



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERARDO BARBOSA CASTILLO

Magistrado ponente

SP968-2024

Radicación n.º 65559

Acta No. 093

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

I. VISTOS

Resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del exgobernador de La Guajira **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR**, en contra de la sentencia CSJ SEP133-2023 –rad. 49262– proferida el 14 de noviembre de 2023 por la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación, que lo condenó por la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

II. ANTECEDENTES

2.1 Fácticos

En el marco de la política de «*alianzas estratégicas*» para la adquisición de vivienda implementada mediante Resolución n.º 0115 del 11 de mayo de 2000 por el Fondo Nacional del Ahorro [en adelante FNA], el entonces Gobernador de La Guajira **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** presentó al FNA el proyecto de vivienda de interés social denominado Villa Sharín II Etapa localizado en la ciudad de Riohacha, para ser ofertado a sus afiliados que quisiesen adquirir vivienda, el cual fue aprobado por la Junta Directiva del FNA en sesión de 28 de julio de 2000.

En noviembre¹ del mismo año **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR**, en su condición de Gobernador de La Guajira, tramitó y celebró un «*Convenio de Cooperación*» con la CONSTRUCTORA LIMOS LTDA. [en adelante la constructora], cuyo objeto consistió en la ejecución por parte de esta del anunciado proyecto conformado por 150 soluciones de vivienda, a razón de \$26'500.000,00 cada una. La constructora *aportaría* el lote y la construcción de los inmuebles y el ente territorial *oferente*, la administración del proyecto.

¹ El documento no tiene una fecha específica de suscripción. *Cfr.* Folios 286 a 289, C.O. n.º 1 Fiscalía y folios 69 a 72, C.O. n.º 8 Fiscalía.

El Departamento de La Guajira recibió en una cuenta de destinación específica los recursos girados por el FNA, provenientes de las cesantías de sus afiliados y de los créditos a ellos otorgados, dineros que habrían de desembolsarse en tres instalamentos².

Una vez consignados los recursos por el FNA, el Departamento debía girarlos a la constructora dentro de los cinco días hábiles siguientes mediante cheque con sello restrictivo para consignar a la cuenta del primer beneficiario. Además, el pago se efectuaría previa verificación de un porcentaje de avance de obra física ajustada al 10% para el primer desembolso, 50% para el segundo y la entrega a satisfacción de las viviendas para cancelar el tercer rubro.

La hipótesis delictiva consignada en la acusación y validada en la primera instancia consiste en que, a pesar de la denominación que recibió de «*Convenio de Cooperación*», el acuerdo celebrado entre el Departamento de La Guajira y la constructora, en realidad correspondió a un contrato de obra pública que debía regirse por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública previsto en la Ley 80 de 1993 y los decretos reglamentarios vigentes para la época, normativa que imponía en la tramitación y celebración la selección del contratista por licitación y la

² Los recursos habrían de desembolsarse, así: (i) un primer desembolso correspondiente al 100% de las cesantías de los beneficiarios y al 35% del crédito para compra de vivienda aprobado para cada afiliado; (ii) un segundo desembolso equivalente al 35% del crédito para compra de vivienda aprobado para cada afiliado; y, (iii) un tercer desembolso correspondiente al 30% del crédito para compra de vivienda aprobado para cada afiliado.

observancia de los requisitos legales esenciales que informan la función administrativa tales como transparencia y selección objetiva.

No obstante, en la escogencia de la constructora, **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** no garantizó la selección, evaluación y aprobación económica, administrativa, financiera, jurídica y técnica del proyecto y de la contratista que lo ejecutaría. Además, pretermitió el principio de planeación, al punto que el 24 de octubre de 2002 fue suspendida la ejecución del proyecto de vivienda debido al vencimiento de la licencia de construcción, cuya renovación fue denegada por el municipio de Riohacha ante la imposibilidad de conectar las unidades residenciales a las redes de alcantarillado de la ciudad.

En la presente noticia criminal también se investigó al exgobernador de La Guajira HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE quien, entre los meses de febrero de 2001 y mayo de 2002, autorizó el pago de \$1.326'353.559,00 a la constructora, cuantía correspondiente al primer y segundo instalamento, al verificar a través del interventor el avance de obra en un 31,1% y 53,1%, respectivamente, desembolso efectuado mediante cheques. Se reprochó que la constructora consignó el último título valor por cuantía de \$263'668.000,00 en una cuenta bancaria distinta a la establecida para tal fin.

2.2 Procesales

2.2.1 El anterior sustrato fáctico sirvió de fundamento para que el 20 de febrero de 2012, bajo los lineamientos de la Ley 600 de 2000, la Fiscalía Séptima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia abriera investigación previa³ en contra de **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR**, originada en la expedición de copias ordenadas el 19 de mayo de 2010 al interior del radicado n.º 1860 que por el delito de estafa agravada se adelantaba en contra de MÓNICA PATRICIA ROSALES DE MENDOZA, representante legal de la constructora.

2.2.2 El 10 de marzo de 2015 el ente persecutor declaró abierta la instrucción⁴, entre otros⁵, en contra de **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** y HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE y los vinculó mediante indagatorias recepcionadas, respectivamente, los días 12⁶ y 14⁷ de mayo siguiente. El 9 de diciembre⁸ del mismo año resolvió su situación jurídica absteniéndose de imponer medida de aseguramiento y el 2 de mayo de 2016 ordenó el cierre de la instrucción⁹.

2.2.3 El 9 de septiembre de 2016, la Fiscalía Primera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia calificó el sumario¹⁰ con resolución de acusación en contra de **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** como «coautor» del punible de contrato sin

³ Cfr. Folios 14 a 17, C.O. n.º 7 Fiscalía.

⁴ Cfr. Folios 45 a 52, C.O. n.º 8 Fiscalía.

⁵ Del paginario emerge que también fueron vinculados los exgobernadores de La Guajira JORGE ELIÉCER BALLESTEROS BERNIER y JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CRESPO. No obstante, a su favor se precluyó la investigación. Cfr. Folios 1 a 61, C.O. n.º 11 Fiscalía.

⁶ Cfr. Folios 186 y 187, C.O. n.º 8 Fiscalía.

⁷ Cfr. Folio 192, *ib.*

⁸ Cfr. Folios 255 a 313, *ib.*

⁹ Cfr. Folios 65 y 66, C.O. n.º 10 Fiscalía.

¹⁰ Cfr. Folios 1 a 61, C.O. n.º 11 Fiscalía.

cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 146 del Decreto – Ley 100 de 1980, con la circunstancia genérica de agravación punitiva del numeral 11 del artículo 66 *ejusdem*.

También acusó a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE como coautor del delito de peculado por apropiación agravado, contemplado en el inciso segundo del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, con la circunstancia de mayor punibilidad señalada en el numeral 9 del artículo 58 *ibidem*.

Recurrida en reposición la anterior providencia por la defensa técnica de ambos sindicatos, el ente instructor la confirmó en su integridad a través de auto fechado 7 de octubre de 2016¹¹.

El 20 de octubre siguiente, en ejercicio de sus defensas materiales, **CUELLO BLANCHAR** solicitó la nulidad de las resoluciones de 9 de septiembre y 7 de octubre¹², al tiempo que DELUQUE FREYLE interpuso recurso de reposición en contra de la segunda decisión¹³. Aunado a ello, el 3 de noviembre de igual anualidad, la defensa técnica de **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** reclamó la prescripción de la acción penal¹⁴.

¹¹ Cfr. Folios 283 a 311, *ib*.

¹² Cfr. Folios 61 a 67, C.O. n.º 12 Fiscalía.

¹³ Cfr. Folios 68 a 71, *ib*.

¹⁴ Cfr. Folios 74 a 77, *ib*.

El 28 de noviembre de 2016, el ente persecutor desestimó por improcedentes todas y cada una de las anteriores peticiones¹⁵.

2.2.4 El expediente fue recibido en la Corte Suprema de Justicia el 29 de noviembre de 2016 y el mismo día se dispuso el traslado previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000¹⁶.

Ante la implementación¹⁷ del Acto Legislativo n.º 01 de 2018¹⁸, mediante decisión del 19 de julio de 2018¹⁹, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia envió por competencia la actuación a la Sala Especial de Primera Instancia de la Corporación.

Asumido el conocimiento de la causa por la aludida Sala Especial, la audiencia preparatoria se agotó el 19 de marzo de 2019²⁰, en la cual, a través de auto CSJ AEP00043–2019²¹: (i) negó las nulidades invocadas por los defensores de los acusados y por **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR**; (ii) negó la solicitud de prescripción de la acción penal elevada por la defensa técnica de **CUELLO BLANCHAR**; y, (iii) se pronunció

¹⁵ Cfr. Folios 112 a 115, *ib.*

¹⁶ Cfr. Folios 23, 24 y 31, C.O. n.º 1 Sala Especial de Primera Instancia.

¹⁷ Cfr. Acuerdo PCSJA18–11037, expedido el 5 de julio de 2018 por el Consejo Superior de la Judicatura «Por el cual se implementa el Acto Legislativo 01 de 2018, se define la estructura de las Salas Especiales de Instrucción y de Primera Instancia en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y se dictan otras disposiciones». El mencionado acto administrativo definió la estructura de las Salas Especiales de Instrucción y de Primera Instancia en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁸ Por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria.

¹⁹ Cfr. Folios 119 y 120, *ib.*

²⁰ Cfr. Folios 213 a 217, *ib.*

²¹ Cfr. Folios 158 a 212, *ib.*

acerca de las pretensiones probatorias. Contra el anterior proveído, la bancada de la defensa interpuso recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación.

La Sala Especial de Primera Instancia mantuvo incólume su decisión (Cfr. CSJ AEP00049–2019, 8 abr. 2019, rad. 49262²²), al paso que la Sala de Casación Penal, por auto CSJ AP2217–2020, 9 sep. 2020, rad. 55224²³, la confirmó en lo que fue materia de impugnación.

El juzgamiento se adelantó en sesiones de 16²⁴ y 17²⁵ de septiembre de 2019; 27 de septiembre²⁶ y 2 de diciembre²⁷ de 2021; y, 19 de enero²⁸, 10 de febrero²⁹ y 15 de marzo³⁰ de 2022.

El 14 de noviembre de 2023, la Sala Especial de Primera Instancia profirió la sentencia CSJ SEP133–2023³¹, por la cual: (i) absolvió a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE; (ii) condenó a **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** como *autor* del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; (iii) le impuso las penas de setenta y dos (72) meses y un (1) día de prisión, multa equivalente a veinte punto un (20,1) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de veinticuatro

²² Cfr. Folios 234 a 257, *ib.*

²³ Cfr. Folios 53 a 81, C.O. n.º 1, Segunda Instancia Sala de Casación Penal.

²⁴ Cfr. Folios 102 a 107, C.O. n.º 2 Sala Especial de Primera Instancia.

²⁵ Cfr. Folios 111 a 116, *ib.*

²⁶ Cfr. Folios 17 a 19, C.O. n.º 3 Sala Especial de Primera Instancia.

²⁷ Cfr. Folios 147 a 151, *ib.*

²⁸ Cfr. Folios 17 a 20, C.O. n.º 4 Sala Especial de Primera Instancia.

²⁹ Cfr. Folios 47 a 50, *ib.*

³⁰ Cfr. Folios 62 a 64, *ib.*

³¹ Cfr. Folios 21 a 150, C.O. n.º 5 Sala Especial de Primera Instancia.

(24) meses y un (1) día; (iv) negó la suspensión de la ejecución de pena, pero le concedió la prisión domiciliaria; y, (v) declaró que, al haberse emitido una sentencia por hechos que involucraron al FNA, se encuentran satisfechas las pretensiones de esta parte civil, relacionadas con el esclarecimiento de la verdad y la consecución de justicia.

La referida providencia fue recurrida en apelación por la defensa técnica de **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR**³² y por el Delegado de la Fiscalía, último sujeto procesal que finalmente desistió³³ del medio de impugnación, manifestación de voluntad aceptada por la Sala Especial (Cfr. CSJ AEP141-2023, 15 dic. 2023, rad. 49262³⁴).

Surtido el traslado correspondiente a los no recurrentes, en el que intervino el ente persecutor³⁵, se enviaron las diligencias a la Sala Penal de la Corte para resolver de fondo.

III. LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala *a quo* se ocupó inicialmente del análisis dogmático del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, a partir de la descripción típica prevista en el artículo 146 del Decreto – Ley 100 de 1980 –modificado por los artículos 1º del Decreto 141 de 1980, 57 de la Ley 80 de 1993

³² Cfr. Folios 185 a 203, *ib.*

³³ Cfr. Folio 2, C.O. n.º 6 Sala Especial de Primera Instancia.

³⁴ Cfr. Folios 19 a 23, *ib.*

³⁵ Cfr. Folios 5 a 15, *ib.*

y, 18 y 32 de la Ley 190 de 1995, vigente para la época de los hechos–.

