



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERARDO BARBOSA CASTILLO

Magistrado Ponente

SP159-2024

Doble conformidad No. 57304

Acta No. 013

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

I. OBJETO DE DECISIÓN

Se resuelve la impugnación especial presentada por los defensores de GABRIEL MORENO DUARTE, EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA y ELSA PEÑALOZA BUENO, y por esta última, en contra del fallo proferido el 18 de noviembre de 2019 por el Tribunal Superior de Bucaramanga, “*aclarado*” mediante proveído del cinco de diciembre del mismo año, donde **revocó parcialmente la sentencia absolutoria** emitida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de esa ciudad (por los delitos de peculado por apropiación -397- y contrato sin cumplimiento de requisitos legales -410-), y, en consecuencia, **los condenó** por el último de los punibles en cita.

II. HECHOS

Por el sentido de la decisión que tomará la Sala, se traerán algunos aspectos de la acusación, bajo el entendido de que los demás serán analizados en detalle más adelante.

JAIRO EDUARDO ULLOA CADENA fue elegido como alcalde del municipio de Floridablanca para el periodo comprendido entre enero de 2004 y diciembre de 2007. Dentro de su programa de gobierno, incluyó la construcción de un elevado número de viviendas de interés social. Con ese fin, en diciembre de 2005 radicó un proyecto por valor de cuatro mil millones de pesos.

Con el anterior propósito, el 27 de diciembre de 2005 se celebró el contrato interadministrativo número 12063, suscrito por un delegado del Alcalde y el director del Banco Inmobiliario de Floridablanca (BIF), EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA. La supervisión del mismo le fue asignada a GABRIEL MORENO DUARTE, jefe de la Oficina de Planeación.

Este primer convenio incluía un monto de \$949.750.000, y su objeto era “*aunar esfuerzos para la adquisición de lotes y predios para la ejecución del proyecto de construcción de viviendas de interés social rural y urbana del municipio de Floridablanca*”.

El segundo convenio interadministrativo (1206031), fue suscrito el 14 de junio de 2006 por las mismas partes, con la finalidad de desarrollar el referido programa. En virtud del mismo, el BIF se comprometió a adquirir un predio apto para la construcción de tres mil viviendas. La supervisión del mismo estuvo a cargo de NELSON TORRES NUÑEZ.

El director del BIF, EDWARD ALFONSO GUERRERO PINEDA), solicitó al Instituto Agustín Codazzi y a la Lonja Inmobiliaria de Santander el avalúo de un lote de terreno ofrecido por CARLOS JOSÉ SLEVI PAZ, que, por su extensión (*más de 14 hectáreas*), podría ser apto para desarrollar el proyecto. Fue la última entidad en cita la que emitió el avalúo, por un monto de \$6.607.415.675.

El 15 de junio de 2006, GUERRERO PINEDA sometió a consideración de la Junta Directiva Extraordinaria del BIF la adquisición del lote en mención. La Junta estaba conformada, además, por ELSA PEÑALOSA BUENO, GABRIEL MORENO DUARTE, FERNANDO CASTAÑO MARTÍNEZ, LUZ MARTHA MEDINA TORRES, CAMPO ELÍAS BARAJAS MAYORGA y FERNANDO CASTAÑO MARTÍNEZ.

Finalmente, el predio fue adquirido por el BIF, por la suma de seis mil seiscientos millones de pesos (\$6.600.000.000).

La Fiscalía estimó que la suma pagada por el lote equivale aproximadamente al doble de su valor real, por lo que consideró que los ahora condenados, y varias personas que participaron en ese trámite, incurrieron en el delito de

peculado por apropiación, previsto en el artículo 397 ídem. Para tales efectos, trajo a colación el contenido de un dictamen rendido por funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía.

También les atribuyó el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, al parecer por su intervención en los referidos contratos interadministrativos. Según se anunció, este tema será ampliado y analizado más adelante.

Finalmente, los consideró incurso en el delito de falsedad en documento privado, en relación con el avalúo presentado por la Lonja Inmobiliaria de Santander.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. La imputación y la acusación

Por estos hechos, el cuatro de octubre de 2007, les imputó a GABRIEL MORENO DUARTE, CARLOS JOSÉ SLEVI PAZ, GERMÁN ALONSO FUENTES GALVIS, ALFONSO FUENTES CRUZ, JORGE MARIANO MEZA DÍAZ, NELSON TORRES NUÑEZ, CAMPO ELIAS BARAJAS MAYORGA, FERNANDO CASTAÑO MARTÍNEZ y HELGA PATRICIA DUARTE VARGAS los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por apropiación y falsedad en documento privado, bajo diferentes formas de autoría y participación.

El 28 de agosto de 2008, procedió de idéntica manera con el ex alcalde JAIRO EDUARDO ULLO CADENA.

La acusación se surtió entre los días 16 de enero y 9 de mayo de 2008.

3.2. El fallo de primera instancia

El 27 de septiembre de 2019, el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Bucaramanga absolvió a todos los procesados, por considerar que la Fiscalía no demostró el sobrecosto del lote adquirido para desarrollar el proyecto de vivienda, y porque no se presentaron las irregularidades contractuales referidas en la acusación.

Frente al delito de peculado por apropiación, el Juzgado cuestionó la manera como la Fiscalía estructuró los cargos, toda vez que, en lugar de presentar una hipótesis clara de hechos jurídicamente relevantes, se limitó a decir que el Cuerpo Técnico de Investigación emitió un dictamen que da cuenta de que el lote realmente costaba aproximadamente la mitad del precio que fue pagado por las entidades públicas (*BIF, con dineros transferidos por el municipio de Floridablanca*).

Explicó los errores técnicos del dictamen emitido por los peritos adscritos al cuerpo investigativo e hizo énfasis en que en el mismo se tuvo en cuenta un porcentaje equivocado del

predio. Esos errores permearon el concepto que, luego, emitió el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

En la misma línea, frente al dictamen emitido por la Lonja Inmobiliaria de Santander, en el que se basaron los procesados para autorizar la compraventa y proceder a la concreción de la misma, resaltó que: (i) las lonjas inmobiliarias están habilitadas legalmente para emitir estos conceptos en el ámbito de la contratación pública; (ii) la persona a cargo de ese estudio tenía más de 40 años de experiencia; y (iii) por las características del concepto, en el mismo intervino un comité interdisciplinario.

Así, agrega, incluso si se aceptara que el concepto es equivocado, ello no podría ser objeto de reproche penal respecto de los procesados, en virtud de varios criterios de la teoría de la imputación objetiva, entre ellos, el principio de confianza y la prohibición de regreso.

Lo anterior, sin perjuicio de que a la actuación se incorporaron otros peritajes que dan cuenta de un mayor valor del bien, como el realizado a instancias de la Superintendencia de Industria y Comercio dentro del proceso de “*acogimiento a la Ley 550*”, donde se conceptuó que el predio tenía un valor de 6.227 millones de pesos. Concluyó:

Todo lo anterior, considerando los diversos avalúos de los que ha sido objeto el predio Altos de Bellavista, permiten evidenciar que en el presente evento no se demostró sobrecosto alguno, y que, como lo señaló uno de los defensores con una expresión coloquial,

“contra el tallador no hay empate”, pues pese a la evidencia de esta situación, la Fiscalía se empeñó en atribuir responsabilidad a los acusados con fundamento en un único avalúo que, por demás, fue incorrectamente realizado. En consecuencia, todos los procesados deben ser absueltos por el delito de peculado por apropiación.

Sobre el delito previsto en el artículo 410 del Código Penal, expuso lo siguiente:

Luego de hacer un amplio análisis del principio de congruencia, resaltó que, según la Fiscalía, los convenios interadministrativos *“se tramitaron desconociendo los principios que rigen la contratación estatal”*, entre ellos, los de transparencia, economía y responsabilidad, porque en los respectivos estudios de conveniencia y oportunidad: (i) *“no había soportes de la valoración del cuadro de inversión; y (ii) no se explicó de dónde provenía el valor del objeto a contratar”*.

Desestimó estos cargos, porque: (i) los convenios interadministrativos objeto de debate no se rigen por la Ley 80 de 1993, sino por el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, que regula la asociación de entidades públicas para el cumplimiento de sus funciones; (ii) en este caso, el único propósito de los convenios era aunar esfuerzos para desarrollar proyectos de construcción de vivienda de interés social rural y urbana en Floridablanca; (iii) ello los diferencia de los contratos caracterizados por la reciprocidad obligacional; (iv) así, la *“inexistencia de soportes de la valoración del cuadro de inversión, y la falta de explicación de*

la proveniencia del valor del objeto a contratar son reproches que resultan infundados, no solo porque no forman parte de la modalidad de convenio interadministrativo de cooperación (...), sino además porque el mismo objeto de los convenios se encontraba inscrito en el Banco de Proyectos y Programas de Inversión Municipal”.

A pesar de que el principio de congruencia impedía analizar otras supuestas irregularidades en el trámite atinente a la adquisición del predio Altos de Bellavista, descartó las irregularidades mencionadas a lo largo del proceso.

Al efecto, resaltó que, en la compraventa, los únicos requisitos esenciales son la cosa, el precio –según el avalúo- y la escritura pública.

Al referirse a los reparos frente al proceso de adquisición del lote, resaltó: (i) sí existían estudios previos sobre las características e idoneidad del terreno; (ii) igualmente, los servicios de acueducto y alcantarillado estaban disponibles; (iii) las supuestas limitaciones del terreno para el proyecto de construcción de 3.000 viviendas, atañe a la fase de ejecución de uno de los convenios administrativos; (iv) no era posible adquirir otro lote con esa especificación, porque no existían en el municipio de Floridablanca; y (v) es razonable pensar que en ocho hectáreas pudieran construirse las 3.000 viviendas.

Sobre esa base, concluyó que *“el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales no se estructura en el caso examinado, razón por la que se debe absolver a todos los acusados por este cargo”*.

Para finalizar, resaltó que los integrantes de la Junta Directiva no tenían la función de contratar, pues la misma estaba radicada exclusivamente en el director de la entidad, EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA. *“Las demás personas que fueron acusadas por este delito, sólo podrían ser consideradas, bien como intervinientes o bien como cómplices, según las reglas de esta forma de intervención, pero jamás bajo una forma principal de coautoría”*.

Resaltó que esto último incidiría determinadamente en la contabilización de los términos de prescripción.

Esta decisión fue apelada por la Fiscalía y el Ministerio Público, lo que activó la competencia del Tribunal Superior de Bucaramanga.

3.3. El fallo de segunda instancia

El Tribunal confirmó la absolución por el delito de peculado, en esencia, por las mismas razones expuestas por el Juzgado.

De otro lado, revocó la absolución por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pero solo frente a algunos de los procesados. Por tanto, condenó a GABRIEL MORENO DUARTE, NELSON TORRES NUÑEZ, ELSA PEÑALOSA BUENO y EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA, en calidad de coautores, a las siguientes penas: (i) prisión por el término de 140 meses; (ii) multa equivalente a 183.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes; y (iii) inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años. Consideró improcedentes la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Lo anterior, por las siguientes razones:

Según la normatividad civil, la cosa y el precio son elementos estructurales del contrato de compraventa.

En este caso, la cosa fue delimitada en los contratos interadministrativos ya mencionados, en el sentido de que se trataba de un lote de terreno apto para la construcción de tres mil viviendas, con disponibilidad de servicios públicos.

Por sus características, el lote no era apto para construir ese número de viviendas. Tampoco contaba con disponibilidad de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado.

La imposibilidad de conseguir otros lotes idóneos para ese proyecto de vivienda no exoneraba a los procesados de

cumplir las obligaciones adquiridas en virtud de los contratos administrativos, ni los facultaba para desconocer los principios que rigen la contratación administrativa, en todo aplicables a los contratos interadministrativos.

Los procesados, como miembros de la Junta Directiva del BIF, a lo que se aúna que GUERRERO PINEDA era el representante legal de esa entidad, a sabiendas de esas falencias, autorizaron la compra del lote, lo que dio lugar a que este último suscribiera el respectivo contrato de compraventa.

Al efecto, se refirió con amplitud a varios estudios técnicos sobre las características del terreno, así como a la documentación que descarta la disponibilidad de los servicios de acuerdo y alcantarillado. El siguiente apartado da cuenta de la línea argumentativa del Tribunal, que será ampliada más adelante en cuanto resulte necesario para la solución del caso:

En síntesis, al momento de autorizarse la compra y de materializarse su tradición, los procesados contaban con los siguientes documentos e información para advertir que Altos de Bellavista no contaba con disponibilidad de servicios públicos para 3.000 viviendas, tal como exigía el convenio interadministrativo, a saber: (i) la constancia de disponibilidad de acueducto databa de 1998 y, estaba dirigida a Ahorramas; (ii) era una certificación que abarcaba el proyecto original, esto es, el globo entero y no el segregado a comprar, por lo que debía tenerse en cuenta, que la no realización del mismo en el tiempo estimado, afectaba la disponibilidad, ante los proyectos urbanísticos emergentes que

usaran el líquido; (iii) oficio No. 2519 del 11 de noviembre de 2005, que indica los condicionamientos para el alcantarillado y; (iv) las respuestas que antes de la compraventa, ya relacionadas, recibió EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA, que dan cuenta de las obras y los condicionamientos que debían suplirse para acceder a las disponibilidades de tales servicios públicos.

Sobre la procedencia de la condena, concluyó:

La responsabilidad de GABRIEL MORENO DUARTE, NELSON TORRES NUÑEZ y ELSA PEÑALOSA BUENO, resulta diáfana, ello porque como miembros de la Junta Directiva del BIF, autorizaron la compra del terreno sin verificar los estudios previos exigidos en los contratos interadministrativos, a los que estaban sujetos por resultar esenciales al negocio.

Participación que resulta imprescindible, si se tiene en cuenta, que según el reglamento del BIF, que se vio en líneas precedentes, sin dicha autorización no se hubiese podido celebrar el contrato, por parte del Director del banco. Encontrándose su comportamiento dentro de la fase de tramitación, establecida en el artículo 410 del C.P.

