

TEMA: CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES - no con cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de ley aplicables a la contratación estatal se realiza el tipo objetivo / **PECULADO POR APROPIACIÓN** – “resulta indispensable la demostración de la defraudación del erario, la apropiación de recursos públicos” /

TESIS: “(...) la doctrina tiene identificado y reflexiona sobre el sujeto activo como sigue: “Esta infracción punible como la gran mayoría de las que pertenecen a este título, cualifican al sujeto agente en el servidor público...”¹; y en cuanto al bien jurídico tutelado la misma fuente: “De manera general debemos manifestar que el objeto jurídico que se protege en esa clase de ilícitos es la administración pública; más específicamente, el objeto protegido se concreta en la transparencia, la integridad, la idoneidad y la rectitud u honradez que deben tener frente a la actividad de la contratación administrativa los servidores públicos y los particulares que atienden la invitación del estado a contratar con él...” (...) Al respecto la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ordinaria ha indicado que como tipo penal en blanco que es: “El legislador en su potestad de configuración legal, dada la multiplicidad de eventos y circunstancias en que se puede realizar la conducta, deja, para que conforme a la especialidad sean contemplados por el juez a través del reenvío normativo en el proceso de interpretación legal (...). Del mismo modo esta clase de tipologías admiten su llenado con otra ley, decretos y preceptos administrativos, sin que ello contrarie el ordenamiento superior, eso sí, siempre y cuando cumplan con los presupuestos de ser preexistentes al momento de la realización de la conducta; y suficientes para definir y determinar de manera clara e inequívoca los aspectos de que carece el tipo penal en blanco, los cuales constituyen una herramienta para los jueces cuando van a precisar la conducta determinada como punible. En consecuencia, el principio de legalidad para esta clase de delitos no se satisface solamente con la remisión a normas que tengan la categoría de ley dictada por el Congreso de la República.” (...) podemos afirmar que todo contrato estatal tiene dos aspectos que se deben observar. A saber, los elementos comunes de los contratos y los elementos propios y especiales del contrato estatal. Así las cosas, es claro que la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación Estatal, estableció dos modalidades para el proceso de selección de contratistas. La regla general es la licitación o concurso público; la excepción la contratación privada, la cual está dada por factores tales como: cuantía, intuitu personae, tipología contractual, naturaleza de los bienes que se pretendan adquirir, actividad que se pretende cumplir con estos, por declaratoria desierta, en razón de las condiciones del mercado, por urgencia manifiesta.” Sobre el peculado por apropiación ha enseñado la doctrina que ““Empero, en una conceptualización más atinada, puede decirse que en el delito de peculado propiamente dicho el objeto jurídico de la tutela penal es el interés del Estado en la probidad y corrección del funcionario (o servidor público) y el interés de la defensa de los bienes patrimoniales de la administración pública.”

MP. CESAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

FECHA: 09/06/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA PENAL

Medellín, viernes nueve (9) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 96

Sentencia de segunda instancia Nro. 28

Radicado Nro. 05-001-60-00248-2011-02892

*Delito: Contrato sin cumplimiento de requisitos legales,
peculado por apropiación*

*Procesados: Óscar Andrés Pérez Muñoz, Hans de Jesús
Wagner Jaramillo, Harold de Jesús Hincapié Rivera*

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: miércoles 14 de junio de 2023. Hora: 11:30 a.m.

Procede en esta oportunidad la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y la representante del Ministerio Público contra la sentencia absolutoria proferida por el Juez Décimo Penal del Circuito de Medellín en el juicio adelantado en contra de los acusados ÓSCAR ANDRÉS PÉREZ MUÑOZ, HANS DE JESÚS WAGNER JARAMILLO y HAROLD DE JESÚS HINCAPIÉ RIVERA, por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

EPÍTOME FÁCTICO

Para el año 2010 el entonces alcalde del Municipio de Bello señor ÓSCAR ANDRES PEREZ MUÑOZ suscribió el Contrato 1159, en el que figura como contratista la Fundación Semillas de Guadalupe, entidad de carácter privado y sin ánimo de lucro, representada en su momento por el ciudadano HAROLD DE JESÚS HINCAPIÉ RIVERA, siendo el objeto del contrato el de coordinar y ejecutar el proceso electoral del Consejo Municipal de la Juventud (CMJ) del Municipio de Bello, Antioquia, hasta su conformación y posesión, pactando

como valor del contrato la suma de \$180.000.000; con un plazo de ejecución de tres meses contados a partir de la fecha de inicio.

A su vez el estudio de conveniencia y oportunidad se le encomendó a la Ingeniera NORA ISABEL PÉREZ, en su condición de jefe de la Secretaría de Bienestar e Integración Social de la referida entidad territorial; el contrato se firmó el 1° de octubre de 2010 por el alcalde, previo visto bueno de la oficina de asesoría jurídica del municipio cuyo titular era el doctor HANS WAGNER JARAMILLO, quien además proyectó la resolución 02121 del 19 de septiembre de 2010 relativa al reconocimiento de la idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro y elaboró la respectiva minuta del contrato.

Pese a la delegación para contratar, fue el alcalde y no la secretaria de bienestar e integración social, quien firmó el contrato porque ésta se había declarado impedida ante la postulación de su hijo como candidato al Consejo Municipal de la Juventud de Bello. El Contrato, según lo decidido por el ente municipal se regularía por el Decreto 777 de 1992.