A continuación, analizó el objeto y las condiciones del negocio jurídico celebrado en noviembre de 2000 entre la Gobernación de La Guajira y la constructora, intitulado «*Convenio de Cooperación*» y explicó que, más allá de la denominación otorgada formalmente por las partes, se trataba de un verdadero contrato estatal de obra que, como lo atribuyó la acusación, debió sujetarse a los requisitos esenciales que correspondía surtir en las fases precontractuales y contractuales previstos en la Ley 80 de 1993 y no simplemente en las resoluciones N° 11 de 1999 y 0115 de 2000 expedidas por el FNA y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, como lo reclamó la defensa.

Explicó que el contrato cuestionado no se ajustó a la Ley 80 de 1993 y a sus normas complementarias, pues:

(i) no se adelantó un proceso de selección, toda vez que solo se contempló lo concerniente a las «*alianzas estratégicas*» y a la Resolución N° 0115 de 2000, las cuales no imponían desarrollar una licitación pública, por ende, está no podía ser normativa vinculante frente a los requisitos y procedimientos que, como oferente, debía el ente territorial observar al momento de escoger el proyecto y el contratista;

(ii) no se demostró probatoriamente la supuesta convocatoria pública por parte del Instituto Departamental de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana [en adelante

IDEVI] de La Guajira o por la gobernación de ese departamento, así como tampoco el proceso de selección que permitió la escogencia de la constructora bajo criterios de experiencia, idoneidad, capacidad técnica y administrativa y de favorabilidad de la oferta;

(iii) se transgredió el principio de planeación, habida cuenta que el procesado ofertó, intervino directamente en la escogencia de la constructora y consintió la ejecución de un proyecto de vivienda de interés social que carecía de redes de alcantarillado, las cuales sólo estarían disponibles a futuro dentro del Plan Maestro de Alcantarillado del municipio de Riohacha, circunstancia que desencadenó una situación social e hidrosanitaria de gran impacto por el desbordamiento de aguas residuales provenientes de la primera etapa de la urbanización, aunado a la imposibilidad de conectar las viviendas que conformaban la segunda fase al sistema de alcantarillado de la ciudad; y,

(iv) el contexto antes descrito no fue trivial, pues la inexistencia del servicio de alcantarillado produjo una problemática de mayor entidad, esto es, la suspensión temporal de la obra debido a la falta de actualización de la licencia de construcción, la cual no podía ser renovada hasta tanto se solucionara el inconveniente del empalme de las viviendas con el sistema de alcantarillado de Riohacha.

De ese modo, para la Sala Especial de Primera Instancia se acreditó que **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR**, al tramitar y celebrar el «*Convenio de Cooperación*» de 2000,

consciente y voluntariamente se apartó de los requisitos legales esenciales, en clara pretermisión de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva.

Por último, encontró demostradas la antijuridicidad y culpabilidad en la delincuencia atribuida al exgobernador implicado, razón por la cual lo declaró penalmente responsable de la infracción delictiva objeto de acusación, lo condenó a las penas ya relacionadas y le otorgó el mecanismo sustitutivo de la pena de prisión intramural por prisión domiciliaria.

IV. DE LA APELACIÓN Y SU OPOSICIÓN

4.1 Recurrente

El defensor técnico de **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** formuló los siguientes motivos de inconformidad:

4.1.1 El delito imputado, previsto en el artículo 146 del Decreto – Ley 100 de 1980, contempla un ingrediente subjetivo del tipo consistente en que la finalidad de la conducta apunta a obtener provecho para sí, para el contratista o para un tercero, elemento normativo aplicado por la Corte Suprema en varios de sus fallos (cita los proveídos CSJ SP, 13 dic. 2000, rad. 17088; CSJ SP, 19 mar. 2002, rad. 13085; y, CSJ SP, 15 abr. 2004, rad. 18454).

La Fiscalía General de la Nación no probó ese ingrediente normativo subjetivo y la Sala Especial de Primera

Instancia no lo evaluó al no tener en cuenta la favorabilidad de la ley penal, toda vez que la investigación se dio a partir de la resolución proferida el 10 de marzo de 2015, es decir, cuando ya existía una nueva redacción del tipo penal (artículo 410 de la Ley 599 de 2000) que desfavorecía los intereses del acusado.

Luego de unas *«consideraciones de orden constitucional y convencional»*, solicita a la Corte que en el caso bajo examen dé *«aplicación del principio de favorabilidad de la ley penal en la modalidad de ultraactividad»*.

4.1.2 Refiere los elementos de la licitación pública y remarca lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, según el cual, *«las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales»*, mandato establecido al interior del principio de economía y concordante con la legalidad del presupuesto del canon 345 Constitucional.

A continuación, discurre sobre el principio de transparencia y expone que no es posible adelantar una licitación pública sin disponibilidad presupuestal o sin el elemento de claridad y precisión del literal b, numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80.

En su criterio, en el caso concreto no era viable un proceso de contratación pública a través de licitación.

Primero, porque el presupuesto del ente territorial no se comprometió pues los recursos del proyecto provenían de las cesantías de los afiliados al FNA y de los créditos para la compra de vivienda otorgados por este, en otras palabras, no eran recursos públicos, motivo por el cual no podían incorporarse como subpartida alguna al presupuesto del Departamento de La Guajira, como expresamente lo prohibía la cláusula decimotercera del convenio.

Y segundo, en tanto solo debía atenderse la Resolución N° 115 de mayo de 2000, como en efecto se hizo, por ende, no había lugar a abrir una convocatoria para la firma de ese convenio, ni a elaborar pliego de condiciones o términos de referencia, ni análisis de conveniencia y oportunidad, ni a especificaciones técnicas, ni a establecer parámetros o criterios de selección para contratar al constructor. Vale decir, la selección del proyecto de vivienda y del constructor no debía sujetarse a un proceso licitatorio a la luz de la Ley 80 de 1993.

4.1.3 Luego de relatar la forma en que se adelantó la primera etapa de la urbanización Villa Sharín (56 unidades de vivienda), el apelante expresa que en la planeación de aquel proyecto en el año 1999, el IDEVI se encargó de los estudios y diseños, los trámites legales, su presentación a los afiliados del FNA, la primera oferta del mismo a esta entidad para su financiación y la firma del convenio de construcción con la CORPORACIÓN GRIMAR –Corporación Grancolombiana para la Integración, Mejoramiento, Adecuación y Reforma de la Vivienda–, es decir, con anterioridad a que

ÁLVARO CUELLO BLANCHAR como gobernador de La Guajira asumiera personalmente esa responsabilidad.

Para la convocatoria siguiente (año 2000) abierta por el FNA, sirvieron como aliados estratégicos la Gobernación de La Guajira y la CONSTRUCTORA LIMOS LTDA., a quien la CORPORACIÓN GRIMAR cedió sus derechos, fase en la que se aprobaron 150 créditos por el FNA, denominándose Villa Sharín II Etapa, como quedó estipulado en el convenio firmado en noviembre de 2000.

Se trataba entonces del mismo proyecto, con dos fases de financiamiento en distintos tiempos por exigencia de las normas y el reglamento operativo del FNA. Lo que significa que si en el período de alianza estratégica integrada por el IDEVI, la CORPORACIÓN GRIMAR y el FNA, se hubiera logrado que los afiliados del FNA en Riohacha presentaran solicitudes de crédito que cumplieran todos los requisitos para adquirir el total de las viviendas autorizadas en la licencia de urbanismo (220), nunca se habría hablado de Etapas I y II en la urbanización Villa Sharín.

4.1.4 Por último, se duele el recurrente de la pena de prisión dosificada a su prohijado, que dista de la menor pena intramural que por el mismo delito le impuso la Sala Especial de Primera Instancia en otro radicado (cita el n.º 46473) del cual se hace citación extensa.

En su concepto, en este asunto la Sala *a quo* asignó una pena de prisión de 72 meses, apartándose del «*principio*

de derecho a través del cual frente a unos mismos hechos existen equivalentes razones de derecho», en una «interpretación estática» del derecho penal.

Agrega que, así como la posición generada por el dinero o la ilustración no revisten circunstancia de agravación punitiva, el cargo o el poder también deben ser objeto de una axiológica y motivada valoración frente a las circunstancias concretas o específicas del condenado, que *per se* no deben valorarse como motivo de incremento de la sanción penal, sobre todo en el caso de su defendido, quien se halla «*en el ocaso vital*» y en su necesidad de afecto y contacto deseables con su familia y su hijo menor de edad.

4.1.5 En consideración de todo lo anterior, de forma principal solicita a la Corte se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se absuelva a **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** del cargo objeto de acusación. De manera subsidiaria, se modifique el *quantum* punitivo impuesto y se redosifique en 48 meses la pena de prisión.

4.2 No recurrentes

En el traslado de rigor solo intervino el Fiscal Primero Delegado ante esta Corporación quien, en su orden, se opuso a los motivos de inconformidad del apelante, así:

4.2.1 La Sala Especial de Primera Instancia partió de la tipicidad reclamada (artículo 146 del Decreto – Ley 100 de 1980), a renglón seguido transcribió el contenido normativo

en el que se incluye el elemento subjetivo y por último desarrolló la argumentación pertinente que el censor echa de menos.

Por tanto, no es cierto que la Sala *a quo* haya omitido analizar ese elemento del tipo, ni que el ejercicio de tipicidad se adelantó de cara a la descripción contenida en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, toda vez que en el cuerpo de la decisión y en lo que atañe al comportamiento del acusado se hicieron expresos los argumentos sobre cada uno de los elementos objetivo y subjetivos de la norma reprochada en la acusación.

4.2.2 En la decisión impugnada se examinó suficientemente el marco normativo y las razones jurídicas por las cuales, a pesar de la denominación que se le dio al acuerdo entre la Gobernación de la Guajira y las firmas contratistas «GRIMAR» y «LIMOS», en realidad su objeto no era otro que construir las casas del proyecto de vivienda Villa Sharín, por manera que realmente se trataba de un contrato de obra que debía regirse por disposiciones específicas de la contratación pública, especialmente lo relacionado con el principio de planeación, cuyas normas omitió el acusado sin justificación alguna, circunstancia que conllevó a que la obra contratada no se concluyera en los términos y condiciones que con anticipación debieron preverse y pactarse.

La Resolución n.º 115 de 2000 expedida por el FNA no preceptuó que, tratándose de entidades estatales al momento en que estas celebraran la contratación para

ejecutar la obra concerniente, el estatuto de contratación pública no operaba o que no se debía atender por el oferente, es decir, no consagró una excepción al cumplimiento de los principios que la orientan.

Como se explicó en el fallo impugnado, resultaba necesario que, en aras de los principios de transparencia, publicidad y selección objetiva, la administración territorial hubiese agotado un proceso de escogencia que permitiera la concurrencia plural de interesados para materializar el proyecto de vivienda citado y en este caso no se dio, en detrimento de los intereses de la administración pública departamental y de la colectividad en general.

4.2.3 Frente al tercer motivo de inconformidad, la fiscalía concuerda y respalda la posición del *a quo* en la medida que, si bien es cierto el IDEVI estuvo a cargo de buena parte de lo tramitado para desarrollar la primera etapa de la urbanización Villa Sharín, también lo es que para el momento de concretar su segunda fase ya se conocían las deficiencias de la primera, esencialmente las relacionadas con la problemática en las redes de alcantarillado, por ende, no se debió desechar que su disponibilidad estaba condicionada al desarrollo del Plan Maestro de Alcantarillado, circunstancia que incumbía verificar al otrora gobernador al momento de viabilizar y materializar el segundo ciclo del proyecto de vivienda. A pesar de ello se dio vía libre a la construcción de las restantes viviendas con las consecuencias conocidas.

En ese orden de ideas, el desconocimiento del principio de planeación al tramitar y celebrar el contrato cuestionado debe atribuirse al procesado.

4.2.4 Por último, expone que el apelante confunde la circunstancia genérica de agravación punitiva que el legislador contempló para situaciones como la que acá se ha debatido y juzgado, dejando de lado que, precisamente, por requerir el cargo de gobernador la confianza y respaldo de una gran cantidad de ciudadanos, el reproche existe en la medida que la sociedad demanda de quien llega a desempeñar tan alta dignidad mayor compromiso y responsabilidad frente a las funciones que constitucional y legalmente se le han encomendado.

Además, la situación que analizó la Sala Especial de Primera Instancia en otro asunto y en la que se aplicó una pena menor no es la misma, pues en aquella oportunidad no se imputó circunstancia de agravación alguna, en consecuencia, sólo se tuvo en cuenta la existencia de circunstancias de atenuación, de ahí que se partiera de la pena mínima de 48 meses de prisión. Situación diferente a la aquí examinada y por la que se dictó la condena reseñada.

4.2.5 En los anteriores términos, solicita a la Corte la confirmación de la sentencia impugnada.

V. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia y delimitación del problema jurídico

5.1.1 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del procesado **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** contra la sentencia dictada en su contra por la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación, conforme a lo previsto en el inciso tercero del artículo 186³⁶ y el numeral sexto del canon 235³⁷, ambos de la Constitución Política.