Para la Sala en efecto, la modalidad de participación demostrada en juicio, fue en calidad de coautores, acuerdo de voluntades que se materializó respecto de GABRIEL MORENO DUARTE, NELSON TORRES NUÑEZ y ELSA PEÑALOSA BUENO, al momento en que autorizaron la compra del terreno, sin el cumplimiento de los requisitos esenciales, que como se vio, para la compraventa del inmueble estaban especificados en los contratos interadministrativos.

Sobre ELSA PEÑALOSA BUENO, es de aclarar que pese a que la Fiscalía la acusó en calidad de determinadora del delito de

contrato sin cumplimiento de requisitos legales, tal yerro no impide que en virtud de lo probado se varíe la calificación jurídica primigeniamente enrostrada y menos que ello afecte el debido proceso.

Lo anterior porque desde la formulación de imputación se indicó que su participación se hizo en calidad de presidente de la Junta Directiva en virtud del poder otorgado por el alcalde, reunión en la que manifestó su aprobación a la compra del terreno y autorizó al director del BIF para materializar tal negocio jurídico sin el cumplimiento de los requisitos legales, para lo cual hizo uso del derecho a voto que tenía, supuesto de hecho respecto del cual tuvo la oportunidad de defenderse y presentar sus argumentos exculpatorios.

(...)

La participación de EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA, también se dio en calidad de coautor, en tanto, en el trámite de compraventa, realizó un estudio de conveniencia que no ajustaba a los requisitos establecidos en el convenio interadministrativo, lo presentó a consideración de la Junta Directiva del BIF, quien como se anotó lo autorizó para suscribir el negocio jurídico sin haber realizado los estudios respectivos y pese a desprenderse de la documentación aneja las falencias que presentaba el inmueble, teniendo en cuenta el propósito perseguido. Su participación también se ve evidenciada al momento de celebrar el contrato, en calidad de comprador, es decir, de autor de la conducta en referencia en una fase distinta a la anterior, esto es, la celebración.

Consideró que no hay lugar a la condena de RODOLFO PABÓN PINILLA, porque no intervino en la decisión de comprar el lote. Su participación se redujo a cancelar el remanente de la obligación.

Luego, se refirió a la responsabilidad del ex alcalde JAIRO EDUARDO ULLOA CADENA, así:

La Fiscalía lo acusó en calidad de coautor impropio del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sin embargo, los contratos que dieron origen a la imputación se circunscribieron a los interadministrativos, lo que implica, que ahora, señalarlo de haber omitido verificar los requisitos para la compraventa del bien inmueble comportaría igualmente la adición de unos hechos respecto de los cuales no tuvo la oportunidad de defenderse y vulnerarían el principio de congruencia respecto de los hechos que primigeniamente le fueron enrostrados.

3.4. Las solicitudes de anulación, aclaración y corrección del fallo de segunda instancia

NELSON TORRES NUÑEZ solicitó la anulación de la sentencia de segunda instancia, bajo el argumento de que el Tribunal “*falta a la verdad*” cuando afirma que el, en calidad de miembro de la Junta Directiva del BIF, autorizó la compra del inmueble ya mencionado. Ello, bajo el entendido de que el Tribunal dejó sentado que la responsabilidad penal se deriva de la pertenencia a dicho órgano de decisión.

Con los mismos argumentos, el defensor de TORRES NUÑEZ solicitó la aclaración del fallo.

La procesada ELSA PEÑALOSA BUENO también solicitó la aclaración de la sentencia, frente a los siguientes aspectos: (i) la procedencia de la inhabilitación prevista en el artículo

122 de la Constitución Política; (ii) las razones por las que se dispuso la realización de la audiencia prevista en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, sin estar en firme la sentencia; y (iii) las razones por las que se ordenó su reclusión en un centro carcelario, si la medida de aseguramiento consistió en detención domiciliaria, por su calidad de madre cabeza de familia.

Por su parte, la delegada del Ministerio Público solicitó la aclaración *“e igualmente, de ser el caso corrección de la sentencia”*, en lo que concierne a NELSON TORRES RUÍZ, toda vez que: (i) en la imputación y la acusación, a este procesado no se le endilgó la pertenencia a la Junta Directiva del BIF; (ii) ese aspecto no fue incluido en el debate probatorio; (iii) en la parte motiva del fallo de segunda instancia, en algunos apartes se le relaciona como integrante de esa junta, pero, en otros, no; (iv) *“los documentos que fueron incorporados en el juicio oral, como la Resolución 0101, demostraron que TORRES NUÑEZ fue designado el 20 de junio de 2006 como supervisor del Convenio Interadministrativo número 12-06-031”*, por lo que no era posible que autorizara el contrato de compraventa.

3.5. El auto “aclaratorio” del fallo de segunda instancia

El cinco de diciembre de 2012, el Tribunal decidió *“aclarar” el fallo de segundo grado, “en el sentido de excluir a NELSON TORRES NUÑEZ de los apartes de la providencia en*

los que erradamente se digitó su nombre junto a los miembros de la Junta Directiva del BIF condenados, así como de los numerales tercero, cuarto y quinto de la parte resolutive del fallo, e incluirlo en el numeral segundo, junto con los absueltos JAIRO EDUARDO ULLOA CADENA y RODOLFO PABÓN PINILLA”.

Lo anterior, bajo los siguientes argumentos: (i) en los hechos, TORRES NUÑEZ no fue relacionado como miembro de la Junta Directiva del BIF, pues “*siempre fue tratado como supervisor del convenio interadministrativo..*”; (ii) a lo largo del proveído, la Sala dejó sentado quiénes eran los miembros de la Junta Directiva del BIF; y (iii) la inclusión de TORRES NUÑEZ en ese listado corresponde a un error de digitación.

De otro lado, negó la solicitud de aclaración formulada por ELSA PEÑALOSA BUENO, porque la misma “*constituye en realidad una disconformidad con la decisión adoptada por la Sala*”.

La decisión del Tribunal dio lugar a las siguientes actuaciones de las partes:

La delegada del Ministerio Público, desistió del recurso de casación que había interpuesto, pues su inconformidad con el fallo se reducía a la condena emitida en contra de NELSON TORRES NUÑEZ.

ELSA TORRES BUENO, manifestó que interpone el recurso de impugnación especial y, como subsidiario, el recurso de casación (*finalmente no fue concedido*).

Los defensores de ELSA PEÑALOZA BUENO, EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA y GABRIEL MORENO DUARTE, solicitaron al Tribunal decretar la preclusión a favor de sus representados, “*por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción*”.

Lo anterior, bajo los siguientes argumentos: (i) luego de formulada la imputación, el término de prescripción frente al delito por el que se emitió la condena, una vez realizados los incrementos por tratarse de servidores públicos, es de 144 meses; (ii) en el ámbito de la Ley 906 de 2004, ese término se suspende luego de proferida la decisión de segunda instancia; (iii) a la luz del principio de inmutabilidad de las decisiones judiciales, la sentencia se entiende proferida “*cuando respecto de la misma se habilita la posibilidad de impugnarle plenamente*”; (iv) el Tribunal, a través del proveído proferido el cinco de diciembre de 2019, “*modificó completamente el fallo*”; y (v) cuando se hizo dicha modificación, ya estaba prescrita la acción penal.

Al respecto, señalaron: (i) “*la condena del señor NELSON TORRES NUÑEZ fue más allá de un error de digitación...*”; (ii) según el artículo 285 del Código General del Proceso, es posible aclarar la parte resolutive de un fallo, pero no modificarla; (iii) frente a TORRES NUÑEZ, el Tribunal incurrió en un falso juicio de existencia, en cuanto supuso

un hecho que nunca sucedió; (iv) aunque se sostenga que lo “justo” es la absolución de dicho procesado, lo cierto es que el Tribunal modificó su decisión y, de esa forma, dio lugar a que el fallo de segunda instancia –*que suspende el término de prescripción*–, se entienda proferido el cinco de diciembre de 2019 y no el 18 de noviembre del mismo año. Agregaron:

Y es que no de otra manera se entiende que el “error” no fue de mera digitación, cuando incluso se determinó la pena (que corresponde a una consideración personal, individual y particular) a NELSON TORRES NUÑEZ. Nos negamos a pensar que el ejercicio de determinación punitiva efectuada por la Sala fue superfluo y abstracto, tratándose de un aspecto de tan alto calado.

(...)

Es absolutamente claro que el Tribunal, al excluir a NELSON TORRES NUÑEZ (respecto de quien, más allá de si hizo o no parte de la Junta Directiva del BIF, se determinó su responsabilidad individual y se le fijó la pena de acuerdo a los cuartos de movilidad que estimó el Tribunal operaban, varió su propio fallo y profirió uno adicional que rompe la ejecutoria formal que habilitaría (inicialmente, dicho sea de paso, y en el evento en que se acuda en casación por algún sujeto procesal) dar cabida a la suspensión de la prescripción de la acción penal de que trata el artículo 292 de la Ley 906 de 2004.

Mediante proveído del 22 de enero de 2020, el Tribunal decidió “*inhibirse de pronunciarse sobre la solicitud de preclusión invocada por la bancada defensiva*”. Ello, porque:

Los argumentos expuestos por los censores atacan directamente la providencia de segunda instancia, alegando que ésta se profirió por fuera del término máximo, en virtud de lo cual, critican además la

naturaleza de la providencia aclaratoria, manifestaciones que deberían ser estudiadas por la H. Corte Suprema de Justicia por tratarse intrínsecamente de cuestionamientos de alzada sobre los cuales no es posible pronunciarse.

Al sustentar la impugnación especial, los censores incluyeron en sus argumentos lo concerniente a la prescripción supuestamente suscitada por el Tribunal al modificar el fallo de segunda instancia mediante el proveído del cinco de diciembre de 2019.

IV. LAS IMPUGNACIONES

4.1. La defensa de GABRIEL MORENO DUARTE

4.1.1. Prescripción de la acción

Bajo el argumento de que el Tribunal no aclaró, sino que modificó sustancialmente el fallo de segunda instancia, plantea que la acción penal estaba prescrita para cuando se profirió el auto del cinco de diciembre de 2019.

4.1.2. Violación del principio de congruencia

Sostiene que su representado fue acusado por la participación, como supervisor, en el primer convenio interadministrativo (1206031 del 27 de diciembre de 2005).

La condena se emitió porque, como miembro de la Junta Directiva del BIF, autorizó la compra “*del terreno del segundo convenio por el que no fue acusado*”. Agrega:

El contrato de compraventa autónomo e independiente al interadministrativo, desde el inicio hasta el final, la Fiscalía General de la Nación reprochó el hecho de que en el marco de la ejecución de los contratos interadministrativos se había efectuado la compraventa del proyecto inmobiliario que, en su sentir, no satisfacía los requisitos exigidos por la ley. De ahí que la prueba de la defensa se enfocó en todo momento a defender el hecho de que, en tratándose de contratos interadministrativos, operaban requisitos distintos a los que se echaban de menos por parte del ente acusador. En el caso de GABRIEL MORENO DUARTE a su participación como supervisor del primer convenio, ahora que los acusados se defiendan de un hecho distinto al acusado trasgrede el principio de congruencia.

Cuestiona que el Tribunal, al estudiar la situación del ex alcalde ULLOA CADENA, haya aceptado que fue acusado por los convenios interadministrativos y no por el contrato de compraventa del inmueble, pero no haya extendido las mismas conclusiones a su representado, sin considerar que fue acusado en los mismos términos. Añade:

Y con relación al convenio 1206031 suscrito el 14 de junio de 2006 no se dijo nada, por cuanto GABRIEL MORENO DUARTE no participó en la etapa precontractual del mismo, por cuanto fue nombrado mediante Decreto 0147 el 13 de junio de 2006 como JEFE DE LA OFICINA DE PLANEACIÓN y se presentó el 15 de junio de 2006 a la reunión de la Junta Directiva Extraordinaria del BIF, por razón del cargo, como lo señala el acuerdo No 016 de diciembre 16 de 2004 artículo 8. Esto es se le condenó por el tribunal por algo

que no se acusó, esto es por aprobar la compra del inmueble dos días después de su posesión sin analizar su conducta en primer lugar el dolo y como segundo sin verificar que este hecho compartiría igualmente la adición de unos hechos respecto de los cuales no tuvo oportunidad de defenderse, como sí lo hizo con el señor JAIRO EDUARDO ULLOA CADENA.

A continuación, tras resaltar los elementos de la denominada coautoría impropia, resaltó que los mismos no fueron verificados respecto de su representado, toda vez que: (i) no se demostró la existencia de un acuerdo común, máxime si se tiene en cuenta que MORENO DUARTE asistió a la Junta Extraordinaria del BIF dos días después de haberse posesionado; (ii) por idénticas razones, no existe mérito suficiente para concluir que dividió el trabajo con las otras personas que tenían a cargo la referida autorización; y (iii) su aporte no fue trascendente, habida cuenta de que la Junta estaba compuesta por un número elevado de personas, de tal suerte que su voto no era determinante.

De nuevo, se refiere a la violación del principio de congruencia, así como a la ligereza de la Fiscalía al estructurar los cargos, lo que dio lugar a situaciones como las siguientes: (i) otros integrantes de la Junta Directiva del BIF no fueron imputados; (ii) el ex alcalde ULLOA CADENA tuvo la fortuna de no haber participado en la referida reunión; y (iii) en la acusación, a su representado se le cuestionó por su intervención en el primer convenio interadministrativo, pero el Tribunal lo condenó por el simple

hecho de haber participado en la junta, bajo las condiciones ya precisadas.

Sobre los requisitos supuestamente incumplidos, tras referirse a la prueba testimonial y documental practicada en el juicio, concluyó: (i) el lote adquirido era apto para construir 3.000 viviendas; (ii) contaba con la disponibilidad de acueducto y alcantarillado; y (iii) si se había otorgado licencia de construcción, es porque contaba con dichos servicios.

