el numeral 4° del artículo 366 de la Ley 1564 de 2012, los cuales le imponen el deber de guiarse por las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en los acuerdos 1887 y 2222 de 2003, siempre y cuando “aparezcan comprobados”, como lo establece el artículo 366, numeral 3° del Código General del Proceso.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se exonerará al procesado del pago de expensas al no obrar prueba que acredite los gastos en los que incurrió la parte civil durante el trámite del proceso. De la misma manera,

procederá con relación a las agencias en derecho, pues durante el diligenciamiento los intereses del Fondo Nacional del Ahorro estuvieron representados por varios profesionales del derecho a quienes el jefe de la oficina jurídica de la entidad les otorgó poder, desconociéndose el tipo de vínculo contractual con dicha entidad.

Aunado a lo anterior, al no haberse acreditado siquiera de manera sumaria que la parte civil hubiese incurrido en algún gasto por concepto de agencias en derecho, no hay lugar a la condena.

## **7. EJECUCIÓN DE LA PENA**

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que, aún en los procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000, cuando se trate de condenados que gozan de fuero constitucional, la competencia para conocer de la fase de ejecución del fallo recae en los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad. Por tal razón, una vez en firme la sentencia se dispondrá la remisión de las diligencias a dichos funcionarios (reparto).

## **8. COMUNICACIÓN A OTRAS AUTORIDADES**

Conforme lo dispuesto en el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal de 2000, una vez en firme la sentencia, por secretaría se remitirá copia de ella a las autoridades pertinentes.

De acuerdo con las previsiones de los artículos 191 de la Ley 600 de 2000 y 1°, inciso 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, esta sentencia es pasible del recurso de apelación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de 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.** ABSOLVER a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, de condiciones personales y civiles consignadas en esta providencia, por el punible de *peculado por apropiación en favor de terceros*, en calidad de *coautor*, por las razones expresadas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO.** DECLARAR penalmente responsable a ÁLVARO CUELLO BLANCHAR, de condiciones personales y civiles antes consignadas, en calidad de *autor* del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* por las razones expresadas en esta decisión.

**TERCERO.** IMPONER a ÁLVARO CUELLO BLANCHAR pena equivalente a setenta y dos (72) meses y un (1) día de prisión, multa de veinte coma un (20,1) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción del ejercicio de

derechos y funciones públicas por veinticuatro (24) meses y un (1) día.

**CUARTO.** NEGAR a ÁLVARO CUELLO BLANCHAR la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

**QUINTO.** CONCEDER a ÁLVARO CUELLO BLANCHAR la sustitución de la pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario por la de su lugar de domicilio, para lo cual deberá cancelar la caución fijada y suscribir la respectiva diligencia de compromiso en las condiciones previstas en la parte motiva de este fallo.

**SEXTO.** SEÑALAR que la privación de la libertad en su domicilio que surge de esta sentencia, se haga efectiva hasta tanto la misma cobre legal ejecutoria.

**SÉPTIMO.** DECLARAR próspera la objeción al dictamen pericial presentada por el defensor del procesado HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE según lo expresado en las motivaciones de esta providencia.

**OCTAVO.** CANCELAR, una vez en firme esta decisión, todas las anotaciones emitidas en contra de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE con ocasión de este proceso.

**NOVENO.** DECLARAR que al haberse emitido una sentencia por los hechos que involucran al Fondo Nacional del Ahorro, se encuentran satisfechas las pretensiones de



esta parte civil, relacionadas con el esclarecimiento de la verdad y la consecución de la justicia.

**DÉCIMO.** COMUNICAR esta decisión al Consejo Superior de la Judicatura para el recaudo de la multa impuesta.

**DÉCIMO PRIMERO.** REMITIR copias del presente fallo a las autoridades a las que alude el artículo 472 de la Ley 600 de 2000 y de las piezas procesales pertinentes al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad (reparto), para lo de su cargo.

**DÉCIMO SEGUNDO.** PRECISAR que contra esta decisión procede el recurso de apelación, ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Notifíquese y cúmplase,

**ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS**

**Magistrado  
IMPEDIDO**

**BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA**  
**Magistrada**

**JORGE EMILIO CALDAS VERA**  
**Magistrado**

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ  
Secretario

SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA 2023