En virtud del principio de limitación establecido en el artículo 204 del estatuto procesal penal que rige la presente actuación (Ley 600 de 2000), la Corte se circunscribirá a examinar los aspectos sobre los cuales se expresa inconformidad, estudio que podrá extenderse a los temas inescindiblemente vinculados al objeto de la censura, de ser necesario, conforme lo autoriza la precitada norma.

5.1.2 La Corporación se ocupará de establecer si frente a la prueba incorporada al proceso es posible arribar al conocimiento exigido en el artículo 232 *ibidem*, sobre la

³⁶ Constitución Política de Colombia. Artículo 186. «...Contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia procederá el recurso de apelación. Su conocimiento corresponderá a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia...».

³⁷ Constitución Política de Colombia. Artículo 235. «Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: ...6. Resolver, a través de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia...».

existencia de la conducta punible imputada en la acusación y la responsabilidad en ella del enjuiciado, quien a través del recurso ordinario de apelación se opone a la condena emitida en su contra.

Para la solución del problema jurídico en cuestión, la Corte: *(i)* rememorará su jurisprudencia sobre la configuración típica del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; y, *(ii)* responderá los motivos de inconformidad expuestos frente a la sentencia de primer grado, escenario en el que analizará el caso concreto a partir del contexto fáctico y los fundamentos probatorios que sirvieron a la Sala Especial de Primera Instancia para deducir responsabilidad en contra de **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** y examinará si los mismos emergen suficientes para sostener el fallo censurado.

5.2 De la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

5.2.1 En virtud de la normativa vigente para la época de ocurrencia de los hechos³⁸ –noviembre de 2000– y en aplicación del principio de legalidad, el análisis de la Sala partirá de la descripción típica del artículo 146 del Decreto –Ley 100 de 1980 –modificado por los artículos 1º del Decreto

³⁸ El Código Penal de 2000 (Ley 599), derogatorio del Decreto – Ley 100 de 1980, fue expedido el 24 de julio de 2000. No obstante, su artículo 476 establece que entraría a regir un (1) año después de su promulgación.

141 de 1980, 57 de la Ley 80 de 1993³⁹ y, 18⁴⁰ y 32⁴¹ de la Ley 190 de 1995–, que define el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales de la siguiente forma:

El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en...

Agréguese que, tal como lo advirtió la Sala *a quo*, en el asunto bajo examen no resulta aplicable el incremento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, como quiera que dicha disposición –inicialmente asociada al trámite de la Ley 906 de 2004– solo rige para las conductas punibles cometidas a partir del 1º de enero de 2005, según la gradualidad en la implementación del sistema penal oral acusatorio en los diferentes Distritos Judiciales del país, conforme lo previsto en el artículo 530 del estatuto procesal penal de 2004.

5.2.2 Al confrontar la redacción del artículo acabado de citar con el canon 410⁴² del Código Penal de 2000, que contempla idéntica infracción delictiva, si bien se advierten

³⁹ Ley 80 de 1993. Artículo 57: «DE LA INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN. El servidor público que realice alguna de las conductas tipificadas en los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales».

⁴⁰ Ley 190 de 1995. Artículo 18: «PARÁGRAFO. La expresión “empleado oficial” se sustituye por la expresión “servidor público”, siempre que aquella sea utilizada en el Código Penal o en el [C]ódigo de Procedimiento Penal».

⁴¹ Ley 190 de 1995. Artículo 32: «Para los delitos contra la administración pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, ésta será siempre entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez».

⁴² Ley 599 de 2000. Artículo 410: «CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en...».

algunas diferencias, ellas asoman sutiles pues, en lo medular se trata del mismo tipo penal y sus divergencias son más aparentes que reales (Cfr. CSJ SP2146–2016, 24 feb. 2016, rad. 40627).

De ese modo, «*el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero*», texto que se presenta como diferenciador entre ambas codificaciones, aun cuando es dable entenderlo a partir del carácter puramente patrimonial, también se explica desde la arista de la transgresión de los principios que rigen la contratación estatal, verbigracia, cuando se incumplen los requisitos legales que deben observarse en ese tipo de negociaciones, en tanto un contratista resulta beneficiado con la adjudicación de un contrato tramitado irregular e ilícitamente (Cfr. CSJ AP, 20 ag. 2002, rad. 18029).

En proveído CSJ SP, 13 oct. 2004, rad. 18911, la Corte precisó:

La diferencia entre una y otra descripción radica en que en la disposición de la legislación derogada [se refiere al Decreto – Ley 100 de 1980], la conducta debía obedecer a la finalidad de obtener provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, mientras que en la nueva tipicidad [Ley 599 de 2000] se eliminó expresamente esa ultrafinalidad. Desde ese punto de vista se podría pensar que la descripción anterior es mucho mas exigente que la nueva y que esa fórmula, a la cual algunos le confieren alcances patrimoniales, es mucho mas restrictiva que la del código de ahora.

(...)

[t]omando como perspectiva el tipo penal, nótese que el bien jurídico de la administración pública es polivalente y protege diversos valores propios de la actividad estatal; en realidad, tiene una significación estrecha con el funcionamiento del sistema, con la forma cómo se actúa y cómo se ejecutan las decisiones públicas.

No por otra razón, los tipos penales vinculados con el bien jurídico de la administración pública protegen el interés general, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que son entre otros, valores esenciales de la administración pública, a más de sus bienes materiales.

En [e]ste sentido, para despejar las dudas que el Ministerio Público plantea con relación al proceso de adecuación típica –que para él debe girar en torno del concepto de interés ilícito, más que sobre el de requisitos legales–, no se debe perder de vista que cada tipo penal busca proteger de diversa manera el bien jurídico tutelado por la ley. Así, el tipo de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales está estrechamente vinculado con el principio de legalidad, mientras que el interés ilícito está ligado al concepto de interés general. En consecuencia, mediante éste último se sanciona el desvío de poder, a través del cual se privilegia el interés particular en lugar del general, que es fin esencial de la actividad estatal (artículos 2 y 210 de la Carta Política)

De [e]ste modo, allí en donde la conducta emerge como un proceso que desconoce los requisitos necesarios para la validez del contrato, el desvalor de la conducta no puede sino alojarse en el tipo que de manera perfecta define ese acontecimiento como delictivo, en lugar del que sanciona el interés ilícito, que lo hace no desde la perspectiva de la ilegalidad del procedimiento, sino del desvío de poder, respetando la ontología y el valor de la conducta, su ser y el sentido normativo de la misma.

5.2.3 Conforme lo anterior, «*existe una identidad sustancial*» (Cfr. CSJ SP400–2023, 20 sep. 2023, rad. 60311) de requisitos entre los tipos penales consagrados en los Códigos Penales de 1980 y de 2000, por manera que constituyen supuestos para la adecuación típica: (i) ostentar la condición de sujeto activo cualificado –servidor público– y ser el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato; y, (ii) desarrollar la conducta prohibida, consistente en la intervención en una de las mencionadas fases del contrato estatal, sin acatar los requisitos legales esenciales para su validez.

El comportamiento señalado por el legislador implica que el tipo penal es de conducta alternativa, habida cuenta que contempla tres distintas hipótesis en las cuales el servidor público a cargo de la función contractual puede objetivamente vulnerar el bien jurídico de la administración pública.

La primera se refiere a dar *trámite* al contrato *sin observar* sus requisitos legales esenciales, gestión que, en sentido estricto, corresponde a la fase precontractual y que la Corte ha precisado comprende «los pasos que la administración debe seguir hasta la fase de “celebración” del compromiso contractual» (Cfr. CSJ SP, 20 may. 2003. rad. 14699).

La segunda consiste en *celebrar* el contrato *sin verificar* el cumplimiento de sus requisitos legales esenciales, incluidos aquellos que de acuerdo con la Ley 80 de 1993 constituyen solemnidades ineludibles en la fase precontractual. «Celebrarlo significa formalizar el convenio para darle nacimiento a la vida jurídica, esto es, perfeccionarlo a través de las ritualidades legales esenciales» (Cfr. CSJ SP004–2023, 25 en. 2023, rad. 62766).

Finalmente, la *liquidación* implica una actuación administrativa posterior a la terminación del contrato, por cuyo medio las partes *verifican* en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él emanadas, «con el fin de establecer si se encuentran o no a

paz y salvo por todo concepto derivado de su ejecución⁴³» (ibídem).

Así entonces, por expresa disposición legal, el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se circunscribe a las etapas de *tramitación, celebración o liquidación*, sin que pueda entenderse que todo lo referido a la contratación administrativa constituye trámite del contrato.

De lo anterior se deriva que, en la mencionada conducta punible, la inobservancia de formalidades inherentes a la *ejecución* contractual no comporta reproche penal, tesis acogida por la jurisprudencia de la Corte de vieja data (Cfr. CSJ SP, 20 may. 2003. rad. 14699) y vigente en la actualidad.

En la sentencia CSJ SP3478–2021, 11 ag. 2021, rad. 53219 se sintetizaron, entre otras, las siguientes pautas de interpretación de la infracción delictiva de contrato sin cumplimiento de requisitos legales:

4.3.1. Es un tipo en blanco; por tanto, la definición o actualización de sus ingredientes normativos remite a otras normas del ordenamiento jurídico; en especial, al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) y a otras reglas legales especiales de los contratos estatales, las que, por ende, completan la descripción típica.

(...)

4.3.5 El requisito legal del contrato cuya violación es típica debe tener carácter «esencial»; por tanto, «no cualquier inobservancia o

⁴³ [cita inserta en el texto transcrito] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 3ª, Sub. B, sent. 29.2.2012, exp. 19.371.

falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de ley aplicables a la contratación estatal realiza el tipo».

A efectos de facilitar la identificación de los requisitos sustanciales de un contrato, deben atenderse los criterios derivados de la teoría general del negocio jurídico (SP17159–2016, nov. 23, rad. 46037), según los cuales se tienen por tales: (i) «aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente» (art. 1501 C.C.); (ii) los que de ser incumplidos conllevan la nulidad absoluta del contrato estatal (art. 44 L. 80/1993); y, (iii) en especial, las formas legales que materializan uno o varios principios de la contratación pública (arts. 23–26 y 29, ibidem).

5.2.4 En lo atinente a los principios infranqueables que deben guiar a la administración pública cuando realiza la actividad contractual, el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 dispone:

DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Los artículos 24, 25, 26 y 29 del mismo Estatuto desarrollan estos principios, cuyo contenido y alcance han sido definidos por la jurisprudencia de la Sala (entre muchas otras, CSJ SP9225–2014, 16 jul. 2014, rad. 37462 y CSJ SP2160–2018, 13 jun. 2018, rad. 45228), como a continuación se extracta:

5.2.4.1 Conforme al *principio de transparencia*, constituye obligación del servidor público actuar de manera clara, imparcial y pública, sin anteponer sus intereses personales a los intereses de la entidad estatal y en

cumplimiento de un conjunto de reglas y estándares de conducta en la relación contractual.

Ligado a este principio existe el deber de *selección objetiva* que propende por la escogencia de las propuestas que generen el mayor beneficio para la entidad contratante, escenario en el que se ha de omitir cualquier motivación personal o subjetiva, actuar sin desviación o abuso de poder, sin elusión de los procedimientos de selección y demás requisitos previstos en el estatuto y garantizar que la contratación estatal responda a criterios de igualdad y objetividad.

El de transparencia, sin duda corresponde a un axioma que pretende combatir la corrupción en la contratación pública y que, en líneas generales, desarrolla los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicables a la función administrativa –artículo 209 de la Constitución Política–.

5.2.4.2 El *principio de economía* implica la optimización de recursos y tiempo en procura del mayor beneficio para la entidad contratante, lo cual obliga a la elaboración de estudios, diseños, proyectos, así como el análisis de conveniencia del objeto a contratar. Procura que la administración aplique procedimientos que garanticen la eficacia y la eficiencia en sus actuaciones.

Este fundamento apareja el deber transversal de *planeación*, de la mayor importancia para garantizar la

legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo atinente a la etapa previa a la celebración del contrato que conlleva la existencia de un análisis sobre la conveniencia del proyecto que permita comprender la necesidad del mismo y su viabilidad jurídica, financiera y técnica.

En términos sencillos, tal postulado implica que todo proceso de contratación pública no puede ser fruto, ni producto de la improvisación técnica o financiera, como tampoco del capricho del administrador de turno, ello en detrimento de los intereses de la comunidad y de los recursos públicos.

Por tales razones, la Corte ha sido insistente en sostener que:

[l]a actividad contractual de ninguna manera puede ser improvisada o librada al arbitrio del servidor público, sino que, entre otros aspectos, ha de contar con estudios o análisis de conveniencia y oportunidad debidamente documentados, que justifiquen la necesidad del contrato y sus posibilidades de realización⁴⁴ (Cfr. CSJ SP513–2018, 28 feb. 2018, rad. 50530, reiterada, entre otras, en CSJ AP5429–2019, 12 dic. 2019, rad. 49996).