Luego, se refirió a los documentos presentados por EDWARD ALBERTO GUERRERA PINEDA durante la referida junta: (i) licencia de urbanismo y construcción No. 00341-2004 por la Curaduría Urbana No. 2 de Floridablanca; (ii) disponibilidad de servicios públicos domiciliarios –*acueducto, alcantarillado y energía eléctrica*– para más de 3.000 viviendas; (iv) construcción del 40% de obras de urbanismo adelantadas para llevar a cabo el proyecto; (v) estudio de precisión cartográfica; (vi) licencia ambiental única según Resolución No. 1163 de 30 de diciembre de 1996 expedida por la CDMB; (vii) el proyecto de construcción posee el premio de excelencia FIABCI Colombia 1999-2000; (viii) avalúo realizado por la Lonja Inmobiliaria de Santander; y (ix) certificado de libertad donde consta que el predio no estaba afectado con hipotecas u otros gravámenes.

Al referirse a cada uno de estos ítems, presentó argumentos orientados a demostrar los errores del Tribunal sobre el incumplimiento de los requisitos esenciales del contrato. Los mismos serán traídos a colación más adelante

en cuanto resulte necesario para solucionar el presente asunto.

Basado en lo anterior, solicitó la absolución de su representado.

4.2. Impugnación presentada por el apoderado de EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA

4.2.1. La impugnación especial es un recurso ordinario y, por tanto, no interrumpe el término de prescripción

En su opinión, la suspensión del término de prescripción, luego de emitido el fallo de segundo grado, solo opera para el recurso extraordinario de casación. Como en este caso el mismo no fue interpuesto por las partes o intervinientes, no hay lugar a la referida suspensión. Por tanto, debe ser decretada, pues no existe duda de que han transcurrido más de 12 años luego de formulada la imputación.

4.2.2. prescripción derivada del auto de aclaración emitido por el Tribunal

En esencia bajo los mismos argumentos propuestos por el anterior impugnante, sostiene que el Tribunal introdujo una modificación sustancial al fallo de segunda instancia,

por lo que el mismo se consolidó el 5 de diciembre de 2019, cuando la acción penal estaba prescrita.

4.2.3. Prescripción, porque el término máximo nunca puede ser superior a 10 años luego de formulada la imputación

Según su particular interpretación de las normas que regulan esta figura, y como quiera que el fallo de segunda instancia se profirió cuando habían transcurrido casi 12 años después de la imputación, plantea que la acción penal está prescrita.

4.2.4. Violación del principio de congruencia

Luego de referirse al contenido de la imputación, hizo hincapié en que los cargos por el delito previsto en el artículo 410 del Código Penal se limitan a los contratos interadministrativos Nro. 12063 de 2005 y 120603 de 2006.

Sin embargo, el Tribunal entendió que los procesados fueron llamados a responder por la trasgresión de los requisitos esenciales respecto del contrato de compraventa del inmueble, bajo el entendido de que este constituye un contrato autónomo respecto de los referidos convenios interadministrativos.

Para esos efectos, agrega, el Tribunal trajo a colación un precedente de esta Sala (CSJSP3641 de 2018), que no tiene

analogía fáctica con el asunto que ahora se resuelve, toda vez que no se trata, como allí, de establecer las consecuencias jurídicas de que los contratos sean independientes, sino de que a su representado se le acusó por conductas diferentes a aquella por la que fue condenado.

Se duele de que el Tribunal haya reconocido esa situación frente al procesado ULLOA CADENA, pero no lo haya hecho respecto de su representado, máxime si se tiene en cuenta que a ambos se les hizo prácticamente la misma imputación. Al efecto, hizo un comparativo de los cargos enrostrados a estos procesados.

Para confirmar que la acusación se limitó a las supuestas irregularidades en los convenios interadministrativos, resaltó que, por ello, fueron llamados a responder penalmente a quienes los celebraron y supervisaron, como es el caso, en su orden, de FERNANDO CASTAÑO MARTÍNEZ (Q.E.P.D.), GABRIEL MORENO DUARTE y NELSON TORRES NUÑEZ. Con el mismo propósito, hizo un recuento de los cargos formulados a los demás procesados.

Luego de presentar en mapas conceptuales los contratos mencionados a lo largo de la acusación, concluye:

Como fácilmente se advierte, cuatro fueron los actos contractuales, dos de los cuales fueron el objeto real del reproche por parte de la Fiscalía, que correspondió a la celebración de los Convenios Interadministrativos No. 12063 y 12063-1, o de lo contrario (...) el

90% de los cuados no habrían tenido que estar vinculados a la actuación.

Es más, tan no fue el contrato de compraventa el objeto material del delito objeto de juzgamiento, que el señor CARLOS JOSÉ SLEVI PAZ (el vendedor del lote) jamás fue objeto de vinculación por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Su vinculación se dio exclusivamente por delitos de falsedad en documento privado y peculado por apropiación. Si la Fiscalía hubiera pretendido reprochar el acto contractual No. 4, habría vinculado a dicho sujeto como interviniente del delito contemplado en el artículo 410 de Código Penal.

4.2.5. Legalidad de los convenios interadministrativos

Sobre la base de que su representado solo fue acusado por la supuesta violación de los requisitos legales de los convenios interadministrativos, resalta que: (i) de cara al análisis del artículo 410 del Código Penal, deben establecerse los requisitos legales, lo que no equivale a las cláusulas específicas acordadas por las partes; (ii) dichos convenios no están sujetos a la Ley 80 de 1993, como lo estableció el perito Jaime Orlando Santofimio Gamboa *–transcribe apartes de este concepto–*; y (iii) esta conclusión no fue rebatida por el Tribunal, pues *“jamás reprochó el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley 142 de 1994”*.

4.2.6. Se cumplieron los requisitos del contrato de compraventa del lote de terreno

Luego de advertir que su representado no fue acusado por incumplir los requisitos de este contrato, concluye que, en todo caso, el Tribunal se equivocó al emitir la condena por el delito consagrado en el artículo 410 del Código Penal.

Sostiene que el contrato objeto de censura se rige por las normas de derecho privado. Al efecto, sobre la base de lo dicho por un testigo que compareció al juicio en calidad de experto en contratación administrativa, invocó las leyes 80 de 1997, 338 de 1997, entre otras. Ello, para concluir que, según las normas civiles, los elementos esenciales del contrato de compraventa son el precio y la cosa.

Luego de comparar el contenido del convenio interadministrativo 1206031 de 2006 y lo que expuso el Tribunal sobre el mismo, subraya que en el fallo de segundo grado no se tuvo en cuenta que el presupuesto, en lo que a los servicios públicos concierne, es que pudieran ser construidos a futuro, al tiempo que cuestiona que ello pueda ser tenido como un requisito esencial.

Además, resalta, el Tribunal plantea que se obró con negligencia frente a la verificación de los servicios públicos, y, sin embargo, concluye que se obró dolosamente. Al respecto, dice que su representado no tenía por qué dudar de la existencia de disponibilidad o viabilidad de dichos servicios, pues *“ellas constituían un requisito necesario para la renovación de la licencia de construcción”*.

Esto fue corroborado por el Curador del municipio de Floridablanca, quien adujo que *“bajo los parámetros del Decreto 1052 de 1998, respecto a las licencias de construcción, debía presentarse, previo a la expedición de la concesión, la certificación expedida por la autoridad competente. Y si lo que hacía era renovar la licencia existente, es obvio que se concluía que el mismo contaba con las disponibilidades correspondientes”*. Concluye:

Así las cosas, si lo que el Tribunal “opina” es que ‘quienes intervinieron en el trámite no corroboraron si la disponibilidad expedida en 1998 al proyecto original estuviera vigente para la compraventa, como era su obligación’ (...) no era dable concluir el actuar doloso del doctor EAGP con miras a atentar en contra de la administración pública. Eventual y excepcionalmente, ello podría considerarse como una actuación negligente que finalmente lleva a la misma conclusión: atipicidad de la conducta objeto de juzgamiento.

Basado en lo anterior, solicita la revocatoria del fallo condenatorio.

4.3. La impugnación presentada por la defensa de ELSA PEÑALOZA BUENO

4.3.1. prescripción de la acción penal

4.3.1.1. Prescripción por el cómputo errado del tiempo destinado a las recusaciones y de la “extensión de los efectos negativos de las recusaciones denegadas”

En primer término, aclara que estos trámites duraron 46 días y no 48, como lo estimó el Tribunal. Sobre esa base, plantea:

Si como lo afirma el Tribunal, “...el reato en comento tendría lugar (sic) fecha posterior a la presente providencia” (...) 19 de noviembre de 2019 para quienes fuero imputados el 3 de octubre, 20 de noviembre para quienes fueron imputados el 4 de octubre de 2007 y a Jairo Eduardo Ulloa en el 2020, en tanto fue imputado el 28 de agosto de 2008”, realmente la prescripción, respecto a ELSA PEÑALOZA BUENO, ocurrió el día en que se profirió el fallo al que se ha hecho mención.

Luego, resalta que el artículo 62 de la Ley 906 de 2004 hace alusión a recusaciones infundadas, a efectos de establecer que “*no correrá la prescripción de la acción penal entre el momento de la petición y la decisión correspondiente*”.

A partir de ello, concluye que las recusaciones fueron negadas, pero no declaradas infundadas, por lo que no debe aplicarse la consecuencia prevista en la norma en mención.

Finalmente, resalta que a ELSA PEÑALOSA BUENO no se le pueden extender las consecuencias de las recusaciones presentadas por otras partes, pues ello “*equivaldría a desconocer que cada sujeto es uno en sí mismo y que, a menos*

que se adviertan actuaciones manifiestamente dilatorias conjuntas, los reproches deben ser individuales”.

4.3.1.2. Prescripción derivada de la no existencia de ejecutoria formal del fallo de instancia

En la misma línea de los otros defensores, sostiene que la modificación introducida por el Tribunal al fallo de segunda instancia, en el sentido de absolver al procesado TORRES NUÑEZ, implicó una modificación sustancial. Por tanto, la decisión de segunda instancia solo se consolidó el 5 de diciembre de 2019, fecha para la que estaba prescrita la acción penal.

4.3.2. Nulidad, por la indebida intromisión del juez de control de garantías durante la audiencia de imputación

Sostiene que la Fiscalía no tenía previsto endilgarle a los procesados el delito previsto en el artículo 410 del Código Penal, por su participación en la Junta Directiva del BIF. Por ejemplo, dice, a GABRIEL MORENO DUARTE se le procesó por sus actuaciones como supervisor de uno de los convenios interadministrativos.

Así, en la formulación de imputación, la Fiscalía no le atribuyó a ELSA PEÑALOSA BUENO el delito en mención. Decidió incluir ese cargo, luego de que el juez de control de

garantías le dijo que procediera de esa manera, bajo el argumento de que debía salvaguardar el principio de legalidad.

Luego de relacionar lo sucedido en esa audiencia, concluye que es “*evidente la irregular intromisión del Juez de Control de Garantías en cuanto a la imputación jurídica efectuada en contra de ELSA PEÑALOSA BUENO, lo que, a la postre, debe generar su absolución*”.

4.3.3. violación del principio de congruencia

Dice que ello consistió en porque su representada fue condenada “*bajo consideraciones de autoría distintas*” a las referidas en los cargos, y porque “*se efectuó un juicio de reproche respecto a un contrato distinto*”.

Sobre lo primero, sostiene que la equivalencia de las penas para el determinador y el autor no justifica que la condena se emita bajo la segunda categoría, cuando en la acusación se incluyó la primera.

Como la Fiscalía no probó qué autor fue determinado por su representada, debe optarse por la absolución.

A renglón seguido, luego de traer algunos apartes de la imputación y la acusación, plantea: (i) ELSA PEÑAÑOZA BUENO no acudió como delegada del alcalde, porque ello requiere un acto administrativo; y (ii) aunque su

representada actuó en nombre del ex alcalde ULLOA CADENA, el Tribunal resolvió de manera sustancialmente diferente la situación de estos dos procesados, ya que, frente a este, sostuvo que no podía ser juzgado por el contrato de compraventa, porque ello implicaría trasgredir el principio de congruencia, mientras que, respecto de aquella, no tuvo reparos en emitir la condena por un delito que no fue objeto de acusación. Ello, bajo el entendido de que ambos supuestamente actuaron como “*coautores impropios*”.

Sostiene que la Fiscalía planteó los cargos de la siguiente manera: (i) durante la celebración y tramitación de los referidos convenios administrativos, se incurrió en el delito previsto en el artículo 410 del Código Penal; (ii) en la adquisición del predio Altos de Bellavista, se materializó el delito de peculado por apropiación a favor de terceros; y (iii) en el avalúo corporativo efectuado por la Lonja, se incurrió en el delito de falsedad en documento privado.

En armonía con lo expuesto por otro de los impugnantes, plantea que, si la Fiscalía hubiera considerado que en la compra del predio se incurrió en el delito previsto en el artículo 410, el mismo le debió ser imputado al vendedor, CARLOS JOSÉ SLEVI PAZ.

Concluye que el Tribunal emitió la condena por un delito no incluido en la acusación (*celebración indebida de contratos, materializado en la compraventa del lote*). Por tanto, como solo se le atribuyó un “*acto impune*” (*por haber ocurrido en la*

ejecución del convenio interadministrativo), ELSA PEÑALOZA BUENO debe ser absuelta.

4.3.4. Interpretación incorrecta del artículo 410 del Código Penal

Sostiene que incurre en este delito el servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones realice alguna de las conductas prevista en la norma en mención.

Tras referirse a las respectivas normas constitucionales, así como a un fallo de esta Corporación, concluye:

Yerra el Tribunal cuando estima que, conforme lo establecido en los artículos 12 y 25 de la L. 80.1993, el entonces Alcalde municipal de Floridablanca delegó en ELSA PEÑALOZA BUENO, a través de un poder, la función de presidente de la Junta Directiva del Banco Inmobiliario de Floridablanca, y que por lo tanto debía responder penalmente. La razón, es que PEÑALOZA BUENO, conforme se declaró probado, fue nombrada como “Asesora del despacho del alcalde, nombrada mediante decreto del 8 de marzo de 2005.

Valga recordar que, la L.80.93, en su artículo 12, fue modificado por el artículo 37 del Decreto 2150 de 1995, y estableció que sólo sería viable delegación en los servicios públicos del nivel directivo o ejecutivo. Dicho acto de delegación, está reglado por el artículo 9 de la L. 489.1988, que establece que el acto de delegación debe cumplir una serie de requisitos”.

Luego de traer a colación la sentencia C-372 de 2002, sostiene que, en este caso, no se presentó un acto de delegación que se ajuste a la referida normatividad, lo que conlleva la atipicidad de la conducta, como quiera que su representada no tenía la función de contratar.

Basado en lo anterior, solicita la absolución de ELSA PEÑALOZA BUENO.

4.4. La impugnación presentada por la procesada ELSA PEÑALOZA BUENO

En buena medida, reitera los planteamientos de su defensor, con algunas variaciones, que serán analizadas más adelante en cuanto resulte necesario para la solución del caso.

Luego de aclarar que únicamente se le enrostró su participación en uno de los convenios interadministrativos ya mencionados, plantea que es evidente la atipicidad de la conducta, toda vez que dichos acuerdos tenían como único alcance que el Municipio le “inyectara recursos al BIF para que este pudiese cumplir con sus funciones (...). Trajo a colación los argumentos expuestos por el Juzgado frente a esta temática.

Tras referir que la Fiscalía, a lo largo de la actuación, introdujo modificaciones sustanciales a la premisa fáctica, cuestionó, al igual que su defensor, que el Tribunal le haya

restado importancia al hecho de que fue acusada a título de determinadora y la condena se emitió como coautora. Al efecto, presenta una disertación sobre las diferencias de estas figuras jurídicas. Sobre esa base, concluye:

1. *La variación de un grado de intervención a otro implica distintas cargas probatorias para el ente acusador que no se corresponden de forma universal.*
2. *Además de lo anterior, la Fiscalía no acreditó probatoriamente en juicio la existencia en mi cabeza de deberes funcionales que me permitieran haber sido autora del delito acusado, ni mucho menos de los requisitos que harían viable, en caso de ostentar dichos deberes, de configurar el supuesto de hecho de la coautoría con los demás acusados por el mismo cargo.*
3. *La Fiscalía ni al momento de la imputación, ni en la acusación me dijo cuál era mi participación, a quien había determinado y de qué lo había determinado, de tal forma que en el juicio jamás si quiera allegó la más mínima prueba al respecto, como puede ser verificado en toda la práctica probatoria.*

De otro lado, descarta que ella haya podido actuar dolosamente, toda vez que: (i) el director del BIF presentó una decena de documentos –*licencia de urbanismo y construcción, estudio de precisión cartográfica, licencia ambiental, etc.*–, que permitían concluir que el inmueble era idóneo para desarrollar el proyecto; y (ii) máxime si se tiene en cuenta que ella no es arquitecta, ingeniera civil o geóloga, de tal suerte que no tenía elementos de juicio para dudar de lo que decía el director.

Con fundamento en lo anterior, solicita que se decrete la prescripción de la acción penal. Si esto no es procedente, pide que se revoque la condena.

V. LOS NO RECURRENTES

La delegada del Ministerio Público considera que el fallo condenatorio debe ser confirmado, solo en lo que concierne a EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA. Pide desestimar los argumentos presentados por el defensor de este procesado, por las siguientes razones:

La emisión del fallo de segunda instancia, independientemente de su sentido, da lugar a la suspensión del término de prescripción. Al efecto, trae a colación algunas decisiones de esta Corporación.

La recusación, cuando se declara infundada, incide en los términos de prescripción, sin importar quién la haya propuesto.

No es de recibo que la aclaración del fallo de segunda instancia incida en el término de prescripción. Ello, porque ese argumento parte de la idea errada de que la suspensión opera con la ejecutoria de la sentencia de segundo grado, lo que es preferible frente a la resolución de acusación en la Ley 600 de 2000, pero no respecto de los fallos en el ámbito de la Ley 906 de 2004.

A diferencia de lo sucedido con el ex alcalde ULLOA CADENA, a EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA sí se le imputó el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en lo que concierne a la compra del lote de terreno. Al efecto, trae a colación un fragmento de la audiencia de **imputación**.

Sobre el particular, a GUERRERO PIÑEDA se le reprochó que el lote no tenía disponibilidad de acueducto y que solo el 50% era apto para construir, por lo que solo era viable la edificación de 2.220 soluciones de vivienda y no de 3.000, como estaba previsto. No se le enrostró lo concerniente al alcantarillado, por lo que esto no puede ser objeto de juzgamiento. Se ocupa de explicar por qué no existía disponibilidad del suministro de agua.

Este impugnante solo presentó un fragmento del testimonio del experto en contratación –*Santomio Gamboa*–, pues este hizo énfasis en que ningún contrato público puede desconocer los principios del este tipo de contratación. Al efecto, resalta que para la compra del lote de terreno debieron acatarse los requerimientos establecidos en el respectivo convenio interadministrativo.

Se refirió con amplitud al requerimiento atinente a las 3.000 viviendas y explicó por qué el lote no era apto para ello.

De la misma manera, se refirió al estudio de suelos, para concluir que el lote no era apto para los fines del proyecto.

No es cierto que el Tribunal haya concluido que el director del BIF actuó con culpa, ya que expuso expresamente que este conocía las limitaciones en materia de acueducto y, sin embargo, optó por celebrar la referida compraventa.

Sobre la situación de GABRIEL MORENO DUARTE y ELSA PEÑALOZA BUENO, reitera que

El tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (...), conforme lo argumentó el juez de primera instancia, está estructurado de tal forma que solo puede ser tenido como autor del mismo, quien dentro de su órbita funcional esté encargado normativamente de tramitar, celebrar o liquidar el contrato correspondiente, el director del BIF EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA, dentro del ejercicio de sus funciones, Acuerdo 016 de 2004, artículo duodécimo, literal h tenía la potestad de “celebrar contratos y ejecutar los actos propios de su competencia (...)”, y fue quien celebró la compraventa del predio Altos de Bellavista, negocio jurídico respecto del que se indica no cumplió con las exigencias requeridas en los convenios interadministrativos, por ende es el único llamado a responder a título de AUTOR por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, que nos ocupa.

Por tanto ELSA PEÑALOZA BUENO y GABRIEL MORENO DUARTE miembros de la Junta Directiva del BIF, como dentro de las funciones establecidas en el artículo 16 del Acuerdo de Junta Directiva Número 001 de 2005, no se encuentra la de contratar, por tanto, dichas personas fueron acusadas por este delito, sólo podrían ser consideradas, conforme lo indicó el juez de primera instancia, bien como intervinientes o bien como cómplices, según las reglas de estas formas de intervención, pero jamás a título de autores. Lo anterior significa que, en cualquier caso, las modificaciones en el marco de

punibilidad que ellas suponen conforme el artículo 30 incisos 2 y 4 del Código Penal, impondrían la reducción del máximo de la pena en una sexta parte y en una cuarta parte, respectivamente, lo que reduciría el término de prescripción, dando como resultado que el delito previsto en el artículo 410 del Código Penal, se encontrase prescrito para ELSA PEÑALOZA BUENO y GABRIEL MORENO DUARTE.

Con fundamento en lo anterior, solicita: (i) confirmar la condena proferida en contra de EDWARD ALBERTO GUERRERO PERALTA, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; y (ii) “*se decrete la preclusión de la actuación a favor de GABRIEL MORENO DUARTE y ELSA PEÑALOZA BUENO por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por prescripción de la acción penal*”.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Cuestión previa

Como el Tribunal emitió la primera condena en contra del procesado, la Sala examinará a fondo los fundamentos fácticos y jurídicos del fallo confutado, para garantizar el derecho a la doble conformidad.

6.2. Delimitación del debate

Los impugnantes plantean diversos asuntos procesales, con la finalidad de lograr la anulación del trámite y/o la

declaratoria de la prescripción de la acción penal. En un segundo plano, alegan la violación del principio de congruencia. Finalmente, cuestionan las conclusiones del Tribunal acerca de la configuración del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Desde ya, la Sala advierte lo siguiente sobre la acusación y la trasgresión de principio de congruencia: (i) los defectos de la acusación presentada por la Fiscalía generaron confusión sobre los cargos, lo que dio lugar a diversas interpretaciones por parte del Juzgado y el Tribunal acerca del tema de prueba y los límites decisionales asociados al principio de congruencia; (ii) bajo esas condiciones, el Tribunal emitió la condena por un delito que no fue incluido en la acusación; (iii) los censores expusieron las razones por la que no habría lugar a emitir una condena por el cargo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales incluido en la acusación; y (iv) presentaron los argumentos orientados a desvirtuar la condena por dicho delito, en lo que respecta a la compraventa del lote, lo que sería intrascendente de prosperar sus peticiones frente a la violación del principio de congruencia.

Y, sobre la prescripción derivada de la “*aclaración*” del fallo de segundo grado: (i) al revocar la absolución de primera instancia, el Tribunal profirió una condena notoriamente infundada en contra de NELSON TORRES NUÑO EZ; (ii) ante la queja presentada por este procesado, su defensor y la delegada del Ministerio Público, el fallador de segundo grado modificó sustancialmente su decisión, en el sentido de

absolver a quien previamente había condenado; (iii) con ello, generó una discusión sobre la prescripción de la acción penal, que incide en la competencia de esta Sala para analizar este caso en su fondo.

De otro lado: (i) los impugnantes presentaron otros alegatos notoriamente infundados sobre la prescripción; y (ii) igualmente, se refirieron a otros vicios de la actuación, que perderían trascendencia en el evento de que proceda un fallo absolutorio.

En este orden de ideas, la Sala seguirá el siguiente derrotero: (i) estudiaría lo concerniente a la prescripción de la acción penal, derivada del auto “*aclaratorio*” emitido por el Tribunal; (ii) analizará la acusación proferida por la Fiscalía; (iii) verificará la congruencia entre la acusación y la condena emitida por el Tribunal; y (iv) se ocupará de la procedencia de la condena respecto del cargo incluido en la acusación por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Por las razones enunciadas en los párrafos anteriores, los demás aspectos serán abordados en estos acápite, en cuanto resulte necesario para la solución del caso.

6.3. Estudio del caso

6.3.1. La prescripción derivada de la aclaración del fallo de segunda instancia

6.3.1.1. Reglas aplicables al caso

De tiempo atrás, la Sala ha precisado lo siguiente frente a la aclaración de la sentencia: (i) la regla general es que la sentencia no puede ser reformada por el juez que la profirió; (ii) el tema no está regulado expresamente en la Ley 906 de 2004, por lo que debe remitirse a la Ley 600 de 2000 y al Código General del Proceso; y (iii) la aclaración de la sentencia no incide en su ejecutoria y, en ese contexto, en la contabilización de los términos de prescripción.

Sobre la remisión al Código General del Proceso, en la decisión CSJSP2404, 13 junio 2022, Rad. 51624, se reiteró:

La falibilidad humana puede generar decisiones incompletas o que requieran quizás aclaraciones o enmiendas, situaciones contempladas por la teoría procesal que concibe mecanismos de subsanación a través de las figuras de la aclaración, corrección y adición de las providencias, en la forma como lo regula el Código General del Proceso, ordenamiento al que remite el artículo 25 de la Ley 906 de 2004, en orden a solucionar los aspectos no regulados en ese ordenamiento ni en las disposiciones que lo complementan, en tanto no se opongan a la naturaleza del proceso penal.

En cuanto a la aclaración el Código General del Proceso establece:

“ARTÍCULO 285. ACLARACIÓN. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.”

Sobre la corrección, agrega el artículo 286, que “Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto...”

En cuanto a la regulación de este tema en la Ley 600 de 2000, en la decisión CSJAP870, 2 feb. 2022, Rad. 53881, de nuevo se dijo que

*El artículo 412 del Código de Procedimiento Penal del 2000 (...), dispone que la sentencia no es reformable ni revocable por el mismo juez o sala de decisión que la hubiere dictado, **salvo** en caso de (i) error aritmético, (ii) en el nombre del procesado o (iii) de omisión sustancial en la parte resolutive (cfr. en ese sentido, CSJ AP, 29 Abr. 2020, Rad. 52.620; CSJ AP3116 – 2019; CSJ AP688 – 2017 y CSJ AP7622 – 2014, entre otras).*

Y, sobre la incidencia de estas decisiones en la contabilización del término de prescripción, en la decisión CSJAP183, 15 Sep. 2021, Rad. 55345, se reiteró que “*el trámite y la decisión que se adopte en relación con aclaración o complementación de sentencias, no extiende el término de*

ejecutoria ni los términos para interponer recursos y contabilizar la prescripción de la acción penal”.

De nuevo se anotó que “la corrección que el juzgador haga del fallo tendrá la categoría de auto complementario y se encuentra inmerso en la decisión, en tanto únicamente aclara aspectos no relevantes del objeto de la controversia, razón por la cual la misma no tiene la virtualidad de variar los términos de ejecutoria, ni de habilitar unos nuevos para que las partes puedan ejercer el derecho de impugnación”.

De lo dispuesto por el legislador en el Código General del Proceso y en la Ley 600 de 2000, se extrae la reiteración de una regla suficientemente consolidada en nuestro ordenamiento jurídico, según la cual

En cualquier proceso se agota la competencia funcional del juzgador cuando profiere sentencia. Por ello ésta se hace inmodificable por el juez que la dictó de tal manera que no puede luego introducirle alteraciones a lo resuelto ni modificaciones, ni adiciones ni supresiones a lo decidido, labor esta que cuando existe otra instancia quedaría dentro del ámbito de competencia del superior jerárquico al decidir un recurso o al conocer de la providencia en cuestión cuando ella pueda ser objeto de consulta conforme a la ley (Corte Constitucional, A.074 A/04, A.138/2019, entre muchas otras).

Lo anterior, según se anotó en los párrafos precedentes, permite un adecuado punto de equilibrio entre la seguridad jurídica (reflejada en la intangibilidad de la sentencia respecto de

quien la emite), y el entendimiento de que la falibilidad es inherente a cualquier obra humana.