Aunque el legislador expresamente no tipificó o nominó el *principio de planeación* en la Ley 80 de 1993, la

⁴⁴ [cita inserta en el texto transcrito] *Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado que “la contratación adelantada por el Estado no puede ser el producto de la improvisación o de la discrecionalidad de las entidades o sus funcionarios, sino que debe obedecer a un procedimiento previo, producto de la planeación, orientado a satisfacer el interés público y las necesidades de la comunidad, fin último que se busca con la contratación estatal. Lo contrario conllevaría al desvío de recursos públicos o al despilfarro de la administración al invertir sus escasos recursos en obras o servicios que no prioritarios ni necesarios”: C.E. S.C.A. Secc. 3ª, sent. 1º dic. 2008, rad. 15.603.*

jurisprudencia del Consejo de Estado⁴⁵ ha concluido su presencia como principio rector del contrato estatal, lo cual se deduce de lo consagrado:

[e]n los artículos 209, 339 y 341 de la Carta Política; de los artículos 4 y 5, de los numerales 6, 7, 11, 12⁴⁶, 13 y 14, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993⁴⁷; de los artículos 4, 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007; de los artículos 2.2.1.1.1.6.1, 2.2.1.1.1.6.3, de la subsección 1 de la Sección 2 del Decreto Único 1082 de 2015; y, del artículo 4 de la Ley 1508 de 2012. De acuerdo con este amplio universo normativo el principio de la planeación sirve al manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, haciendo uso eficiente de los recursos, logrando un desempeño adecuado de las funciones públicas, sometidos a un estricto orden para la adopción de decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses generales y de la comunidad⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 29 en. 2018, rad. 11001-03-26-000-2016-00101-00 (57421).

⁴⁶ [cita inserta en el texto transcrito] Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012.

⁴⁷ [cita inserta en el texto transcrito] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., p.415.

⁴⁸ [cita inserta en el texto transcrito] Sección Tercera. Sentencia del 5 de junio de 2008. Rad. 15001233100019880843101- 8031. “[...] Así pues, además de los principios de transparencia, economía, celeridad y selección objetiva, consustanciales al procedimiento contractual, debe darse cuenta de otro que si bien no cuenta con consagración expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, sin lugar a la menor hesitación forma parte de toda actuación estatal conducente a la selección de un contratista y a la celebración y ejecución del correspondiente vínculo negocial: el de planeación, como herramienta empleada en los estados sociales de derecho con el propósito de procurar la materialización de los fines del Estado o, en otros términos, de alcanzar la satisfacción de los intereses generales y la garantía de la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; planeación asociada a la concepción general de la misma como instrumento de fijación tanto de objetivos y metas, como de los medios o procedimientos para alcanzarlos; como forma de programar la distribución de los gastos estatales en función de los ingresos que se pretende recaudar, de suerte que los mismos se reflejen en el presupuesto general de la Nación y en el de cada entidad estatal. En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado. De hecho, aún cuando, como se indicó, el multicitado principio de planeación carece de consagración normativa expresa en el Derecho positivo colombiano, su contenido y alcances bien pueden delinearse como consecuencia de la hermenéutica armónica de un conjunto de disposiciones de rango tanto constitucional – artículos 2, 209, 339 a 353 de la Carta Política– como legal –artículos 25 (numerales 6, 7 y 11 a 14) y 26 (numeral 3) de la Ley 80 de 1993–, con remarcado acento tras la expresa catalogación de la contratación

5.2.4.3 Por su parte, el *principio de responsabilidad* exige al funcionario buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan resultar afectados con la ejecución del contrato. La razón de ser de este principio radica en que los servidores públicos responden por el comportamiento «*antijurídico*» asumido en el ejercicio de sus funciones, al punto de indemnizar los daños que de él se deriven.

5.2.4.4 Para quien ejerce la función administrativa contractual resulta ineludible el acatamiento de los principios constitucionales y legales aludidos y a su tutela se orienta el artículo 146 del Decreto – Ley 100 de 1980, al cual están materialmente incorporados, en tanto determinan las exigencias esenciales del trámite, la celebración y la liquidación de los contratos estatales.

Si bien en la actualidad existe amplia conceptualización sobre los anunciados principios, ellos vienen definidos desde la expedición de la Ley 80 de 1993, en tanto que el objeto de ese cuerpo normativo es justamente «*disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales*». La vigencia de tales preceptos se remonta a esa data y significa que toda contratación celebrada después de 1993

estatal como mecanismo de promoción del desarrollo por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2.007". SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., p.415.

debe, necesariamente, aferrarse no solo a tales axiomas, sino a las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

5.3 Respuesta a los motivos de inconformidad expuestos frente al fallo de primera instancia

5.3.1 De la ley penal aplicable al caso concreto. Inexistencia de favorabilidad

Del análisis precedente (§ 5.2.2) fácil se advierte la sinrazón del primer reproche elevado por la defensa técnica de **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** e intitulado *«aplicación del principio de favorabilidad de la ley penal en la modalidad de ultraactividad»*.

El recurrente se limitó a citar unas pocas providencias de esta Sala y a realizar una lectura parcial y distorsionada de la jurisprudencia de la cual, en su criterio, el artículo 146 del Decreto – Ley 100 de 1980 resulta ser más favorable para su prohijado que el actual artículo 410 de la Ley 599 de 2000.

En primera medida, falta al principio de corrección material el apelante pues, aun cuando la investigación se originó cuando ya existía una nueva redacción del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, no es cierto que la fiscalía y menos la Sala Especial de Primera

Instancia, hubieren adoptado en su examen de fondo la descripción típica prevista en el mencionado artículo 410. En el acápite concerniente a la sentencia impugnada (§ III.) se sintetizó el análisis de la Sala *a quo*, el cual contradice sin mayor esfuerzo la censura propuesta.

En segundo término, como bien lo advirtió el Delegado de la Fiscalía en el traslado como no recurrente, el juez plural de primer nivel expresamente se ocupó de la temática planteada en alzada. En la sentencia impugnada se lee⁴⁹:

En lo que atañe al propósito de obtener provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, la Sala de Casación Penal ha precisado que ese elemento se derivaba del simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal aplicables a la selección administrativa, comoquiera que el objeto de protección del tipo penal es el principio de legalidad en la contratación estatal⁵⁰, sin que la supresión de tal apartado en la descripción típica del artículo 410 del Código Penal de 2000 constituya alguna modificación de entidad.

Así, la Sala Especial de Primera Instancia no hizo nada distinto a reiterar la jurisprudencia de la Corte que entiende que entre los artículos 146 del Decreto – Ley 100 de 1980 y el 410 de la Ley 599 de 2000, si bien existen algunas diferencias, ellas asoman sutiles pues, en lo medular se trata del mismo tipo penal y sus divergencias son más aparentes que reales.

Aun cuando la decisión citada por el censor (CSJ SP, 15 abr. 2004, rad. 18454) ciertamente indica que el referido

⁴⁹ Cfr. Folio 53, C.O. n.º 5 Sala Especial de Primera Instancia. Página 33 del fallo de primer grado.

⁵⁰ [cita inserta en el texto transcrito] CSJ, 5 ago. 2015, rad. 46201. Que reitera lo dicho en CSJ, 28 nov. 2007, rad. 26857. Ver también: CSJ, 17 jun. 2004, rad. 18608; CSJ, 9 feb. 2005, rad. 21547; CSJ, 18 dic. 2006, rad. 19392; CSJ, 6 may. 2009, rad. 25495.

canon 146 contiene «una mayor riqueza descriptiva [que] lo hace en esa medida más exigente a la hora de su adecuación», el apelante remarca ese solo apartado, pero no ahonda en lo que más adelante explica la providencia, en la cual se acude a precedente de la misma Corte:

[e]n fin, el proceso de contratación administrativa está sometido ineluctablemente al principio de legalidad, por ello el servidor público está obligado a hacer lo que en ese respecto le ordena el correspondiente estatuto, no puede, so pena de incurrir en un hecho punible, omitir tales deberes, ni inventarse, per se, un proceso de contratación, así, en últimas, resulte beneficioso de algún modo para la administración.

Lo que se protege, entonces, a través del tipo penal de “contrato sin cumplimiento de requisitos legales” es precisamente ese principio de legalidad de la contratación administrativa, sancionándose en consecuencia al servidor público que, al celebrar un convenio, se aparte de las exactas previsiones normativas que el legislador ha previsto para las diversas etapas de la contratación” ([Ú]nica 18.754. M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote, 20 de mayo de 2.003).

En ese norte, el primer motivo de inconformidad habrá de ser desestimado pues: (i) ni es correcto exponer que la jurisprudencia en el análisis del artículo 146 del Decreto – Ley 100 de 1980 ha brindado un entendimiento diverso y más favorable a los intereses del procesado que el previsto para el canon 410 del Código Penal de 2000; (ii) ni es cierto que la estructura dogmática –por supuesto, no nos referimos aquí a la punibilidad– de la primera disposición sea más benéfica que la segunda; y, (iii) menos, que el fallador colegiado de primera instancia a la hora de impartir justicia haya asumido una descripción típica distinta a la vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos.

5.3.2 De la ilegalidad del «Convenio de Cooperación». Naturaleza jurídica de los convenios de asociación

En el segundo motivo de inconformidad el apelante reitera aquello que fue lugar común en su tesis defensiva a lo largo del diligenciamiento, esto es: (i) que no resultaba posible dar apertura a una licitación pública para la construcción del proyecto de vivienda, ante la ausencia de disponibilidad presupuestal –artículo 25 numeral 6 de la Ley 80 de 1993–; y, (ii) que el convenio suscrito entre el departamento de La Guajira y la constructora debía sujetarse exclusivamente a las resoluciones n.º 11 de 1999 y 0115 de 2000 expedidas por el FNA y al artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y no a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

5.3.2.1 Es menester recordar que el citado departamento fue destinatario de recursos que el FNA le giró, provenientes de cesantías y créditos para compra de vivienda aprobados a sus afiliados para que, manejados en una cuenta especial o de destinación específica, fueran administrados por el ente territorial con el propósito de pagar los inmuebles edificados por la constructora.

En lo concerniente a la disponibilidad presupuestal, el Consejo de Estado ha explicado que su finalidad es *«garantizar que las entidades públicas cuentan con los recursos necesarios para asumir las obligaciones pecuniarias, exigencia que sirve a la administración ya que la obliga a*

actuar con responsabilidad económica, y a los contratistas, porque les garantiza que las entidades tendrán recursos para pagar sus créditos»⁵¹.

[...] ¿qué es la disponibilidad presupuestal? Suele confundirse con el registro presupuestal, pero en realidad hace referencia a la certificación que expide el funcionario encargado de administrar los recursos de la entidad, donde hace constar que en el presupuesto exist[e] dinero para atender una prestación económica futura y eventual que surgirá de un proceso de contratación que la entidad tiene interés en adelantar⁵².

El propósito de la disponibilidad presupuestal es garantizar que los recursos del Estado se administren con responsabilidad, en este caso evitando que los administradores públicos –como cualquier persona irresponsable–, asuman obligaciones sin capacidad de pago. [...]⁵³

El numeral 6 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 establece el momento u oportunidad límite para cumplir el requisito cuando se abre una licitación o, en términos generales, cuando se inicie cualquier proceso de selección de contratistas, lo cual explica que una entidad no puede iniciar formalmente un proceso de contratación sin disponibilidad presupuestal que respalde totalmente las obligaciones

⁵¹ Cfr. C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 12 ag. 2014, rad. 05001-23-31-000-1998-01350-01 (28565). Reiterada, entre otras, en la sentencia C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 10 sep. 2014, rad. 05001-23-31-000-2000-10140-01 (28079).

⁵² [cita inserta en el texto transcrito] *Los arts. 19 y 20 del Decreto reglamentario 568 de 1996 definen estos conceptos de la siguiente manera:*

“Art. 19.- El certificado de disponibilidad es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos. Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de éstos que permita determinar los saldos de apropiación disponible para expedir nuevas disponibilidades.”

“Art. 20.- El registro presupuestal es la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin. En esta operación se debe indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar.”

⁵³ Cfr. *Ib.*

pecuniarias que adquirirá, motivo que suscita la inconformidad del censor.

No obstante, el mismo Alto Tribunal Contencioso precisó que, *«[d]el art. 25.6 también se desprende que es exigible en los procesos de contratación que involucren gasto en dinero»* pues, *«si la contratación supone, por parte del Estado, un pago en especie –como bienes o cosas– o el negocio es gratuito para la entidad, por sustracción de materia no necesita disponibilidad presupuestal»*⁵⁴.

Conforme al articulado del peculiar convenio suscrito, la constructora aportaría el lote y la construcción del proyecto de vivienda, al paso que el ente territorial oferente sólo *«la administración del mismo»*, esto último materializado en la cláusula sexta, que en el tópico de *contraprestaciones* estableció que la constructora cancelaría al oferente *«por la administración del Proyecto durante el tiempo pactado para la ejecución del mismo, la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$36.000.000)... Los recursos con que se cancelará la administración del proyecto provendrá de los dineros consignados en la Cuenta [Ú]nica de Destinación Espec[í]fica...»*⁵⁵.