6.3.1.2. Análisis del asunto sometido a conocimiento de la Sala

En el presente asunto, resulta claro que la modificación introducida por el Tribunal desborda las posibilidades previstas en el Código General del Proceso y la Ley 600 de 2000, en lo que a la reforma de la sentencia se refiere.

En efecto, no se trató de una cuestión aritmética o de la aclaración de algún término confuso; tampoco, que se haya dejado de resolver algún tema. Lo que hizo el Tribunal fue modificar sustancialmente la parte resolutive, pues absolvió a NELSON TORRES NUÑEZ, a quien inicialmente había condenado.

De esa manera, el Tribunal desbordó su competencia y, de esa forma, violó el debido proceso en un aspecto sustancial.

Por tanto, se decretará la nulidad del auto del 5 de diciembre de 2019.

Aunque, en principio, esta decisión podría afectar los derechos de las partes e intervinientes, sobre todo frente a la intención de la delegada del Ministerio de interponer el recurso de casación, ello no impide resolver las impugnaciones descritas en precedencia, toda vez que: (i)

dicha funcionaria aclaró que el recurso de casación se interpondría con el único propósito de cuestionar la condena emitida en contra de TORRES NUÑEZ; y (ii) como se verá más adelante, la Sala revocará la condena emitida por el Tribunal frente a todos los procesados.

Lo anterior, porque, en la medida de lo posible, la sentencia absolutoria debe privilegiarse frente a la nulidad. Según se verá más adelante, este criterio se aplicará respecto de las notorias falencias argumentativas de la condena emitida en contra de NELSON TORRES NUÑEZ.

En todo caso, el auto proferido por el Tribunal el cinco de diciembre de 2019 no podría dar lugar a la prescripción de la acción penal, toda vez que: (i) si se asumiera que se trató de una aclaración, en los términos establecidos en el Código General del Proceso y la Ley 600 de 2000, ello no podría incidir en la ejecutoria del fallo y, en ese contexto, no afectaría la contabilización de los términos de prescripción; y (ii) si el Tribunal desbordó su competencia, como en efecto ocurrió, ello constituye una violación del debido proceso, generadora de nulidad.

6.3.2. La acusación

6.3.2.1. Reglas aplicables al caso

De tiempo atrás, la Sala ha hecho las siguientes precisiones sobre el contenido de la imputación y la acusación:

1. Según lo establecido en los artículos 288 y 336 de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía debe expresar de manera sucinta y clara los hechos jurídicamente relevantes.
2. Los hechos jurídicamente relevantes son los que pueden subsumirse en las normas penales que se consideran aplicables al caso.
3. Al formular los cargos, la Fiscalía debe abstenerse de mezclar los hechos jurídicamente relevantes con hechos indicadores y contenidos probatorios.
4. Aunque mezclar hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y contenidos probatorios constituye una impropiedad, ello no conduce necesariamente a la anulación del proceso, ya que es posible que, a pesar de ello, el imputado o acusado haya podido comprender los cargos.
5. Para la estructuración de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes es necesario que la Fiscalía interprete correctamente las normas penales que considera aplicables al caso.

6. Si en la imputación y la acusación se incluyen varios delitos, la Fiscalía debe referirse a los hechos jurídicamente relevantes atinentes a cada uno de ellos.
7. Si los cargos se formulan en contra de varias personas, se debe indicar cuál es la forma de participación de cada una de ellas y se deben incluir los respectivos hechos jurídicamente relevantes.
8. La hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación determina aspectos medulares del procesado, entre ellas, el tema de prueba, el estudio de pertinencia de las pruebas, la función decisional del juez en virtud del principio de congruencia, etcétera (CSJSP, 3168, 8 marzo 2017, Rad. 44599; CSJSP19617, 23 nov 2017, Rad. 45899; CSJSP2042, 5 jun 2019, Rad. 51007, entre muchas otras.

También se ha referido en varias ocasiones a la estructuración de los cargos por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, para precisar:

1. Se trata de un tipo penal en blanco, por lo que resulta imperioso establecer cuáles son las normas que deben integrarse al artículo 410 del Código Penal.

2. Para la estructuración de los cargos, no es admisible la alusión genérica a la trasgresión de los principios que rigen la contratación administrativa.
3. En este contexto, solo podrán tenerse como requisitos sustanciales aquellos *“cuya desatención comporta la ilicitud del proceso contractual, en tanto concreción de alguna o varias máximas que deben regir la contratación estatal”*.
4. Bajo el entendido de que el tipo penal consagra un sujeto activo calificado, debe verificarse si la intervención se da por razón del ejercicio de las funciones.
5. Deben considerarse los demás delitos orientados a la protección del mismo bien jurídico, entre ellos, el de interés indebido en la celebración de contratos (CSJSP7322, 24 mayo 2017, Rad. 49819; CSJSP17159, 23 nov 2016, Rad. 46037; CSJSP16981, 11 oct 2017, Rad. 44609; entre muchas otras).

Lo anterior, bajo el entendido de que la identificación del contrato sobre el que recae la irregularidad constituye un aspecto ineludible, en orden a que los cargos permitan el adecuado desarrollo del proceso y faciliten el ejercicio de la defensa.

Sobre los elementos de la determinación, que, naturalmente, deben ser tenidos en cuenta al estructurar los cargos, en la decisión CSJSP1167, 6 de abril de 2022, Rad. 57957, se reiteró la necesidad de verificar: i) que el determinador genere o refuerce en el determinado la definitiva resolución de cometer el delito; ii) el determinado debe cometer una conducta típica consumada o en grado de tentativa; iii) la existencia de un vínculo entre el hecho principal y la inducción; iv) la carencia del dominio del hecho por parte del determinador; y v) el dolo del determinador¹.

Y, frente a la coparticipación, en casos de delitos con sujeto activo calificado, la articulación de diversas decisiones permite extraer las siguientes reglas:

Frente a la coautoría, debe precisarse: (i) cuál fue el delito o delitos cometidos, con especificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar; (ii) la participación de cada imputado o acusado en el acuerdo orientado a realizar esos punibles; (iii) la forma cómo fueron divididas las funciones; (iv) la conducta realizada por cada persona en particular; (iv) la trascendencia del aporte realizado por cada imputado o acusado, lo que, más que enunciados genéricos, implica establecer la incidencia concreta de ese aporte en la materialización del delito; etcétera. Solo de esta manera se puede desarrollar, en cada caso en particular, lo dispuesto

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de octubre de 2000. Radicación 15610, sentencia SP19802-2017 del 23 de noviembre de 2017. Radicación 46166 y sentencia SP4813-2021 del 27 de octubre de 2021. Radicación 55836.

por el legislador en materia de concierto para delinquir, coautoría, complicidad, entre otras expresiones relevantes del principio de legalidad (CSJSP2772, 11 jul 2018, Rad. 51773).

Sobre la coparticipación en delitos con sujeto activo calificado, en la decisión CSJSP2551, 21 julio 2022, Rad. 58225, se reiteró el análisis realizado en CSJSP4091, 21 oct. 2020, Rad. 53434:

En un primer estadio jurisprudencial², la calidad de interviniente era aplicable respecto de cualquier modalidad de autor o partícipe, en palabras de la Sala, «De ahí que se pueda ser interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice)»³, derivándose consecuencias distintas respecto del quantum punitivo según el nivel de intervención en la conducta. Así, tratándose del determinador o del autor interviniente la rebaja consistiría en una cuarta parte de la pena y, para el cómplice interviniente, daría lugar a una doble rebaja por concurrir estas dos condiciones.

En una segunda fase, la Corte⁴ reconsideró el alcance del interviniente, razonando que si el determinador y el cómplice no requieren las calidades especiales exigidas en el tipo, pues el primero no ejecuta directamente la conducta y el segundo tiene un papel accesorio en su comisión, no les era aplicable la figura.

² Cfr. CSJ. SP. de 25 de abril de 2002, Rad. 12191.

³ Cfr. *Ídem*.

⁴ Cfr. CSJ. SP. de 8 de julio de 2003, Rad. 20704.

Bajo este entendido, y establecida «la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30»⁵, la Sala advirtió que no se justificaba un tratamiento punitivo adicional más favorable a aquellos, consistente en la rebaja de la pena en una cuarta parte, por una calidad que no tenía incidencia alguna en la contribución que efectuaban respecto del comportamiento delictivo.

Desde aquel momento la Corporación ha venido reiterando que el concepto de interviniente no permea toda modalidad de concurrencia en la ejecución de la conducta punible, sino que hace referencia a un dispositivo amplificador de la autoría en la comisión de reatos especiales cuando no se cuenta con la cualificación o condición prevista en el tipo penal. Puesto en otros términos, la calificación legal del interviniente corresponde a quien realiza «actos de (co)autor en delito especial pero carece de las calidades exigidas en el tipo»⁶.

En este orden de ideas, la imputación de responsabilidad en tal condición presupone que el sujeto asista la ejecución del verbo rector realizando la conducta como suya, es decir, como un verdadero autor, ejerciendo cierto dominio o codominio funcional o material sobre la comisión del ilícito⁷.

De manera que la figura del interviniente corresponde a quien, en concurso con el autor, ejecuta como suya la conducta descrita en el verbo rector de un delito especial sin tener la cualificación jurídica, profesional o natural, exigida en él, de modo que la

⁵ Cfr. *Ídem*.

⁶ Cfr. CSJ. SP. de 12 de septiembre de 2012, Rad. 37235.

⁷ Cfr. CSJ. SP. del 27 de agosto de 2019, Rad. 52001. En igual sentido, CSJ. SP. de 11 de diciembre 2013, Rad. 42312.

sanción penal, in abstracto, destinada para los partícipes en este tipo de punibles no se ve alterada por el hecho de carecer o no de las condiciones especiales requeridas en el reato, en tanto el extraneus es el único acreedor de la disminución punitiva prevista en el inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000⁸.

6.3.2.2. El contenido de la acusación realizada por la Fiscalía

Al referirse a los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, la Fiscalía aludió a diversas actuaciones estatales, así:

Primero, presentó el contexto en el que ocurrieron las supuestas conductas ilícitas:

El doctor JAIRO EDUARDO ULLOA CADENA, alcalde municipal de Floridablanca, Santander, cargo para el cual fue elegido durante el período constitucional comprendido entre el 1° de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2007, con el propósito de dar cumplimiento al plan de desarrollo “Floridablanca entre la gente”, dispuso adelantar un proyecto de vivienda de interés social para los sectores más pobres y vulnerables del municipio, radicado el día 21 de diciembre de 2005, en la Secretaría de Planeación, Banco de Programas y proyectos de inversión, por valor de cuatro mil millones de pesos.

Luego, mencionó el primer convenio interadministrativo y se refirió a la delegación realizada por el entonces alcalde ULLOA CADENA. Igualmente, hizo la primera alusión a las

⁸ Cfr. CSJ. SP. de 1° de julio de 2020, Rad. 51444.

obligaciones adquiridas por el BIF en virtud de dicho convenio:

*Para tal efecto, el secretario e infraestructura, doctor **Fernando Castaño Martínez**, atendiendo la **delegación que hiciera el señor alcalde municipal**, mediante Decreto 0011 del 26 de enero de 2005, **celebró el contrato interadministrativo número 12063 del 27 de diciembre de 2005**, suscrito con el Banco Inmobiliario de Floridablanca (BIF), establecimiento público del orden municipal, representado por el doctor EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA, por valor de \$949.750.000, dineros girados por el municipio, siendo designado como supervisor el doctor GABRIEL MORENO DUARTE, jefe de la oficina de planeación para esa fecha, cuyo objeto era: aunar esfuerzos entre las instituciones intervinientes para la ejecución del proyecto denominado “adquisición de lotes y predios para la ejecución de proyectos de construcción de viviendas de interés social rural y urbana del municipio de Floridablanca (...), **obligándose el BIF a realizar entre otros, los estudios técnicos necesarios para la compra de los terrenos.***

A renglón seguido, se refirió a lo que parece ser una irregularidad del primer convenio interadministrativo. Igualmente, trajo a colación la venta del lote de terreno y mencionó **otro contrato**, el celebrado con la Lonja Inmobiliaria de Santander, orientado a obtener el avalúo del predio. Parece mencionar, como una irregularidad, el hecho de que no se haya esperado el avalúo pedido al Instituto Geográfico Agustín Codazzi:

Sin haber realizado ningún acto tendiente a la ejecución del convenio interadministrativo precitado (12063 del 27 de diciembre de 2005), se modificó el proyecto de vivienda de interés social radicado en la oficina del Banco de Proyectos de Planeación el

2 de junio de 2006, incrementándose el valor del mismo en la suma de cuatro mil millones de pesos.

*Como quiera que mediante oficio fechado el 1º de junio de 2006, el señor CARLOS JOSÉ SLEVI PAZ, representante legal de la Constructora Cañaveral LTDA., **ofreció en venta al BIF el lote ubicado en Altos de Bellavista**, con un área de 142.088.15 metros aproximadamente (...), indicando que tenía red principal de acueducto sin domiciliaria, pero con disponibilidad de servicio, el representante legal del BIF **solicitó a la Lonja Inmobiliaria de Santander y al Instituto Agustín Codazzi, presentara una propuesta con el objeto de realizar el avalúo comercial al predio ofrecido, y sin esperar la respuesta del IGAC, suscribió orden de prestación de servicios número 007 de fecha 7 de junio de 2006**, con Alonso Fuentes Cruz, representante legal de la Lonja de Santander, con el objeto de realizar un avalúo (...) siendo designada como supervisora la arquitecta HELGA PATRICIA DUARTE VARGAS, profesional universitario del área técnica del BIF.*

A continuación, se refirió al segundo contrato interadministrativo, así como a las obligaciones que el BIF adquirió a raíz del mismo:

*El 14 de junio de 2006 la Lonja Inmobiliaria de Santander **elaboró el avalúo corporativo especial urbano No. 0155-2006 del lote de terreno Altos de Bellavista**, determinando que el avalúo comercial del lote era de seis mil seiscientos siete millones cuatrocientos quintes mil seiscientos setenta y cinco pesos, y en esa misma fecha se suscribió el **contrato interadministrativo número 1206031**, entre el Banco Inmobiliario de Floridablanca, representado por el doctor **EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA** y el municipio de Floridablanca, **representado por el ingeniero FERNANDO CASTAÑO MARTÍNEZ**, secretario de infraestructura del municipio, con el **objeto de aunar esfuerzos entre las***

instituciones intervinientes para la ejecución del proyecto “adquisición de lotes y predios para la ejecución de construcción de viviendas de interés social (...)”, por valor de seis mil millones de pesos, obligándose el BIF a comprar un predio apto para la construcción de 3.000 viviendas nuevas y con disponibilidad para construir servicios públicos domiciliarios, debiendo efectuar los estudios de suelos, consultorías entre otros, siendo designado como supervisor el señor NELSON TORRES NUÑEZ, profesional universitario adscrito a la Secretaría de Infraestructura.