De aquellos recursos también se descontaría la suma de \$84'000.000,00 por concepto de interventoría del proyecto (cláusula décima) que debía ejercer el ente territorial a través de un residente de obra y *«de terceros»*.

⁵⁴ Cfr. *Ib.*

⁵⁵ Cfr. Folios 286 y 287, C.O. n.º 1 Fiscalía y folios 69 y 70, C.O. n.º 8 Fiscalía.

En conclusión, si bien es cierto la administración y custodia de los dineros de los particulares afiliados al FNA, provenientes de sus cesantías y de créditos otorgados para compra de vivienda, se atribuyó a la órbita funcional de la Gobernación de La Guajira en su condición de oferente del proyecto de vivienda de interés social –razón para que, en su momento, la fiscalía imputara el punible de peculado por apropiación a otro coprocesado– también lo es que, al no representar gasto para la administración, no se requería la disponibilidad presupuestal para dar apertura al proceso de licitación pública, la cual no podía obviarse como parece entenderlo el recurrente.

Por último, deja de lado el libelista que lo atinente a la disponibilidad presupuestal, además de carecer de la condición de formalidad esencial, hace parte de uno de aquellos requisitos de la ejecución o cumplimiento del contrato estatal, por ende, reitérese, escapa al ámbito de punibilidad de la infracción delictiva objeto de acusación (*Cfr.* CSJ SP17159–2016, 23 nov. 2016, rad. 46037; CSJ SP004–2023, 25 en. 2023, rad. 62766; CSJ SP038–2023, 15 feb. 2023, rad. 56014; y, CSJ SP185–2024, 14 feb. 2024, rad. 58661). Así, insustancial deviene el alegato del censor quien pretende que el certificado de disponibilidad presupuestal constituya en el caso concreto una condición de perfeccionamiento o validez del negocio jurídico que debía tramitar y celebrar el procesado.

5.3.2.2 Ahora, el argumento según el cual el convenio suscrito entre el Departamento de La Guajira y la constructora debía sujetarse exclusivamente a las resoluciones n.º 11 de 1999 y 0115 de 2000 expedidas por el FNA y al artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y no a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, también habrá de desestimarse.

Tal como lo reseñó la Sala Especial de Primera Instancia, llama la atención que en el texto del negocio jurídico celebrado entre el ente territorial y el particular nada se dijera frente al sustento normativo que habilitaba la forma de negociación, intitulándose llanamente como «*Convenio de Cooperación*».

En el cuerpo del documento únicamente se indicó que el Departamento de La Guajira actuaba como «*OFERENTE*», de acuerdo con la Resolución n.º 0115 de 2000 del FNA, acto administrativo⁵⁶ que, según el convenio, hacía parte integral del mismo y que fue expedido en concordancia con el literal *d)* del artículo 3º de la Ley 432 de 1998⁵⁷, que establecía como una de las funciones del FNA:

d) Adelantar con criterio de justicia social e imparcialidad en la adjudicación, utilizando los recursos disponibles, programas de crédito hipotecario y educativo para contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, para lo cual podrá celebrar convenios con las Cajas de Compensación Familiar y entidades de la economía solidaria, y con entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales. Para el cumplimiento de su objeto y funciones, el Fondo Nacional de Ahorro no adelantará directamente ni contratará la construcción de vivienda; (...)

⁵⁶ Cfr. Folios 169 a 175, C.O. n.º 2 Fiscalía.

⁵⁷ Por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones.

Conforme al artículo 1º de la anunciada Resolución, el Presidente del Comité de Crédito del FNA tenía la facultad exclusiva de realizar «*los contactos necesarios con las entidades y/o personas jurídicas sin ánimo de lucro y cuya función sea eminentemente social, interesadas en ofrecer programas de vivienda a los afiliados del Fondo Nacional de Ahorro*».

Por su parte el artículo 2º, en lo relacionado con la selección de la oferta, señaló:

Será responsabilidad exclusiva de las Cajas de Compensación Familiar, de las Entidades de Economía Solidaria y de las Entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales, la selección, evaluación y aprobación económica, administrativa, financiera, jurídica y técnica de los proyectos de vivienda que ofrecerán a los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro y de los constructores que desarrollarán dichos proyectos. Igualmente será de su responsabilidad el desarrollo del proyecto desde la oferta hasta su culminación y entrega a los afiliados que voluntariamente hayan adquirido las viviendas... El Fondo Nacional de Ahorro no ejercerá ningún tipo de evaluación ni visita previa a los proyectos ofrecidos a los afiliados del mismo.

La simple lectura del mencionado acto administrativo deja al descubierto que la responsabilidad en la escogencia del particular encargado de ejecutar la construcción del proyecto de vivienda recaía en el ente territorial. No obstante, nada se dijo respecto de la forma en que ello se haría, razón por la cual, en tratándose de una entidad estatal y al no existir causal alguna para que el asunto se rigiera por un contrato especial sujeto a régimen legal propio (Cfr. CSJ SP712-2017, 25 en. 2017, rad. 48250), aquella debía seguir

el cauce normal o regular de la Ley 80 de 1993, vale decir, la de los contratos estatales propiamente dichos.

Es en el curso del trámite procesal –remárguese, ni la Resolución n.º 0115 de 2000, ni el «*Convenio de Cooperación*» lo dicen– que la defensa técnica de **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** adujo que el negocio jurídico tramitado y celebrado por él constituía un convenio a los que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y el canon 355 de la Constitución Política, tesis encaminada a desligarlo del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Una de las tipologías contractuales pertenecientes al régimen de contratos especiales son los derivados del inciso segundo del artículo 355 Superior, que establece que «*el Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo*».

La disposición en cita establece que el Gobierno Nacional reglamentaría la materia, situación que se materializó con la expedición del Decreto 777 de mayo 16 de 1992⁵⁸ –modificado por los Decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993–, posteriormente derogado por el Decreto 92 de 2017.

⁵⁸ Reglamentó los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad a los que se refiere aquella normatividad.

Por su parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, prevé:

CONSTITUCIÓN DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS CON PARTICIPACIÓN DE PARTICULARES. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

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

En relación con esa norma, la Corte Constitucional en sentencia CC C-671-1999, explicó que:

[s]e trata simplemente de un instrumento que el legislador autoriza utilizar para el beneficio colectivo, es decir, en interés general y, en todo caso, con acatamiento a los principios que rigen la actividad administrativa del Estado.

6.2. De la misma manera, si el legislador autoriza la asociación de entidades estatales con personas jurídicas particulares con las finalidades ya mencionadas, estableció, en defensa de la transparencia del manejo de los dineros públicos, que los convenios de asociación a que se hace referencia serán celebrados “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política”, lo que significa que no podrá, en ningún caso pretextarse la celebración de los mismos para otorgar o decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de una parte; y, de otra, el acatamiento a la disposición constitucional mencionada, impone la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, pero “con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo”, tal cual lo ordena el citado artículo 355 de la Carta Política.

Recientemente el Consejo de Estado [Cfr. C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección

B, 30 nov. 2023, rad. 15001-23-33-000-2018-00693-02 (69655)] reiteró su jurisprudencia frente a los convenios de asociación, así:

4) *Esta Corporación ha tenido la oportunidad de desarrollar el concepto de convenio de asociación en los siguientes términos:*

“La Sala se atreve a definir los convenios de asociación como aquellos acuerdos de voluntades reglamentados por el Gobierno en ejercicio de la facultad que le dio el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, suscritos entre una entidad pública con una persona jurídica particular que carezca de ánimo de lucro, con la idoneidad reconocida, los cuales tendrán como elemento teleológico el impulso de programas y labores que sean del interés de la colectividad, y que estén en consonancia con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo.

La doctrina ha extraído sus condiciones al afirmar:

– Su competencia regulatoria está asignada por la Carta Política al Gobierno Nacional, excluyendo al legislador.

– Se considera como entidad pública, aparte de las indicadas en la Constitución y la Ley, a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta cobijadas al régimen de las anteriores.

– El contratista debe ser una entidad privada sin ánimo de lucro y que tenga experiencia con resultados idóneos que soporten la capacidad técnica y administrativa para desarrollar el objeto contractual.

– Su finalidad exclusiva es la realización de labores de carácter social, y por tanto, no está permitida la posibilidad de otorgar contraprestaciones a favor de la entidad contratante ni de un tercero, sino que los beneficios derivados del convenio deben ir dirigidos a la población.

– Es necesario que consten por escrito.

– La naturaleza del convenio es de derecho privado, salvo las excepciones del Decreto 777 de 1992, como la posibilidad de acordar cláusulas excepcionales propias de la contratación estatal.

El organismo público contratante tiene la potestad de terminar de manera unilateral el contrato y exigir el pago de los daños irrogados, siempre que se incumpla las obligaciones desprendidas del negocio jurídico bilateral⁵⁹⁶⁰.

⁵⁹ [cita inserta en el texto transcrito] Original de la cita. Contratación Pública, Análisis Normativo, Descripción de Procedimientos, Sexta Edición de Carlos Pachón Lucas.

⁶⁰ [cita inserta en el texto transcrito] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 3 de diciembre de 2014, radicación no. 51.832, MP Olga Mélida Valle de la Hoz.

5) *En una sentencia posterior, la Subsección A de esta misma Sección determinó como conclusiones sobre la normatividad aplicable a los convenios de asociación, lo siguiente:*

“Del recorrido que se ha emprendido emergen varias conclusiones:

- Las entidades distritales, municipales y las áreas metropolitanas pueden acudir a distintos tipos de contratos en el marco de la ejecución de proyectos de viviendas de interés social, cuyo régimen jurídico, por regla general, corresponderá a aquel que gobierna la actividad contractual de las entidades estatales, esto es, las normas recogidas en la Ley 80 de 1993, como en las que la modifiquen y reglamenten.*

- De esa premisa se exceptúan los contratos de fiducia, caso en el cual dichos negocios se someterán a las reglas generales y del derecho comercial, sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.*

- También se exceptuaron de la sujeción al Estatuto de Contratación Estatal los convenios de asociación fundamentados en el artículo 355 de la Constitución Política y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, que en veces se utilizan como herramientas para contratar proyectos de vivienda interés social. La exclusión de la regencia de la Ley 80 en esos casos tendrá lugar:*

- i) En los términos del artículo primero del Decreto 777 de 1992, cuando el convenio se celebre por la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público. En ese caso el convenio se informará por las normas del derecho común, sin perjuicio de que se puedan pactar cláusulas excepcionales.*

- ii) Al tenor del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, cuando alguna entidad estatal, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, se asocie con personas jurídicas particulares, y de esa asociación surja una persona jurídica sin ánimo de lucro, esta se sujetará a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.⁶¹”*

En esa línea de interpretación, el Alto Tribunal Contencioso ha explicado que los convenios de asociación poseen una característica esencial:

⁶¹ [cita inserta en el texto transcrito] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 15 de febrero de 2018, radicación no. 55.147, MP Marta Nubia Velásquez Rico.

[s]e trata de negocios jurídicos que no generan una relación conmutativa⁶² en la forma que se entiende bajo el derecho común, ni implican la transferencia de funciones administrativas a los particulares⁶³.

33. *En efecto, esta tipología de convenio no hace relación con aquellos negocios jurídicos en los cuales la entidad estatal contrata un bien o la prestación de un servicio a cambio de un precio⁶⁴, en la medida que persiguen un fin distinto: la unión de esfuerzos encaminados a lograr un mismo fin que, aunque es compartido por las partes, está determinado principalmente por el cumplimiento de los cometidos y finalidades asignadas por la ley a la entidad pública⁶⁵. No hay, por ello, una relación patrimonial de orden conmutativo, porque el particular no obra con el ánimo de obtener una remuneración sino, estrictamente, con el propósito de juntar sus esfuerzos con los de la Administración para el desarrollo de las actividades que a ella corresponden, que es, como se ha indicado, el lugar donde se explica la ausencia de contraprestación.*

34. *Lo anterior no es un obstáculo para que los convenios de asociación puedan ser celebrados con personas jurídicas con ánimo de lucro porque la motivación económica de un particular no niega que pueda apoyar a una entidad estatal a lograr los cometidos o funciones asignadas por la ley a esta. Lo que realmente excluye la posibilidad de celebrar convenios de asociación es, como se anotó, que se establezca una relación conmutativa en la que exista un claro intercambio de prestaciones que se miran como equivalentes. (...) [Cfr. C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,*

⁶² [cita inserta en el texto transcrito] *El artículo 1498 del Código Civil la define así: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”.*

⁶³ [cita inserta en el texto transcrito] *Si existe delegación de funciones administrativas no se estaría en presencia de un convenio de asociación y, por tanto, la delegación se deberá regir por lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 489 de 1998. Ver Augusto Ramón Chávez Marín. “Los convenios de la administración entre la gestión pública y la actividad contractual”, Cuarta edición, Temis, Bogotá, p. 432 y siguientes.*

⁶⁴ [cita inserta en el texto transcrito] *La doctrina se ha planteado el interrogante: “¿Qué es una contraprestación directa? Ello ocurre cuando la entidad recibe un bien o se ve liberado de una obligación. Así por ejemplo, cuando compra un bien, o cuando la entidad pública debe hacer un examen a una determinada persona y contrata a un particular para que lo haga”. CÁRDENAS, Juan. Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa. 2 ed., Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1995, p. 295.*

⁶⁵ [cita inserta en el texto transcrito] *Es importante destacar que la conmutatividad depende, como lo establece el Código Civil, de si una prestación se mira como la equivalente a la de la otra parte. Sin embargo, en el convenio de asociación las prestaciones que se cumplen no tienen esta característica de reciprocidad, sino que se encaminan al cumplimiento de un fin común compartido por los contratantes. Con base en lo anterior, debe precisarse que la ejecución de un convenio de esta naturaleza generará siempre algún beneficio a sus contratantes, sin que por esto se tornen en conmutativos.*

Subsección A, 4 jul. 2023, rad. 08001-23-31-002-2009-00942-01 (60628)].

Por otra parte, aunque en los convenios de asociación predomina la autonomía de la voluntad de las partes fundamentada en el régimen legal obligacional contractual privado, ello no significa que los principios rectores de la contratación estatal previstos en la Ley 80 de 1993 pierdan vigencia, habida cuenta que estos se erigen en concreta manifestación de los principios que gobiernan la función administrativa (artículo 209 de la Constitución Política), connaturales a toda contratación estatal.

En consonancia con lo anterior, al referirse a los convenios previstos en el inciso segundo del canon 355 Superior, así ha discurrido la Corte (Cfr. CSJ SP712-2017, 25 en. 2017, rad. 48250):

Las vicisitudes de los convenios de interés público, previstos en el art. 355 de la Constitución, se hallan reglamentadas por un régimen especial diverso al del Estatuto General de la Contratación Administrativa. Para los efectos del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en relación con convenios de interés público suscritos antes del 1º de junio de 2017 –fecha en que entra en vigencia una nueva reglamentación especial (Decreto 092 del 23 de enero de 2017) –, la aplicación de normas contenidas en la Ley 80 de 1993 está limitada a dos eventos específicos: i) en lo concerniente a los principios rectores de la contratación pública, los cuales, siendo manifestación concreta de los principios de la función administrativa (art. 209 de la Constitución), son transversales a toda la contratación estatal y ii) la integración del régimen especial de convenios de interés público con las normas del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública sólo procede por cláusulas de expresa remisión normativa, como por ejemplo, la prevista en el art. 1º inc. 1º del Decreto 777 de 1992, de acuerdo con el cual son aplicables las normas de la Ley 80 de 1993 –en reemplazo del Decreto 222 de 1983– concernientes a las cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común.

Al descender al caso concreto, en el denominado «*Convenio de Cooperación*» suscrito entre la Gobernación de La Guajira y la constructora, en esencia se pactó:

(i) la naturaleza en la que concurría el ente territorial: en condición de «*oferente*», conforme a lo dispuesto en la Resolución n.º 0115 de 2000 expedida por el FNA –cláusula primera–.

(ii) su objeto: la ejecución por parte de la constructora del proyecto de vivienda de interés social denominado Villa Sharín II Etapa localizado en la ciudad de Riohacha, para ser ofertado a los afiliados del FNA que quisiesen adquirir vivienda, proyecto conformado por 150 inmuebles, a razón de \$26'500.000,00 cada uno –cláusulas segunda y cuarta–.

(iii) las obligaciones de la constructora: ejecutar la obra descrita en el objeto del convenio con sus propios medios y empleando sus trabajadores –cláusula decimocuarta–; adelantar en su totalidad las gestiones de índole administrativa, legal, comercial, técnica, económica y financiera que demande la iniciación y el desarrollo del proyecto, hasta la entrega de la obra debidamente terminada a los beneficiados, al oferente y al FNA –cláusula tercera–; y, constituir a favor del oferente pólizas de buen manejo y correcta inversión, cumplimiento, pago de salarios y prestaciones sociales y responsabilidad civil extracontractual –cláusula undécima–.

(iv) las obligaciones de la entidad estatal: girar a la constructora los recursos desembolsados por el FNA, previa verificación de avance de obra física –cláusula novena–, así como ejercer la interventoría del proyecto a través de un residente de obra –cláusula décima–. Los recursos con que se cancelaría el costo de la interventoría provendrían de los dineros consignados por el FNA. Y,

(v) contraprestación a favor del ente territorial: la suma de \$36'000.000,00 por concepto de administración del proyecto, que la constructora debía pagar de los mismos recursos desembolsados por el FNA –cláusula sexta–.

Por lo expuesto, la Corte coincide con el criterio de la primera instancia, si en cuenta se tiene que el denominado «*Convenio de Cooperación*» cumple los presupuestos de una negociación onerosa, de una relación patrimonial de orden conmutativa típica de la contratación estatal, en la que se convino la edificación de unas soluciones de vivienda con cargo a la constructora contratista, a cambio de una retribución pecuniaria por parte del ente territorial.

Es evidente que en el mencionado convenio existe un intercambio de prestaciones que se miran como equivalentes y no se avizora el compromiso de aunar esfuerzos en procura de desarrollar las actividades propias de la administración. Simplemente se circunscribe a un negocio jurídico en el que la entidad estatal contrató la construcción de un proyecto de vivienda de interés social que había presentado previamente al FNA, a cambio de un precio.

En ese acuerdo es manifiesto el ánimo de obtención de remuneración por parte de la constructora, propio de su naturaleza comercial como sociedad limitada y de su ánimo lucrativo, que se desprende de la sola lectura del objeto social descrito en el certificado de existencia y representación legal que integra la foliatura⁶⁶: compra y venta de bienes inmuebles urbanos y rurales, arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, comercialización de materias primas y materiales relacionados con la construcción, comercialización de productos y bienes inmuebles y muebles relacionados con la actividad de la construcción de propiedad horizontal, otorgamiento de créditos a terceros, constitución de hipotecas, compra de nóminas y carteras para recaudo directo, entre otras.

Como atrás se explicó, el ánimo de lucro de una sociedad no es obstáculo *per se* para celebrar un convenio de asociación pues, la motivación económica del particular no implica que no pueda apoyar a una entidad estatal a lograr sus cometidos o funciones asignadas por la ley. Sin embargo, en el caso concreto, lo que imposibilitaba la tramitación y suscripción del convenio es la configuración de aquella relación conmutativa, con indiscutible intercambio de prestaciones, en la cual la constructora obró con el ánimo de obtener una remuneración económica.

Al tratarse de la construcción de un proyecto de vivienda de interés social, que caía en la órbita funcional

⁶⁶ Cfr. Folios 47 y 48, C.O. n.º 1 Fiscalía.

propia del ente territorial y generaba una contraprestación directa a favor de la entidad contratante y una remuneración para el contratista, la modalidad de contratación a escoger se hallaba en la Ley 80 de 1993, régimen legal totalmente ignorado por el acusado.

Como lo acentuó la primera instancia, más allá de la denominación asignada por las partes, el convenio en realidad se ajusta a lo que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece en su artículo 32 numeral 1º como contrato de obra, esto es, aquellos contratos que las entidades estatales celebran *«para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago»*.

Por tanto, se descarta el motivo de inconformidad esbozado por el recurrente, toda vez que el *«Convenio de Cooperación»* suscrito por **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** no encaja en lo previsto en el artículo 96 de la ley 489 de 1998 o en el canon 355 Superior.

Agréguese que las resoluciones n.º 11 de 1999 y 0115 de 2000 expedidas por el FNA en el marco de la política institucional denominada *«alianzas estratégicas»* solo sirvieron para el propósito que distintas entidades estatales en calidad de oferentes contaran con una forma de financiación de proyectos de vivienda cuyos destinatarios serían los afiliados al FNA, pero en manera alguna definieron

la forma y requisitos en que se debía escoger y contratar la empresa constructora, modalidad contractual que, como se decantó, se hallaba en las disposiciones de la Ley 80 de 1993.

5.3.3 Del principio de planeación en el caso concreto

El tercer motivo de inconformidad dice relación con el principio de planeación, que considera el recurrente no incumplió el procesado.

Sin anunciarlo directamente, en esencia, en su discurso de forma velada asigna la responsabilidad de la planeación del proyecto de vivienda de interés social al IDEVI, quien estuvo al frente de la primera etapa de la urbanización Villa Sharín en el año 1999, esto es, antes que **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** como gobernador de La Guajira asumiera personalmente esa responsabilidad.

La Sala Especial de Primera Instancia respondió a satisfacción el cuestionamiento de la defensa en la etapa de juzgamiento, reiterado ahora en sede de apelación, en el sentido que el acusado en efecto transgredió el principio de planeación de la contratación estatal, si en cuenta se tiene que ofertó, tramitó y celebró la ejecución de la segunda fase de aquel proyecto de vivienda que carecía de redes de alcantarillado, lo cual desencadenó una problemática social e hidrosanitaria de gran impacto.

Explíquese que, a través de sus entidades competentes, el municipio de Riohacha expidió las certificaciones que viabilizaban los servicios públicos frente a la totalidad del área donde se desarrollaría la urbanización Villa Sharín con arreglo al trámite que la entidad oferente debía adelantar con miras a obtener las licencias de urbanismo y construcción, documental que advertía que la disponibilidad del servicio público de alcantarillado en el sector estaba condicionada a la implementación general de obras que permitieran ampliar su cobertura en el ente territorial.

Por ejemplo, en oficio de fecha 29 de marzo de 1999⁶⁷ dirigido a la CORPORACIÓN GRIMAR, el gerente de la Unidad Especial de Servicios Públicos Domiciliarios –U.E.S.P.D.– de Riohacha informó que el proyecto de vivienda que se pretendía adelantar contaba con disponibilidad de servicio de acueducto, pero el de alcantarillado no corría igual suerte y afirmó que este tendría *«disponibilidad Futura, dentro del Plan Maestro de Alcantarillado del Municipio de Riohacha»* [mayúsculas originales del texto].

JULIO BRITO RUEDA, quien suscribió aquella misiva, en la sesión de juicio oral de septiembre 16 de 2019⁶⁸ explicó que la constancia expedida para la época fue enfática en precisar que la disponibilidad de alcantarillado era ulterior, pues para ese momento el sector de Villa Sharín carecía del mencionado servicio.

⁶⁷ Cfr. Folio 216, C.O. n.º 2 Fiscalía.

⁶⁸ Cfr. Folios 102 a 107, C.O. n.º 2 Sala Especial de Primera Instancia.

El 22 de junio de 1999, la Jefatura del Departamento Administrativo de Planeación Municipal de Riohacha expidió por dos años las licencias de urbanismo n.º 17⁶⁹ y de construcción n.º 18⁷⁰, la primera otorgada al IDEVI para la proyección de construcción de viviendas de interés social, urbanización denominada Villa Sharín, destacándose en cada uno de esos actos administrativos el aporte de todas las certificaciones de servicios básicos de infraestructura requeridos para la construcción de viviendas unifamiliares.

El artículo 11 del Decreto 1052 de 1998⁷¹ establecía que, en tratándose de licencias de urbanismo, entre otros documentos, debía acompañarse: *«certificación expedida por la autoridad o autoridades municipal o distrital competente, acerca de la disponibilidad de servicios públicos en el predio o predios objeto de la licencia, dentro del término de vigencia de la licencia»*.

No obstante, la certificación expedida por la U.E.S.P.D. de Riohacha ciertamente no establecía el plazo en que el alcantarillado estaría disponible para el sector de Villa Sharín y menos indicaba que aquello ocurriría en vigencia de la licencia de urbanismo. A contracara, la certificación expresaba que ese servicio público, en una fecha indeterminada –no supeditada a los dos años–, se implementaría de acuerdo con el Plan Maestro de Alcantarillado de la ciudad.

⁶⁹ Cfr. Folios 203 a 205, C.O. n.º 1 Fiscalía.

⁷⁰ Cfr. Folios 200 a 202, *ib.*

⁷¹ *Por el cual se reglamentan las disposiciones referentes a licencias de construcción y urbanismo, al ejercicio de la curaduría urbana, y las sanciones urbanísticas.*

El alegato del apelante acentúa las irregularidades del IDEVI frente al principio de planeación en la ejecución del proyecto de vivienda en su primera etapa. Pero, como en el caso concreto se trata de juzgar la conducta de **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** en su condición de Gobernador de La Guajira en ejecución de la segunda fase, a ello se circunscribió el análisis de la primera instancia.

La Corte coincide con la Sala *a quo* en que, sabedor de la anotada irregularidad, **CUELLO BLANCHAR** adoptó sin más las certificaciones y licencias utilizadas en la primera etapa del proyecto y «certificó» que la urbanización Villa Sharín II contaba con «*las licencias, permisos y requisitos de [l]ey y por lo tanto se puede proceder de inmediato con la legalización de los créditos y cesantías de los afiliados beneficiarios de crédito y a su construcción*», además de «*los siguientes documentos en regla*»: (i) certificado de disponibilidad de servicios públicos; (ii) licencia de urbanismo; (iii) licencia de construcción; y, (iv) licencia ambiental, entre otros⁷².