Seguidamente, mencionó la intervención de la Junta Directiva del BIF, en orden a resaltar que su director puso a su consideración la compra del referido lote, la que fue autorizada por dicho órgano de gobierno. Hizo hincapié en que ello se realizó sin que se hubieran agotado los estudios a los que el BIF se había obligado.

Al día siguiente, 15 de junio de 2006, presentó el doctor EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA, director del BIF, puso a consideración de la Junta Directiva Extraordinaria del Banco Inmobiliario de Floridablanca, el lote situado en Altos de Bellavista, ofrecido en venta por el seños SLEVI PAZ (...), siendo autorizada la compra del predio por la Junta Directiva, sin la existencia de los estudios técnicos y de suelos necesarios para establecer las características del predio y determinar si era apto para el desarrollo del proyecto de vivienda de interés social, que debió realizarse por la arquitecta HELGA PATRICIA DUARTE VARGAS, adscrita al área técnica del BIF, previo a la adquisición del mismo, como se estipuló en los contratos interadministrativos.

La Junta Directiva que aprobó la compra estaba integrada por ELSA PEÑALOSA BUENO, presidenta de la Junta Directiva, quien fungía como asesora del despacho de la alcaldía y delegada del señor alcalde municipal, JAIRO EDUARDO ULLOA CADENA, para que lo representara en la Junta; ingeniero GABRIEL MORENO DUARATE, jefe de la Oficina de Planeación; ingeniero FERNANDO CASTAÑO MARTÍNEZ, secretario de infraestructura; LUZ MARTHA MEDINA SUÁREZ, secretaria de hacienda; CAMPO ELÍAS BARAJAS MAYORGA, presidente de Asojuntas; JORGE MARIANO MEZA DÍAZ, representante de cooperativas; y EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA, secretario de la Junta Directiva y director del BIF.

Tras referirse a la compra del lote, trajo el contenido de un dictamen solicitado durante la fase de investigación, orientado a establecer: (i) si hubo detrimento patrimonial en la adquisición del predio; y (ii) las irregularidades en los contratos interadministrativos suscritos por el BIF y el municipio de Floridablanca. No insinuó siquiera que se ocuparía de alguna irregularidad en los otros procesos contractuales mencionados hasta ese momento (el adelantado con la Lonja Inmobiliaria de Santander y la compraventa del predio).

*Fue así como el 20 de junio de 2006, **se protocolizó la escritura pública número 158 del 20 de junio de 2005**, ante la Notaría 2ª del Círculo de Floridablanca, la compraventa del lote Altos de Bellavista (...), por valor de seis mil seiscientos millones de pesos, otorgada por CARLOS JOSÉ SLEVI PAZ, representante de la Constructora Cañaveral Ltda., a favor del Banco Inmobiliario de Floridablanca, representado por el doctor **EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA**, cancelándose el primer pago el día 20 de junio de 2006, por valor de ochocientos millones de pesos; el segundo pago, el día 4 de julio de 2006, por valor de mil ochocientos millones de pesos, **ordenados estos por EDWARD ALBERTO GUERRERO***

PINEDA, y el último pago el día 6 de enero de 2007, por valor de cuatro mil millones de pesos, **ordenado por RODOLFO PABÓN PINILLA, quien asumió la dirección del BIF a partir del 1° de noviembre de 2006.**

Para efectos de establecer si el precio del lote fue exorbitante, así como las presuntas irregularidades en los procesos contractuales suscritos entre el BIF y el municipio de Floridablanca, noticiados por el señor Martín Basto Parra, se dispuso la práctica de un avalúo comercial por el grupo de arquitectos e ingenieros de la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, quienes rindieron avalúo concluyendo que el valor del predio era de \$3.088.567.906, existiendo un mayor valor de \$3.511.432.093.84.

Con el fin de precisar las supuestas irregularidades en los contratos interadministrativos, se limitó a mencionar los principios que rigen la administración pública, salvo la alusión tangencial a la norma que dispone la realización de estudios previos.

Además, se determinaron presuntas irregularidades **en los contratos interadministrativos aludidos**, los que se rigen por la Ley 80 de 1993 y por el Decreto 855 de 1994, artículo 7, al desconocer los principios rectores que rigen la contratación estatal contenidos en la precitada ley, artículo 23, como son el de transparencia, economía y responsabilidad; así como el artículo 24 que define el principio de transparencia, artículos 25 numerales 7 y 12, que establece el principio de economía, modificado por el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002, norma que fijó los requisitos de los estudios previos, y el artículo 26, que desarrolla el principio de responsabilidad al que están sometidos los servidores públicos cuando ejecutan actos contractuales, debiendo cumplir los fines de toda contratación estatal,

siento estos principios de arraigo constitucional señalados en el artículo 209 de la Carta.

En ese contexto, se refirió a las irregularidades en la celebración de los contratos interadministrativos:

Teniendo en cuenta que en los estudios de oportunidad y conveniencia de los contratos interadministrativos reseñados no se encontró ningún soporte indicativo de la valoración del cuadro de inversión, ni se explica de dónde se obtiene el valor del objeto a contratar. Tampoco se realizaron los estudios técnicos necesarios para establecer las características del suelo del lote que se adquirió. Además, carecía el lote de la disponibilidad del servicio de acueducto, atendiendo a la comunicación enviada al gerente del BIF, EDWARD ALBERTO GUERRERO, por la Compañía de Acueducto de Bucaramanga, de fecha 29 de marzo de 2006.

Inmediatamente después, trajo a colación un nuevo contrato (*la promesa de compraventa del inmueble*). Dice que allí se alude a la disponibilidad de acueducto y alcantarillado, pero da a entender que se ello era falso:

*No obstante lo anterior, en la **promesa de compraventa** del lote Altos de Bellavista, suscrita el 20 de junio del mismo año, se dejó constancia que tenía disponibilidad del servicio de acueducto. También se determinó que en el estudio de oportunidad y conveniencia consta que el predio cuenta con disponibilidad de alcantarillado, lo condiciona a la realización de una serie de obras de reposición de gran impacto económico sobre el valor del lote.*

Inmediatamente después, se mencionan los problemas de estabilidad del terreno. A renglón seguido, alude a otra

supuesta irregularidad del contrato de promesa de compraventa, consistente en que no se aclaró cómo iba el vendedor a garantizar la estabilidad del terreno. Dice que, a pesar de ello, la Junta Directiva autorizó la compra.

De otro lado, el Instituto Colombiano de Geología y Minería “Ingeominas”, en el año 2001 realizó un estudio denominado zonificación sismogeotécnica indicativa del área metropolitana de Bucaramanga, dentro del cual se incluyó el barrio Altos de Bellavista, donde concluyeron que “las características geológicas, geotécnicas y morfológicas de estas áreas no permiten garantizar la estabilidad de proyectos de desarrollo urbano, por lo tanto, cualquier edificación u obra de infraestructura que se localice en esta área está en grave peligro de ser afectada severamente por procesos de inestabilidad del terreno”, difícilmente controlables con obras normales de ingeniería, estudio que fue enviado a la Alcaldía de Floridablanca. Así mismo, la Alcaldía suscribió convenio interadministrativo No. 0006 con la UIS el día 15 de diciembre de 1998, con el fin de realizar un estudio de la variable de amenazas naturales dentro del proceso del plan de ordenamiento territorial de Floridablanca, concluyendo que el lote de Altos de Bellavista fue definido por el equipo técnico como una zona de inestabilidad geológica por fallamiento y fracturamiento (sic) y terrenos con pendientes mayores del 60%, lo cual significa que había restricciones para localización de infraestructura, equipamiento y desarrollo de viviendas en ese sector.

*Aunado a lo anterior, se tiene que en la **promesa de compraventa suscrita entre Constructora Cañaveral y el BIF** para la compra del lote Altos de Bellavista **se deja constancia que “la estabilidad del lote será responsabilidad directa del vendedor”**, aspecto este que exigiría una gran inversión para garantizar su estabilidad, **sin que se precisara en la promesa ni en los estudios de oportunidad y conveniencia cómo iba a garantizar el vendedor los problemas de inestabilidad del predio** advertidos por este y*

*conocidos por el Municipio desde el año 2001, y pese a esto se ordena la compra del lote por los miembros de la Junta Directiva del BIF, **aunado al hecho que actualmente la sociedad Constructora Cañaveralltda. se encuentra liquidada**, como certificó la Cámara de Comercio de Bucaramanga (...).*

En los siguientes párrafos, la Fiscalía hace alusión a unos supuestos hechos indicadores de que el predio tenía un precio inferior al finalmente pactado y de que algunos de los involucrados tenían conocimiento de ello.

Finalmente, se verificó que el lote Altos de Bellavista para el año 2005 se encontraba hipotecado al Banco Banismo para garantizar las acreencias que tenía en esa fecha la constructora Cañaveralltda., representada por CARLOS JOSÉ SLEVI PAZ, quien entregó en dación en pago el 36% del lote antes referido a esta entidad, por acuerdo realizado.

Y fue así como el Banco ofreció en venta el predio, pero como este se encontraba destinado por el POT como zona verde urbana, se comunicaron con el señor alcalde de Floridablanca, JAIRO EDUARDO ULLOA CADENA, quien sostuvo a la funcionaria del Banismo “que el lote no valía nada, que el banco tenía hipotecado un parque y que en su honor iba a colocar una valla por su donación al municipio”, quien posteriormente en el mes de septiembre de 2005, se desplazó a las dependencias de Banismo en Bogotá y ofreció la suma de quinientos millones de pesos por la compra del predio, oferta que no fue aceptada.

Luego, el 21 de octubre de 2005, Banismo y constructora Cañaveralltda., representada por SLEVI PAZ, suscriben promesa de compraventa con el señor Álvaro Garzón Serrano, de la propiedad que tenían y ejercían en común y proindiviso del lote Altos de Bellavista de Floridablanca, por un valor de \$2.150.000.000. No obstante, se otorgó la escritura

pública número 6503 de fecha 21 de noviembre de 2005, ante la Notaría Tercera del Círculo de Bucaramanga, donde Banismo transfiere a título de venta a la constructora Cañaveral Ltda. el 36% del lote Altos de Bellavista por valor de \$936.000.000, predio que en su totalidad CARLOS JOSÉ SLEVI PAZ (...) vende al municipio de Floridablanca, a través del BIF, por valor de \$6.600.000.000 el día 20 de junio de 2006. Afectándose gravemente el peculio del municipio de Floridablanca con la negociación, teniendo en cuenta además que los recursos estaban destinados para planes de inversión social.

El IGAC, Sub-sesión Catastro y Avalúo, el 26 de noviembre de 2007 estimó el lote en \$3.937.726

Sobre esa base, decidió formularle cargos a algunas de las personas que participaron en los trámites y contratos atrás mencionados. De los integrantes de la Junta Directiva, acusó a ELSA PEÑALOZA BUENO, GABRIEL MORENO DUARTE, MARTHA MEDINA, FERNANDO CASTAÑO MARTÍNEZ (*quien falleció en el curso del proceso*) y EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA.

A NELSON TORRES NUÑEZ, lo acusó porque fue el interventor del segundo contrato interadministrativo. Igual, MORENO DUARTE fue el interventor en el primer convenio celebrado entre el BIF y el municipio de Floridablanca.

También acusó al exalcalde ULLOA CADENA, quien delegó a otros funcionarios para celebrar los ya conocidos contratos interadministrativos, así como para intervenir en la Junta Directiva del BIF que autorizó la compra del inmueble.

Igualmente, formuló acusación en contra de ALONSO FUENTES CRUZ, con quien se acordó la realización del avalúo realizado por la Lonja Inmobiliaria de Santander. Le atribuyó la calidad de interviniente del delito de peculado por apropiación y de coautor de falsedad en documento privado.

6.3.1.3. Las falencias de la acusación

En primer término, la Fiscalía hizo alusión a múltiples contratos (*los 2 interadministrativos celebrados entre el municipio de Floridablanca y el BIF, el celebrado con la Lonja Inmobiliaria de Santander, la promesa de compraventa y la compraventa*), al tiempo que se refirió a múltiples actuaciones (la delegación que hizo el alcalde, en los términos ya referidos; la supervisión de los dos contratos interadministrativos, la autorización a cargo de la Junta Directiva del BIF...).

Sin embargo, solo se refirió expresamente a las irregularidades en los contratos interadministrativos ya mencionados. Sumado a ello, solo imputó un delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sin especificar en cuál de los contratos celebrados entre el BIF y el municipio de Floridablanca recayó la irregularidad.

En cuanto a las normas infringidas, la Fiscalía se limitó a mencionar los principios que rigen la contratación administrativa. Solo hizo alusión, tangencialmente, a la norma que consagra la obligación de realizar estudios

previos, siempre en el contexto de los contratos interadministrativos.

El nivel de indeterminación de la acusación es igualmente notorio en cuanto a las formas de intervención.