El conjunto probatorio permite advertir la problemática suscitada a raíz de la falta de alcantarillado en el sector donde se ejecutó el proyecto de vivienda. Por ejemplo:

MÓNICA PATRICIA ROSALES DE MENDOZA, representante legal de la constructora, en diligencia de indagatoria rendida el 24 de septiembre de 2004⁷³ al interior de la noticia

⁷² Cfr. Folio 22, C.O. n.º 4 Fiscalía.

⁷³ Cfr. Folios 76 a 78, C.O. n.º 1 Fiscalía.

criminal que se le adelantó por el delito de estafa agravada, explicó que la urbanización Villa Sharín fue un proyecto de vivienda de interés social diseñado por la Gobernación de La Guajira, quien gestionó las licencias de construcción y urbanismo y la disponibilidad de servicios de acueducto y alcantarillado y que cuando el ente territorial ofertó el proyecto al FNA afirmó, sin ser cierto, que el terreno donde se ejecutaría contaba con esa infraestructura.

En la continuación de su injurada⁷⁴ el 11 de noviembre del mismo año, ratificó que la Gobernación de La Guajira no cumplió con el compromiso de que los lotes del proyecto de vivienda tuvieran las instalaciones de servicios públicos, razón por la cual la alcaldía de Riohacha paralizó las obras ante la falta de infraestructura para solucionar el problema hidrosanitario.

Por su intermedio se conoció la Resolución n.º 02315 del 6 de septiembre de 2002⁷⁵, expedida por la Corporación Autónoma Regional de La Guajira por la cual, según sus considerandos, en visita de control y seguimiento ambiental a la urbanización aludida, verificó que no se adoptaron las medidas ambientales para el manejo de aguas residuales, esto es, conectarse a una red del sistema de alcantarillado como mecanismo de disposición, incumpléndose la normatividad (artículo 60 del Decreto 1594 de 1984) que prohíbe todo vertimiento de residuos líquidos a las calles. Ese acto administrativo, además, requirió al municipio de

⁷⁴ Cfr. Folios 89 a 94, *ib.*

⁷⁵ Cfr. Folios 81 a 83, *ib.*

Riohacha, a la Gobernación de La Guajira y a la Empresa Aguas de La Guajira para que en la urbanización se efectuara «*la conexión de las viviendas a la red del sistema de alcantarillado como mecanismo de disposición de estas aguas, y así evitar el vertimiento de las aguas a la calle, lo que genera contaminación por olores ofensivos, entre otros*», exigiendo eliminar en forma inmediata el vertimiento.

Por su parte, RODRIGO DE JESÚS SOLANO MINDIOLA, en su momento interventor de la obra, en declaración del 19 de marzo de 2013⁷⁶ manifestó que, aunque se hiciesen obras internas en cada solución de vivienda –inmuebles–, no era posible disponer del acceso al servicio de alcantarillado por inexistencia de red de conexión al Plan Maestro de Alcantarillado de Riohacha y explicó que:

[c]uando se iban [a] hacer los empalmes con el alcantarillado de la ciudad se presentaron unos problemas, ya que el plan de alcantarillado del municipio de Riohacha... no se había ejecutado en las comunas 5 y 6 que es donde se estaba ejecutando el proyecto de vivienda Villa Sharín II etapa, al no estar conectado con el plan maestro de alcantarillado que supuestamente en ese tiempo debería estar funcionando la comuna 5ª y comuna 6ª obviamente se vio afectada la urbanización... cuando se presenta un proyecto a un municipio para la ejecución de una urbanización esta para su ejecución debe contar con los servicios mínimos [a] punto de conexión, lo que quiere decir que debe tener servicios inmediatos para su instalación, a punto de conexión...

En el mismo sentido se escuchó en juicio a LOURDES MARÍA ARÉVALO GÓMEZ el 17 de septiembre de 2019⁷⁷, Jefe del Departamento de Planeación Municipal de Riohacha para la fecha de expedición de los certificados de disponibilidad de servicios públicos, quien confirmó que para aquella época no

⁷⁶ Cfr. Folios 106 a 109, C.O. n.º 7 Fiscalía.

⁷⁷ Cfr. Folios 111 a 116, C.O. n.º 2 Sala Especial de Primera Instancia.

existía conexión de alcantarillado en el sector donde se planeaba construir la urbanización Villa Sharín y que sólo se tenía la proyección del Plan Maestro de Alcantarillado.

La ausencia de servicio de alcantarillado conllevó a que la obra se paralizara por cuenta de la falta de actualización de la licencia de construcción, la cual no podía renovarse mientras no se solucionara efectivamente el empalme de las viviendas con el sistema de alcantarillado de la ciudad.

Así se desprende del acta de suspensión⁷⁸ suscrita el 24 de octubre de 2002 entre el interventor RODRIGO DE JESÚS SOLANO MINDIOLA y MÓNICA PATRICIA ROSALES DE MENDOZA, representante legal de la constructora, cuyo antecedente se halla en el oficio de fecha 17 del mismo mes y año⁷⁹ suscrito por la Directora de Planeación y Desarrollo Territorial de Riohacha que da cuenta que la obra «*se encuentra suspendida*» ante la falta de plan hidrosanitario, aspecto que generaba «*serios problemas ambientales, motivando la intervención de Corpoguajira*».

Aun cuando la defensa de **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** asegura que quien tramitó todo lo concerniente a licencias y permisos exigidos por el FNA fue el entonces IDEVI, el conjunto probatorio indica que ese ente existió hasta noviembre de 1999. Deja de lado que el denominado «*Convenio de Cooperación*» se celebró en noviembre de 2000, esto es, un año después, momento en el cual el procesado,

⁷⁸ Cfr. Folios 79 y 80, C.O. n.º 1 Fiscalía.

⁷⁹ Cfr. Folio 258, C.O. n.º 2 Fiscalía.

como representante legal del oferente, tenía la trascendental responsabilidad de observar y verificar el cumplimiento de los requerimientos que hacían viable el proyecto de vivienda, desde la oferta hasta su culminación y entrega de los inmuebles, obligación que expresamente dispuso la Resolución n.º 0115 del 11 de mayo de 2000, ampliamente mencionada en esta providencia.

Desde la misma «*carta de presentación propuesta*» al FNA⁸⁰, el entonces Gobernador de La Guajira **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** expuso que el proyecto tenía «*certificado de disponibilidad de servicios públicos... en regla*», manifestación que no se ofrecía meramente nominativa, como desde la acusación atribuyó la fiscalía, sino que aseguraba la existencia de aquellos servicios, incluyendo lógicamente el de alcantarillado⁸¹ en el sector donde se desarrollaría la urbanización de interés social.

En materia de permiso de vertimientos, en el derecho de aguas colombiano se sigue el modelo conocido como «*prohibición general a reserva de autorización*», lo cual implica que para poder verter caudales a determinados puntos permitidos y bajo ciertas condiciones técnicas y jurídicas, se requiere la obtención de un acto administrativo particular de permiso.

El Decreto 1594 de 1984 establecía en su artículo 6º que se entendía por vertimiento líquido «*cualquier descarga*

⁸⁰ Cfr. Folios 183 y 184, C.Anexo n.º 2 Fiscalía.

⁸¹ El artículo 14.21 de la Ley 142 de 1994, incluye dentro de los servicios públicos domiciliarios el de alcantarillado.

líquida hecha a un cuerpo de agua o a un alcantarillado» y del canon 60 se extraía la prohibición de «todo vertimiento de residuos líquidos a las calles, calzadas y canales o sistemas de alcantarillado para aguas lluvias, cuando quiera que existan en forma separada o tengan esta única destinación».

Por su parte, el transporte de aguas residuales a través de un sistema de alcantarillado se reguló mediante la Ley 142 de 1994⁸², cuyo artículo 14.23 explicó que el servicio público domiciliario de alcantarillado consiste en *«la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y conductos. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos»*, definición reiterada en el artículo 3.42 del Decreto n.º 302 del 25 de febrero de 2000⁸³.

Y a partir de la necesidad de tratamiento de las aguas residuales, el 17 de noviembre de 2000 se expidió la Resolución n.º 1096⁸⁴ que definió en su artículo 210 el alcantarillado como el *«conjunto de obras para la recolección, conducción y disposición final de las aguas residuales y/o de las aguas lluvias»*.

Esa elemental normatividad imponía que, frente a la ejecución de un proyecto de vivienda, debía contarse con los

⁸² *Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.*

⁸³ *Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, en materia de prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado.*

⁸⁴ *Por la cual se adopta el Reglamento Técnico para el sector de Agua Potable y Saneamiento Básico – RAS.*

servicios públicos domiciliarios esenciales. Pero, ante la inexistencia del sistema de alcantarillado, las aguas residuales terminaron vertiéndose a las calles del sector, con la natural problemática hidrosanitaria y que finalmente conllevó a la paralización de la obra. De ahí la importancia del principio de planeación en el caso concreto.

Es un hecho demostrado a través del conjunto probatorio que, ni al momento de la presentación del proyecto ante el FNA, ni en noviembre de 2000 cuando se suscribió el denominado «*Convenio de Cooperación*», el proyecto de vivienda de interés social Villa Sharín II Etapa contaba con disponibilidad del servicio de alcantarillado, Incluso, el alegato del recurrente implícitamente termina por aceptar tal premisa, solo que pretende achacar la responsabilidad de la transgresión del principio de planeación al IDEVI, para de esa manera eludir la responsabilidad que ciertamente le cabe al procesado.

Cuando la U.E.S.P.D. del municipio de Riohacha expidió en el año 1999 el certificado de disponibilidad de servicios públicos de acueducto –efectivo– y alcantarillado –futuro–, en verdad no existían ni las redes, ni la capacidad de operación, ni la estructura orgánica para albergar el sistema de alcantarillado. No obstante, el procesado utilizó esa constancia para acompañar la documentación que soportaba la propuesta del proyecto de vivienda ante el FNA, como una manera de satisfacer formalmente los requisitos exigidos.

En el caso concreto, de tal magnitud fue la improvisación del entonces Gobernador de La Guajira **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR**, que pasaron más de siete años sin que el problema hidrosanitario en el barrio Villa Sharín tuviera solución, toda vez que fue hasta junio de 2009 que una nueva administración suscribió Convenio No. 059⁸⁵ de apoyo financiero para la ampliación de redes de acueducto y alcantarillado en ese sector, en el que intervinieron el municipio de Riohacha y Aguas de La Guajira S.A. E.S.P. y que ocasionó que el ente territorial departamental aportara la suma de \$909.000.000,00 para el efecto.

En tratándose de la contratación pública, una adecuada planeación persigue la eficiencia y eficacia en el proceder estatal que garantice que la escogencia de sus colaboradores⁸⁶ –contratistas– y que la tramitación, celebración y liquidación de los contratos, en ningún caso puede ser producto de la improvisación, sino del uso óptimo, diligente y coordinado de aquella herramienta para la gestión contractual.

De la contratación estatal se ha dicho por la jurisprudencia de esta Sala y del Consejo de Estado, que no es, ni puede ser, un suceso librado al azar, tampoco una actuación emanada del poder simplemente discrecional del Estado; por el contrario, es un procedimiento reglado en cuanto a su planeación, proyección y ejecución, todo ello

⁸⁵ Cfr. Folios 152 a 157, C.O. n.º 5 Fiscalía.

⁸⁶ El inciso segundo del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 señala que «*los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones*» [subrayado fuera de texto].

orientado a impedir la dilapidación del erario y el desgaste administrativo y presupuestal que implica el verse compelido a afrontar nuevos procesos contractuales, eventuales litigios contenciosos, e investigaciones penales, disciplinarias y fiscales.

Los contratos estatales *«deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad,»*⁸⁷ razón por la cual en todos ellos se impone el deber de observar el principio de planeación»⁸⁸.

Bien explicó la Sala Especial de Primera Instancia en el sentido que la falta de previsión de **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** sobre las consecuencias que acarrearía aprobar y ofertar un programa de vivienda que carecía de infraestructura hidrosanitaria, resultaba adverso a los deberes inherentes a su rol de mandatario departamental. De ahí que la tramitación y celebración del proyecto de vivienda Villa Sharín II Etapa no podía comportar una aventura emanada de su discrecionalidad.

⁸⁷ [cita inserta en el texto transcrito] J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación estatal. En Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma contractual. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 42.*

⁸⁸ Cfr. C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 10 dic. 2015, rad. 73001-23-31-000-2012-00012-01 (51489).

Para el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁸⁹ la ausencia del principio de planeación ataca la esencia misma del interés general y su vulneración puede conllevar en materia administrativa a la nulidad absoluta del contrato estatal por objeto ilícito.

A esa conclusión ha arribado el Consejo de Estado en algunas oportunidades al aplicar lo que ha dado en llamarse *test de planeación*, postura jurisprudencial que promueve la nulidad absoluta por ilicitud del objeto cuando en la contratación se elude aquel principio, al entender que ello, de suyo, conlleva la infracción del orden jurídico imperativo que impone que los contratos estatales deben ser adecuadamente planeados para la satisfacción del interés general.