Así, por ejemplo, quienes finalmente resultaron condenados fueron acusados en calidad de “*coautores impropios*”. Sin embargo, en la formulación de cargos ni siquiera se insinuó que los procesados acordaron la realización de los delitos de peculado y celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Mucho menos, que hayan dividido las funciones de una manera en particular, lo que incidió, además, en que no se haya establecido la trascendencia de los aportes atribuidos a cada uno de ellos.

En la misma línea, se tiene que TORRES NUÑEZ únicamente tuvo a cargo la supervisión de uno de los contratos interadministrativos. Sin embargo, fue llamado a responder penalmente, en calidad de coautor de los delitos de peculado y contrato sin cumplimiento de requisitos legales (debe reiterarse que en la acusación se mencionaron varios contratos y actuaciones, pero solo se incluyó el cargo por un delito de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, sin que se haya aclarado en cuál de ellos recayó la supuesta irregularidad).

Algo parecido sucedió con el ex alcalde ULLOA CADENA, a quien, fácticamente, se le atribuyó haber delegado algunas

funciones y, sin más, fue llamado a responder penalmente como coautor de los delitos de peculado y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, al igual que determinador de falsedad en documento privado.

Una situación semejante se presentó con la procesada ELSA PEÑALOZA BUENO. Aunque fue mencionada como integrante de la Junta Directiva del BIF (al igual que otros procesados), se le atribuyeron los delitos de peculado por apropiación (en calidad de coautora), celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales (como determinadora) y falsedad en documento privado (determinadora).

A pesar de que la Fiscalía les atribuyó a varios procesados la calidad de **determinadores** respecto de la celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales y la falsedad documental, en la acusación no se estableció: (i) cuáles fueron las conductas de los procesados, orientadas a ese fin; (ii) la identidad de las personas en quienes recayó la determinación; (iii) el propósito de la misma; etcétera.

En cuanto a los integrantes de la Junta Directiva del BIF, nunca se aclaró: (i) por qué solo fueron llamados a responder penalmente uno de ellos *–al parecer, los que tenían la calidad de servidores públicos–*; (ii) si participaron directamente en alguno de los contratos referidos por la Fiscalía (*los interadministrativos, la promesa de compraventa, la compraventa, etcétera*); (iii) la calidad en que intervinieron (*si tenían a cargo la función contractual, prestaron una ayuda para que otros incurrieran en la irregularidad...*); (iv) las funciones de la Junta Directiva respecto de la labor

contractual del BIF, así como el respectivo soporte legal, etcétera.

Al respecto, no puede pasar desapercibido que EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA fue mencionado en varias actuaciones, sin que se precisara cuál de ellas es la que se le reprocha: (i) hacía parte de la Junta Directa, en calidad de director, aunque no se precisó cuáles eran sus facultades, porque, a manera de ilustración, en el Acuerdo 016 de 2004, el Concejo de Floridablanca estableció las funciones de los órganos de gobierno del BIF y precisó que “*el Director general deberá asistir, con voz pero **sin voto**⁹ a la Junta Directiva y actuará como secretario de la misma*”; (ii) también fue mencionado como suscriptor de los conocidos contratos interadministrativos; (iii) participó en los contratos de promesa de compraventa y compraventa del lote de terreno; (iv) participó en la contratación de la Lonja Inmobiliaria de Santander, para la elaboración del avalúo; entre otras.

Algo semejante sucedió con el delito de peculado por apropiación. La Fiscalía se limitó a traer a colación el contenido del avalúo preparado por la Lonja Inmobiliaria de Santander y un dictamen emitido por funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, donde se concluyó que el predio valía aproximadamente la mitad del precio estimado por la Lonja.

⁹ Subrayas añadidas.

Además de la impropiedad de traer a colación el contenido de los “*medios probatorios*”, la Fiscalía: (i) no les atribuyó a los procesados el hecho de haberse apoderado, en provecho suyo o de un tercero, de una determinada cantidad de dinero; (ii) no precisó cuál fue el aporte realizado por cada uno de los acusados, como tampoco se refirió a la existencia de un acuerdo común, a la división de funciones y a la trascendencia de cada aporte en particular; y (iii) bajo el entendido de que un cargo por el delito de peculado no puede reducirse a mencionar que existen dos avalúos diferentes.

No se recabará sobre este aspecto, toda vez que los procesados fueron absueltos en ambas instancias por este delito, en buena medida por la indebida estructuración de la hipótesis factual por parte de la Fiscalía.

Lo sucedido en la acusación refleja la improvisación de la Fiscalía, que se hizo palmaria desde la audiencia de formulación de imputación.

Allí, los cargos fueron expresados con el mismo nivel de vaguedad. En principio, a ELSA PEÑALOZA BUENO no se le imputó el delito previsto en el artículo 410 del Código Penal. Fue a raíz de la recomendación que hizo el juez de control de garantías, invocando su obligación de velar por la legalidad de ese acto comunicacional, que la Fiscalía optó por imputarle dicho delito, a título de determinadora, sin ocuparse de hacer las aclaraciones factuales atrás referidas (*a quién determinó, para qué, cómo lo hizo, etcétera*).

Esta forma de proceder, desborda las facultades del juez respecto de esas actuaciones de parte, toda vez que: (i) en el sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004 no está previsto el control material de la imputación y la acusación; (ii) el juez debe velar porque la actuación de la Fiscalía se ajuste a los requerimientos legales de esos actos comunicacionales; (iii) excepcionalmente, ante calificaciones jurídicas manifiestamente ilegales, puede intervenir para que se tomen los correctivos necesarios; y (iv) bajo ninguna circunstancia puede decidir acerca de los delitos que deben ser imputados o incluidos en la acusación (CSJSP2042, 5 jun 2019, Rad. 51007; CSJSP3988, 14 oct. 2020, Rad. 56505, entre otras).

Acorde con lo explicado en el anterior numeral, esta irregular formulación de los cargos tuvo las siguientes consecuencias:

-Por su vaguedad, limitó significativamente el ejercicio de la defensa.

-Truncó la delimitación del tema de prueba, al punto que solo se incluyó un delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, a pesar de que se habló específicamente de dos contratos interadministrativos y se mencionaron otros contratos y actuaciones.

-En consecuencia, limitó la actividad investigativa y probatoria, ya que ni siquiera pudo establecerse si lo pagado por el lote excedió su valor real.

-Impidió que la Judicatura tuviera claridad acerca de los hechos objeto de juzgamiento. Ello, se vio reflejado en que, en la primera instancia, se concluyó que solo se incluyeron los contratos interadministrativos, mientras que, en la segunda, se tomó como referencia el contrato de compraventa del inmueble.

-Y, en términos generales, la incorrecta delimitación de la hipótesis impidió que en este proceso se aclarara lo que realmente sucedió, a pesar de que el mismo se extendió por varios años.

Algo semejante ocurrió con el delito de falsedad en documento privado. Aunque la Fiscalía lo incluyó en la premisa jurídica de la acusación, no especificó cuál fue el documento sobre el que recayó la falsedad. Ante ello, cuando acusó al ex alcalde ULLOA CADENA, la defensa le pidió que aclarara ese punto, por lo que expuso que la falsedad afectó el avalúo realizado por la Lonja Inmobiliaria de Santander.

En síntesis, en lo que concierne al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en la acusación solo se concretó un cargo, con las falencias ya anotadas, que incluyó las supuestas irregularidades en los contratos interadministrativos celebrados entre el municipio de Floridablanca y el BIF.

Como bien lo anotan algunos de los impugnantes, en algunos apartes la Fiscalía dio a entender que se presentaron algunas irregularidades durante la **ejecución** de los contratos en mención, lo que, en sí mismo, no es penalmente relevante en el contexto del artículo 410 del Código Penal, como quiera que el legislador no incluyó esa fase de la función contractual.

Aunque es cierto que para la ejecución de un contrato puede ser necesaria la suscripción de otros, y que estos pueden estar viciados en los términos del artículo 410 en cita, también lo es que ello debe ser especificado en la acusación. En otras palabras, no basta con mencionar múltiples contratos y actuaciones, sin especificar cuáles fueron afectadas con una ilegalidad y en qué consistieron las mismas, para entender que un cargo está debidamente formulado.

Finalmente, en gracia de discusión podría afirmarse que el juez debe **interpretar** la acusación con el fin de precisar su sentido y alcance. Ello, que fue lo que al parecer intentó hacer el Tribunal para justificar la revocatoria de la absolución, amerita los siguientes comentarios:

En primer término, por las razones anotadas en precedencia, la acusación debe ser precisa, además que debe expresarse en un lenguaje claro y comprensible. Cuando el entendimiento de los cargos requiere de un complejo proceso interpretativo, ello es indicativo de que la Fiscalía no cumplió

las obligaciones previstas en el ordenamiento jurídico. Al respecto, la Sala se remite a lo expuesto en el numeral 6.3.2.1.

En este caso, según se anotó, los juzgadores tuvieron que realizar un ejercicio de esa naturaleza, que condujo a conclusiones diferentes: el Juzgado, asumió que el cargo por el delito previsto en el artículo 410 solo abarcó los contratos interadministrativos, mientras que, el Tribunal, infirió que el mismo se contrajo al contrato de compraventa del lote.

De otro lado, incluso si admitiera que el juez debe realizar un ejercicio de esa naturaleza, en este caso habría que concluir que el cargo por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales atañe a uno de los convenios interadministrativos, toda vez que: (i) ello se dijo expresamente en la acusación; (ii) solo frente a ellos se expusieron con alguna precisión las irregularidades cometidas por los procesados, aunque con las falencias ya indicadas; (iii) ello explica por qué la acusación cobijó a NELSON TORRES NUÑEZ, quien solo actuó como supervisor de uno de esos contratos; y (iv) igualmente, permite “*entender*” por qué el vendedor del lote no fue acusado por ese delito, máxime si se le señala como el receptor de los dineros objeto de la supuesta apropiación.

6.3.2. LOS ERRORES DEL TRIBUNAL

6.3.2.1. La violación del principio de congruencia

El Tribunal concluyó que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales incluido en la acusación recayó en la compraventa del lote de terreno destinado al proyecto de vivienda de interés social.

Según se indicó en precedencia: (i) la Fiscalía solo incluyó un delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; (ii) dijo expresamente que el mismo recayó en los contratos interadministrativos suscritos entre el municipio de Floridablanca y el BIF; y (iii) solo frente a esos contratos se refirió concretamente a las normas infringidas y a las irregularidades en que incurrieron las personas que participaron en las mismas. Al efecto, la Sala se remite a lo expuesto en el numeral 6.3.2.2.

Para estructurar la condena, el Tribunal: (i) hizo alusión a un contrato diferente –la compraventa del lote–; y (ii) al referirse a los requisitos esenciales trasgredidos, trajo a colación un aspecto que no fue considerado en la acusación, atinente a que, según las normas civiles, “*la cosa*” es un elemento esencial del contrato de compraventa y que, en este caso, “*la cosa*” estaba definida en los contratos interadministrativos. Concluyó:

Sin duda el precio y la cosa constituyen factores fundamentales en aquéllos casos de adquisición directa de bienes inmuebles, de tal manera que se han fijado distintas formas en las que éstos pueden determinarse, en el presente caso, por ejemplo, se especificó que el

bien a adquirir debía, por un lado, permitir la construcción de 3.000 unidades de vivienda y, además, contar con disponibilidad de servicios públicos. Características que debían verificarse a través de los diferentes estudios a los que se hizo alusión por parte del municipio y el BIF.

En ese orden de ideas, sí eran esenciales a la compraventa del terreno los requisitos establecidos en el contrato interadministrativo No. 1206031 de 14 de junio de 2006, en tanto estaban ligados a la cosa o al bien a adquirir, que en concordancia con el artículo 1849 del Código Civil, resultan intrínsecos a tal clase de negocio jurídico.

(...)

De esta manera, es claro, de un lado, que la definición de las características de la cosa era un elemento esencial del contrato, que debía satisfacerse a través de los estudios determinados en el contrato interadministrativo, que ello no se suplía con el estudio de precisión cartográfica efectuado previamente por el anterior propietario, ni por el hecho de que se tratara del único predio de Floridablanca que por su extensión diera cabida hipotética a 3.000 soluciones de vivienda.

La trasgresión del principio de congruencia se hizo mucho más visible con la postura del Tribunal frente al procesado JAIRO EDUARDO ULLOA CADENA. Con relación a este, concluyó que:

La Fiscalía lo acusó en calidad de coautor impropio del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sin embargo, los contratos que dieron origen a la imputación se circunscribieron a los interadministrativos, lo que implica, que ahora, señalarlo de haber omitido verificar los requisitos para la compraventa del bien inmueble comportaría igualmente la adición de unos hechos respecto de los

cuales no tuvo la oportunidad de defenderse y vulnerarían el principio de congruencia respecto a los hechos que primigeniamente le fueron enrostrados.

Razón por la que, la Sala queda atada a los hechos y los cargos formulados por la Fiscalía, así como a lo acreditado en juicio, razón por la que respecto a JAIRO EDUARDO ULLOA CADENA, la absolución debe ser confirmada.

Esta conclusión del Tribunal amerita los siguientes comentarios:

Aunque la acusación de los procesados se llevó a cabo en sesiones diferentes, la Fiscalía reiteró la premisa factual descrita en el numeral 6.3.2.2. La única diferencia consiste en que el defensor de ULLOA CADENA pidió que se aclarara cuál fue el documento sobre el que recayó la falsedad.

Si ULLOA CADENA fue llamado a responder como “*coautor impropio*” del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, que, como bien lo anota el Tribunal, recayó sobre los convenios celebrados entre el BIF y el municipio de Floridablanca, es porque acordó la acción ilegal con otras personas, con división de trabajo y, en general, con los elementos de esa forma de autoría, relacionados en los apartados anteriores. Y esos otros “*coautores*” no pudieron ser otros que los mencionados en el escrito de acusación.

Ante esa realidad, el Tribunal no explicó por qué debía entenderse que en la farragosa relación de hechos realizada por la Fiscalía (*la misma para todos los procesados*), ULLOA

CADENA fue acusado por las supuestas irregularidades de los contratos interadministrativos, mientras que los demás procesados fueron llamados a juicio por su intervención en la compraventa del inmueble.