Al referido *test* se acude, al advertir situaciones que, desde el momento de la celebración del negocio jurídico, evidencien que: (i) el objeto contractual no podrá ejecutarse; (ii) la ejecución del contrato dependerá de circunstancias indefinidas, inciertas o dependientes de decisiones de terceros; (iii) el plazo para la ejecución del contrato es insuficiente; o (iv) la ejecución del objeto contractual será más onerosa, con lo cual sobreviene el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad.

⁸⁹ Cfr. C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 24 abr. 2013, rad. 68001-23-15-000-1998-01743-01 (27315); C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 13 jun. 2013, rad. 66001-23-31-000-1998-00685-01 (26637); y, C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 20 oct. 2014, rad. 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24809).

En palabras del Alto Tribunal Contencioso⁹⁰:

[l]a Sala reitera que en determinados y concretos eventos el desconocimiento del principio de planeación puede conllevar la configuración de la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, cuando las falencias que producen esta mácula sean:

1. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que el objeto contractual no podrá ejecutarse.

2. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que la ejecución del contrato va a depender de circunstancias indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros.

3. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad.

En tales eventos el juez debe oficiosamente declarar la nulidad advertida, aunque se aclara que no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal conduce a la nulidad del contrato por ilicitud de su objeto.

Si la actividad contractual pública constituye una especie de la función administrativa, la cual debe desarrollarse, entre muchos otros, bajo el principio de planeación, en orden a realizar los fines y cometidos del Estado, ante un panorama en el que se advierta desde el momento mismo de la tramitación, e incluso la celebración del contrato, que existen circunstancias que hacen evidente que su objeto no podrá verificarse, o que su posterior ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros, o que los tiempos de realización acordados ineluctablemente no se cumplirán y, por contera, habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial estatal, se concluye que un tal

⁹⁰ Cfr. C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 10 dic. 2015, rad. 73001-23-31-000-2012-00012-01 (51489).

proceder se realiza sin apego a los procedimientos que materializan en la práctica el anunciado principio, con lo cual, no sólo se defrauda la expectativa razonable que tienen los ciudadanos hacia los servidores públicos y los colaboradores de la administración involucrados en la actividad contractual, sino que se lesionan efectivamente valores superiores que dan lugar a la responsabilidad penal, específicamente en lo tocante al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En el caso concreto, desde el momento de la celebración del denominado «*Convenio de Cooperación*» resultaba evidente que, si bien el objeto contractual –construcción del proyecto de vivienda de interés social denominado Villa Sharín II Etapa– podía ejecutarse, el mismo sería inane toda vez que los directamente beneficiados no podrían hacer uso de las soluciones de vivienda pues, para su utilización, en acatamiento a normas sanitarias y ambientales, dependían de circunstancias indefinidas, inciertas o dependientes de decisiones de terceros como lo era la implementación del servicio público domiciliario de alcantarillado por parte del municipio de Riohacha. Ello, se reitera, conllevó a la suspensión de las obras y a que el Departamento de La Guajira se viera obligado a coadyuvar a través de un nuevo convenio a aportar una importante suma de recursos económicos para la consecución del servicio de alcantarillado en el sector.

En suma, para la Sala, de consuno con la primera instancia, se acredita que **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** al

tramitar y celebrar el «*Convenio de Cooperación*» de noviembre de 2000, consciente y voluntariamente se apartó de los requisitos legales esenciales de la contratación estatal al pretermitir el principio de planeación, razón por la cual se desestima el tercer motivo de inconformidad planteado por el apelante.

5.3.4 De la dosificación punitiva en el caso concreto

La última censura del recurrente se refiere a la dosificación punitiva atribuida al enjuiciado, la cual considera excesiva en comparación con la impuesta por el mismo delito y por la misma Sala Especial de Primera Instancia en otro proceso –sentencia CSJ SEP016–2023, 1 feb. 2023, rad. 46473–.

Como bien lo explicó el Delegado de la Fiscalía ante esta Corporación en el traslado como no recurrente, aunque la Sala *a quo* en el citado radicado condenó a **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, imponiéndole la pena de prisión de 48 meses, la situación no es idéntica a la que ahora se analiza, en la que se atribuyeron 72 meses y 1 día de prisión.

Lo anterior por cuanto, al momento de individualizar la pena en ambos casos, en el primer evento el fallador se ubicó en el cuarto mínimo de movilidad al verificarse únicamente circunstancias de atenuación punitiva, razón por la que

finalmente escogió el extremo mínimo de aquel cuarto, vale decir, 48 meses⁹¹.

En su lugar, en el presente asunto al concurrir circunstancias de atenuación y agravación punitivas, el artículo 61 del Código Penal obligó al juzgador a ubicarse en los cuartos medios de movilidad punitiva y allí nuevamente eligió el extremo mínimo de ellos, esto es, 72 meses y 1 día de prisión.

A simple vista se advierte que las circunstancias son disímiles, razón suficiente para que la respuesta de la judicatura no fuera igual, como injustificadamente se pretende por el censor.

Finalmente, frente a la circunstancia de mayor punibilidad imputada por la fiscalía –numeral 11 del artículo 66 del Decreto – Ley 100 de 1980 (ahora consagrada en el numeral 9 del artículo 58 del Código Penal de 2000)–, el apelante simplemente se duele que la misma se haya tenido por acreditada en adversidad de su prohijado, más no desarrolla argumentación alguna tendiente a hacer ver algún yerro en el análisis de la judicatura, el cual fue del siguiente tenor⁹²:

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

⁹¹ Para el efecto, la Sala *a quo* tuvo en cuenta los artículos 61, 64, 66 y 67 del Decreto – Ley 100 de 1980.

⁹² *Cfr.* Folios 135 y 136, C.O. n.º 5 Sala Especial de Primera Instancia. Páginas 115 y 116 del fallo de primer grado.

El criterio hermenéutico de esta Corporación ha señalado los motivos que justifican la imputación de la agravante derivada de la posición distinguida que el servidor público ocupa en la sociedad⁹³:

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

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

En este orden, es claro que en el presente asunto la imputación de la circunstancia de mayor punibilidad no deriva de la condición abstracta que ÁLVARO CUELLO BLANCHAR era servidor público, sino por ser el Gobernador de La Guajira, cargo de elección popular que encarnó la confianza y respaldo de los sufragantes al otorgarle una alta dignidad y responsabilidad para administrar ese departamento, de allí que fuera considerado una persona importante, respetable y distinguida.

De esa forma, el fallo de primera instancia no hace más que reiterar el criterio plasmado por esta Corporación en la sentencia CSJ SP4250–2015, 15 abr. 2015, rad. 39156, reiterado, entre otras, en la providencia CSJ SP351–2022 [sic], 23 ag. 2023, rad. 57437. En esta última se explicó:

[p]ara ser destinatario de la agravante se requiere que el sujeto agente tenga «una posición distinguida en la sociedad», derivada del cargo, de la posición económica, de su ilustración, del poder que ostenta, del oficio o ministerio a los que sirve, como lo precisa el numeral 9º del artículo 58 del Código Penal⁹⁴, lo cual es totalmente distinto.

⁹³ [cita inserta en el texto transcrito] CSJ SP, 15 abr. 2015, rad. 39156.

⁹⁴ [cita inserta en el texto transcrito] Artículo 58. Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: (...) 9. La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.

Es más, ni siquiera se exige para la imputación de la agravante, ser servidor público, puesto que la norma utiliza la expresión «cargo», que en una de las acepciones del diccionario de la real academia significa «dignidad, empleo u oficio»⁹⁵, ocupaciones que no solo pueden ejercerse en el sector público, sino también en el sector privado o en el religioso. Y los otros supuestos fácticos que enlista la norma, son predicables igualmente de particulares y de otras categorías de personas.

Esto, para significar que la agravante opera con independencia de la condición de servidor público y que cuando se imputa al sujeto agente que exige esta condición para la tipificación de la conducta, no basta sostener que es servidor público, porque esto, de suyo, no acredita el supuesto fáctico de la agravante.

En consecuencia, a efectos de la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad será necesario evidenciar, (i) que la preminencia del cargo que ocupa o de la investidura que ostenta le otorga una posición distinguida en la sociedad, y (ii) que esta especial condición incidió en la realización de la conducta delictiva, elementos sin los cuales la agravante no procede.

No es, por tanto, como lo plantea la defensa, que la imputación de la agravante a quien se le exige tener la condición de servidor público para ser sujeto agente de la conducta punible, vulnere el principio non bis in ídem por doble valoración, por cuanto, como se ha explicado, su estructuración presupone el cumplimiento de unos presupuestos adicionales que no todo servidor público cumple, particularidad que hace que el debate en torno a su procedencia se traslade al terreno fáctico probatorio.

En el asunto bajo examen, a **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** le fue imputada en la providencia que calificó el mérito del sumario, la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 11 del artículo 66 del Decreto – Ley 100 de 1980, la cual fue replicada en el fallo objeto de impugnación. En la imputación fáctica se aludió de distintas maneras a su distinguida posición en el departamento de La Guajira, derivada del cargo que ostentaba para el momento de los hechos, contexto que le permitió cumplir de manera efectiva su accionar delictivo.

⁹⁵ [cita inserta en el texto transcrito] <https://dle.rae.es/cargo> (2)

Para desestimar el alegato del recurrente, agréguese que el análisis de la anunciada circunstancia no es un tema que asome novedoso; por el contrario, de vieja data ha sido afrontado por la Corporación. Por ejemplo, en sentencia CSJ SP, 16 oct. 2001, rad. 15215, se dijo:

El numeral 11 del artículo 66 [del Código Penal] de 1980 (9º del artículo 58 de la ley 599 de 2000) consagra como circunstancia de mayor punibilidad la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio. La concurrencia de una cualquiera de tales calidades en el procesado traduce una mayor exigencia en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades individuales y sociales, lo cual explica que el delito cometido se considere más grave. Debe advertirse, sin embargo, que no necesariamente la posición social distinguida derivada de cualquiera de las circunstancias relacionadas en la disposición, traduce automáticamente la estructuración de la agravante. En ocasiones es suficiente y no se discute. Que un Congresista o un Gobernador, por ejemplo, cometan un delito prevalidos de su condición significa una más grande defraudación de las responsabilidades contraídas y en consecuencia una mayor sanción penal. Y lo mismo puede suceder frente a delitos no funcionales.

Por consiguiente, es claro que la imputación a **CUELLO BLANCHAR** no derivó de la circunstancia abstracta de ser servidor público, sino de ser el Gobernador de La Guajira, cargo de elección popular de la más alta dignidad y responsabilidad en el marco de la rama ejecutiva territorial del poder público que, por su jerarquía, determinaba que el procesado fuera considerado una persona importante, respetable y distinguida en su entorno más próximo, lo cual, de hecho, exige mayor compromiso al convertirse en paradigma de conducta para la colectividad.

De lo anterior se deriva que la censura por deficiente dosificación punitiva, derivada de la indebida aplicación de la anotada circunstancia de mayor punibilidad, carezca de fundamento.

5.4 Conclusión

En suma, la Corte confirmará en su integridad la sentencia condenatoria emitida en adversidad de **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR**, en cuanto, como se desprende del estudio precedente, no obran en la actuación argumentos suficientes que conlleven a su revocatoria, conforme ha sido solicitado por el apelante.

5.5 Otra determinación

Por la Secretaría de la Sala dese cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 2195 de 2022⁹⁶ y en la Circular n.º PCSJC22-12 emitida el 29 de julio de 2022 por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura⁹⁷.

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,

⁹⁶ *Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones.*

⁹⁷ *«En cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley 2195 de 2022, el Consejo Superior de la Judicatura recaudará las sentencias penales condenatorias ejecutoriadas o principios de oportunidad en firme, que se hayan proferido a partir de la entrada en vigencia de la Ley 2195 de 2022, por la comisión de delitos contra la administración pública, el medio ambiente, el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada, administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, los consagrados en la Ley 1474 de 2011, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, que hubieren sido realizados, directa o indirectamente».*

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia CSJ SEP133-2023, proferida el 14 de noviembre de 2023 por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, que condenó a **ÁLVARO CUELLO BLANCHAR** por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

SEGUNDO: Por la Secretaría de la Sala de cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 2195 de 2022 y en la Circular n.º PCSJC22-12 emitida el 29 de julio de 2022 por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura.

TERCERO: INFORMAR a partes e intervinientes que contra esta determinación no proceden recursos.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al despacho de origen.

Firmado electrónicamente por:



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Presidente de la Sala



GERARDO BARBOSA CASTILLO



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



Sala Casación Penal@ 2024

GERSON CHAVERRA CASTRO



HUGO QUINTERO BERNATE



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

No firma impedimento

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

No firma impedimento

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 86DF956FE6D84A1094E6F626EB589AEF137A5039D0CE0A8CE9B18F93BFD0FB25
Documento generado en 2024-05-03