Debe tenerse presente que a ULLOA CADENA solo se le menciona como delegante de funciones, **tanto para los contratos interadministrativos como para la participación en la Junta Directiva del BIF** donde se autorizó la compra del predio. Es decir, su participación fue la misma frente a los contratos interadministrativos y la compra del predio.

Por tanto, esta conclusión del Tribunal solo tiene sustento en el hecho de que el único cargo que se estructuró con alguna claridad fue el atinente a las irregularidades en los acuerdos celebrados entre el BIF y el municipio de Floridablanca, lo que coincide con la acusación formulada en contra de NELSON TORRES NUÑEZ, cuya intervención se redujo a la supervisión de uno de esos contratos interadministrativos.

6.3.2.2. La indebida motivación del fallo

Las anteriores conclusiones sobre la trasgresión del principio de congruencia podrían hacer impertinente la alusión a los yerros motivacionales del fallo impugnado.

Sin embargo, resulta imperioso aludir a ellos, porque, como ya se indicó, dichas falencias, y el intento de corregirlos a través “*auto aclaratorio*”, generaron arduos debates acerca de la prescripción de la acción penal.

La fundamentación de la condena emitida en contra de NELSON TORRES NUÑEZ es notoriamente anfibológica, porque en unos apartes del fallo se le señala como integrante de la Junta Directiva del BIF, y, en otros, se le excluye del listado de integrantes de ese órgano de decisión.

Lo sucedido con este procesado coincide con la falta de motivación de otros aspectos medulares del fallo.

Por ejemplo, el Tribunal señaló que los condenados actuaron como coautores –“*impropios*”-. Para referirse a la existencia del acuerdo común, se limitó a decir que ello sucedió cuando, al interior de la Junta Directiva, aprobaron la compra del predio. Frente a este tema se presenta una notoria confusión, pues una cosa es que los integrantes de una junta se pongan de acuerdo para tomar una decisión y otra muy diferente que hayan acordado cometer un delito.

Al respecto, era necesario sustentar la conclusión de que estos integrantes de la Junta Directiva (*los que fueron acusados*), se pusieron de acuerdo para trasgredir el ordenamiento jurídico, en los términos del artículo 410 del Código Penal.

En igual sentido, no se analizó la naturaleza de la Junta Directiva del BIF, ni sus funciones en materia contractual. El Acuerdo 016 de 2004, emitido por el Concejo de Floridablanca, precisa que la Junta estará compuesta por un representante del municipio de Floridablanca, designado por el Alcalde; el Secretario de Obras Públicas (...). Además de estos servidores públicos, también la integran *–por lo menos para ese entonces–*, un representante de las “ONGS”, un representante de las cooperativas de financiamiento de vivienda y uno de las organizaciones populares de vivienda.

Así, resultaba imperioso analizar la calidad en que intervinieron los miembros de la Junta Directiva en los procesos de contratación estatal, a efectos de establecer la calidad en la que podrían ser llamados a responder penalmente. Ello era importante, además, porque podría incidir en la prescripción de la acción penal, que, en este caso, según la calificación jurídica por la que optaron la Fiscalía y el Tribunal, dejó de operar por pocos días.

Lo anterior, sin perjuicio de otros aspectos relevantes de la condena cuestionada, que no serán abordados ante las conclusiones atrás expuestas sobre la trasgresión del principio de congruencia.

Aunque estos errores en la motivación del fallo, sobre todo en lo que concierne al procesado NELSON TORRES NUÑEZ, podrían dar lugar a su anulación, la Sala privilegiará la absolución, por las razones expuestas a lo largo de este proveído. Además, porque la nulidad conduciría

irremediablemente a la prescripción de la acción penal, sin que pueda desconocerse que los procesados han tenido que afrontar este trámite durante muchos años.

6.3.2.3. El estudio de los cargos incluidos en la acusación

Todo indica que la Fiscalía visualizó la posibilidad de que las personas que intervinieron en el proceso de compra del lote de terreno destinado a desarrollar el proyecto de vivienda de interés social ya conocido, acordaron apoderarse de buena parte de los recursos públicos dispuestos para ello. También, que para tales efectos incurrieron en varias irregularidades en materia contractual, que pudieron recaer en uno o varios de los siguientes contratos: (i) los dos interadministrativos, (ii) el que tenía como objeto el avalúo del lote; (iii) el de promesa de compraventa y (iv) la compraventa del lote. Ello, sin perjuicio de las múltiples actuaciones referidas en procesos anteriores.

Esta idea no fue incluida en la acusación, pero fue ventilada tangencialmente durante la formulación de imputación.

Sin embargo, no estableció una hipótesis clara frente a cada delito y frente a cada persona, lo que, claramente, afectó el proceso de investigación, dio lugar a una formulación de cargos farragosa e imprecisa, con el desenlace ya conocido.

Como era de esperarse, esa propuesta factual se fue desmoronando paulatinamente. Especialmente, porque no logró probar la idea medular, esto es, el sobrecosto del lote, asociado al apoderamiento de los dineros públicos, lo que dio lugar a que el Juzgado y el Tribunal absolvieran a todos los procesados, por el delito de peculado por apropiación.

Frente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, el nivel de indeterminación de la acusación podría dar lugar a la anulación del trámite desde esa fase de la actuación.

Sin embargo, no se evaluará esa posibilidad, por las razones expuestas en precedencia.

El Juzgado y el Tribunal concluyeron que la Fiscalía no logró demostrar las irregularidades en los referidos contratos interadministrativos.

El Juzgado, llegó a esa conclusión luego de referirse a los términos de la acusación y a la imposibilidad de trasgredir el principio de congruencia.

Lo anterior, porque: (i) los convenios interadministrativos objeto de debate no se rigen por la Ley 80 de 1993, sino por el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, que regula la asociación de entidades públicas para el cumplimiento de sus funciones; (ii) en este caso, el único propósito de los convenios era aunar esfuerzos para desarrollar proyectos de construcción de vivienda de interés social rural y urbana en

Floridablanca; (iii) ello los diferencia de los contratos caracterizados por la reciprocidad obligacional; (iv) así, la *“inexistencia de soportes de la valoración del cuadro de inversión, y la falta de explicación de la proveniencia del valor del objeto a contratar son reproches que resultan infundados, no solo porque no forman parte de la modalidad de convenio interadministrativo de cooperación (...), sino además porque el mismo objeto de los convenios se encontraba inscrito en el Banco de Proyectos y Programas de Inversión Municipal”*.

Por su parte, el Tribunal, al confirmar la absolución de ULLOA CADENA, dio por sentada la inexistencia de las irregularidades de los contratos interadministrativos. Sobre esa base, resaltó que el exalcalde no podría ser condenado por la compraventa del lote, porque ello daría lugar a la violación del principio de congruencia.

La absolución por las supuestas irregularidades en los contratos interadministrativos no admite mayor discusión.

Primero, porque en la acusación se hizo una alusión general a la violación de los principios que rigen la contratación administrativa, lo que, por su vaguedad, impide estructurar un cargo por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, tal y como se anotó en el numeral 6.3.2.1.

Segundo, porque el objeto de los convenios se redujo a la colaboración entre el municipio de Floridablanca y el BIF,

para el desarrollo de proyectos de vivienda, en lo que no se avizoran irregularidades o, por lo menos, no fueron ventiladas en la acusación.

Y, tercero, porque los reproches consistentes en que “*los estudios de oportunidad y conveniencia de los contratos interadministrativos reseñados no se encontró ningún soporte indicativo de la valoración del cuadro de inversión, ni se explica de dónde se obtiene el valor del objeto a contratar*”, carecen de toda consistencia, entre otras cosas porque: (i) los convenios solo aluden a la colaboración interadministrativa, mas no a la adquisición de un lote en particular; y (ii) de ninguna manera se precisó por qué esos aspectos atañen a requisitos esenciales, ni se indicó cuál fue la normatividad trasgredida. Al respecto, son atinadas las razones expuestas por el Juzgado y avaladas por el Tribunal.

Finalmente, la Fiscalía, bajo la idea de que todas las personas que intervinieron en este trámite se pusieron de acuerdo para apoderarse de los dineros públicos (lo que no se probó), se dedicó a hacer enunciados genéricos sobre la violación de principios, lo que truncó la posibilidad de que en este proceso, que duró varios años, se aclarara si en el trámite de adquisición del lote de terreno destinado a la construcción de viviendas de interés social se cometieron irregularidades penalmente relevantes.

6.3.3. Síntesis y sentido de la decisión

En el auto del cinco de diciembre de 2019, el Tribunal cambió en aspectos sustanciales el fallo de segunda instancia. En efecto, aunque dijo que haría algunas aclaraciones, finalmente absolvió a NELSON TORRES NUÑEZ, a quien había condenado por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Frente a este procesado expuso una argumentación incompleta y contradictoria, que bien podría dar lugar a la anulación parcial del fallo de segunda instancia. Sin embargo, como la condena emitida en contra de este procesado debe ser revocada, se privilegiará la absolución sobre la nulidad.

Por tanto, se decretará la nulidad del auto proferido por el Tribunal el cinco de diciembre de 2019, a través del cual “aclaró” la sentencia de segunda instancia.

Lo anterior le resta relevancia al debate acerca de que, si con esa decisión se afectó la fecha de emisión del fallo de segundo grado y, de esa forma, se dio lugar a la prescripción de la acción penal.

Por demás, la Sala advierte que las otras propuestas sobre la prescripción de la acción penal son notoriamente infundadas, toda vez que: (i) la alusión a que la prescripción después de la imputación no puede ser inferior a 10 años desconoce el texto legal que amplía dicho término cuando se trata de servidores públicos, así como el respectivo desarrollo jurisprudencial; (ii) del mismo nivel es la propuesta según la

cual el termino de prescripción no se suspende cuando no se interpone el recurso de casación sino el de impugnación especial, pues ello desconoce que el ordenamiento jurídico dispone que dicha suspensión opera con la decisión de segunda instancia, independientemente del sentido de la misma y de las actuaciones posteriores de las partes; y (iii) la afirmación de que la suspensión del término de prescripción por el trámite de recusaciones improcedentes, propuestas de forma alternada por los procesados, solo se aplica por el término que dure cada una de ellas, carece de sustento, tal y como lo explicó la delegada del Ministerio Público en su alegato (CSJSP3177, 7 sep 2022, Rad. 61025).

Aunque la vaguedad de la premisa fáctica de la acusación eventualmente podría dar lugar a la anulación del trámite, se privilegiará la absolución, por las razones expuestas en los numerales anteriores.

En igual sentido se procederá frente a la actuación irregular del juez de control de garantías durante la audiencia de imputación, en lo que concierne a las sugerencias que hizo para que la Fiscalía le imputara el cargo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales a ELSA PEÑALOZA BUENO.

Finalmente, se revocará la condena emitida por el Tribunal en contra de ELSA PEÑALOZA BUENO, NELSON TORRES NUÑEZ, EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA y GABRIEL MORENO DUARTE, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

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

RESUELVE

Primero: decretar la nulidad del auto proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga el cinco de diciembre de 2019, a través del cual “aclaró” la sentencia de segunda instancia.

Segundo: revocar la condena emitida el 18 de noviembre de 2019 por el Tribunal Superior de Bucaramanga en contra de ELSA PEÑALOZA BUENO, NELSON TORRES NUÑEZ, EDWARD ALBERTO GUERRERO PINEDA y GABRIEL MORENO DUARTE.

Tercero: Ordenar la cancelación de las órdenes de captura y de cualquier anotación que afecte los derechos de los procesados en relación con este proceso.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

CUI:68001600000020070012701
Doble conformidad 57304
Edward Alberto Guerrero Pineda y otros

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al
Despacho de origen.

(IMPEDIDO)

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Presidente



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

SSE



GERARDO BARBOSA CASTILLO



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

CUI:68001600000020070012701
Doble conformidad 57304
Edward Alberto Guerrero Pineda y otros



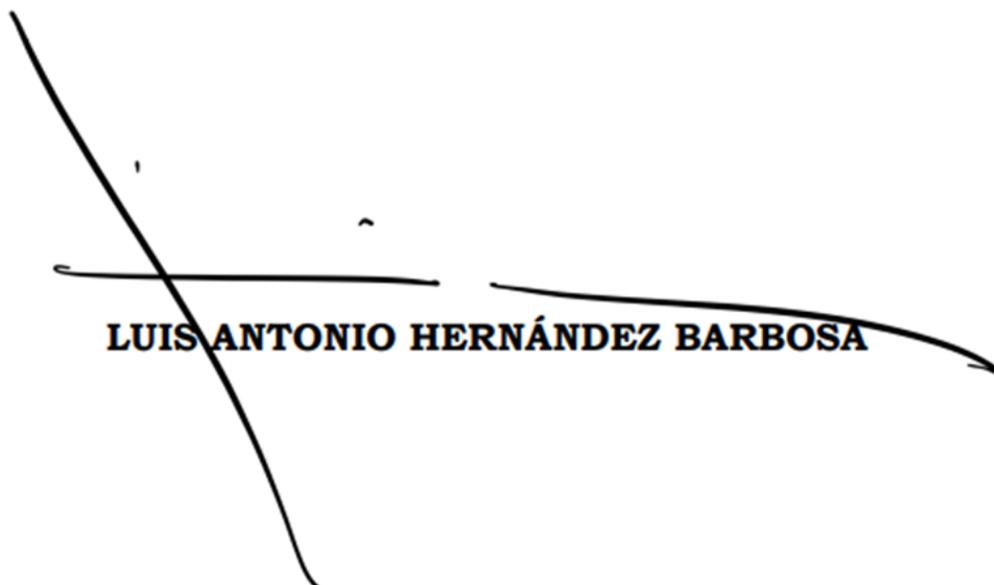
GERSON CHAVERRA CASTRO



JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

Sal

024



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

CUI:68001600000020070012701
Doble conformidad 57304
Edward Alberto Guerrero Pineda y otros



HUGO QUINTERO BERNATE



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal@ 2024