A raíz de un hallazgo fiscal por parte de la Contraloría, la Fiscalía estimó que en el caso presente se configuraban los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos y peculado por apropiación, llamando a responder en juicio a los señores Óscar Andrés Pérez Muñoz, Hans de Jesús Wagner Jaramillo y Harold de Jesús Hincapié Rivera.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 9 y 10 de octubre de 2018 ante Juez Penal Municipal de Bello, Antioquia, con Funciones de Control de Garantías la Fiscalía le imputó a ÓSCAR ANDRÉS PÉREZ MUÑOZ, HANS DE JESÚS WAGNER JARAMILLO y HAROLD DE JESÚS HINCAPIÉ RIVERA el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, (Art. 410 del C. Penal. Modificado. Ley 890/2004, art. 14) en calidad de coautores los primeros, y como interviniente especial el último; aunado al delito de peculado por apropiación (Art. 397, inc. 2° del C. Penal. Modificado. Ley 890/2004, art. 14) para PÉREZ MUÑOZ e HINCAPIE RIVERA, sin allanamiento a cargos y con la imposición de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad de que trata el art. 307 de la ley 906/04.

2. Posteriormente la Fiscalía radicó escrito de acusación, formalizando el acto en audiencia oral ante el Juez Primero Penal del Circuito de Bello, Antioquia, el 26 de abril de 2019, sin variaciones a la imputación fáctica y jurídica.

3. Posteriormente esta Sala ordenó el cambio de radicación, pasando el proceso a los señores jueces de circuito de la ciudad de Medellín, reparto; por lo que una vez agotada la etapa probatoria ante el Juez Décimo Penal del Circuito de la ciudad, pese a la solicitud de condena elevada por la Fiscalía y la Procuraduría, el funcionario anunció sentido de fallo absolutorio cuya lectura se realizó el 23 de enero de 2023.

4. Inconformes con la absolución las delegadas del ente persecutor y de la sociedad interpusieron el recurso vertical de apelación que sustentado y concedido por la primera instancia le corresponde decidir a esta Sala de Decisión Penal.

DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Como cuestión liminar, destaca inicialmente la primera instancia que no obstante que los resultados del Informe de Contraloría sobre los Hallazgos o Conclusiones de la revisoría fiscal efectuada por dicha entidad de control al contrato 1159 de 2010 aquí ventilado se erigen en la génesis de este proceso, y pese a lo ordenado por esta superioridad funcional en cuanto a que se debían admitir como medio cognoscitivo u orientador de insoslayable valor, para lo cual debía cumplirse como con toda prueba el debido proceso probatorio, aquellos no se tendrían en cuenta, pues estima que se trata de prueba de referencia inadmisibles, además de trasladada, destacando igualmente que para el abordaje del asunto sometido a su consideración seguirá el orden y metodología propuesto frente a cada delito por la Fiscalía.

I) FRENTE AL DELITO DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES:

a) **No hubo análisis técnico ni económico de su valor.** No obstante, desestima este cargo basado en que la Fiscalía arrió a la foliatura Certificado de precios indicativos CISE 4248412, donde consta que la Alcaldía de Bello

los consultó, pero que no existía precio indicativo o de referencia, dada la particularidad del tema, elección del CMJ. Estudio en el que se consignaron las actividades que se debían desarrollar, lo que se debía entregar, y que estarían a cargo de la Secretaría de Bienestar Social, el contrato tendría un valor de \$180.000.000, forma de pago, plazo de ejecución y documentación a anexar.

Acta del Comité de Contratación # 19, del 15 de septiembre de 2010, donde consta quienes asistieron y cuya finalidad era presentar las alternativas de conveniencia para contratar ese programa y su valor, mientras que como prueba documental se escuchó el testimonio de JUAN FERNANDO ARANGO PIEDRAHITA (empleado de carrera del Municipio de Bello), quien adujo que, aunque no recuerda si se hizo estudio de mercado o de conveniencia, afirma que sí se hacían comités técnicos. De manera que para el funcionario este ítem no solo no quedó probado y menos suficientemente por la Fiscalía, sino que, por el contrario, las pruebas que arrimó el ente persecutor permiten inferir que con independencia de su idoneidad sí se habría realizado dicho estudio.

b) La selección del oferente se hizo previo a que el Municipio contara con la disponibilidad presupuestal. Se aportó: Acta de reunión # 4 del Comité de Contratación interno, calendado a 7 de septiembre de 2010, a la cual asistieron todos sus integrantes y cuyo fin era valorar la propuesta de la Fundación Semillas de Guadalupe (FSG), se da cuenta de la obligatoriedad de conformar el CMJ, además de posesionarlo durante aquella vigencia fiscal, pues a la siguiente la Registraduría Nacional del Estado Civil -en adelante RNEC- estaría ocupada; que el presupuesto inicial era de \$20.000.000, pero finalmente el contrato costaría \$180.000.000.

Se invitó además a participar a otras fundaciones, Semiosfera y Gestos Mnemes, las cuales no presentaron propuestas porque participaban en otros proyectos, pero recomendaron a la FSG, sosteniendo que esta última había trabajado con niños y jóvenes. Se admite que la propuesta es viable y se recomienda su contratación, y contrario a lo que sostiene la Fiscalía, para el 7 de septiembre de 2010 se recomendó contratarla, no que estuviera oficialmente seleccionada ni que por ese mismo medio se le hubiera dado a

conocer la aceptación de su propuesta, sin lugar a alegar entonces que se seleccionó sin contar con disponibilidad presupuestal.

Además, podría carecer de trascendencia jurídica, por cuanto el programa sí estaba en el Banco de Proyectos y contaba con apropiación presupuestal que, aunque insuficiente, la administración bien podía apropiar los recursos haciendo los traslados presupuestales que legalmente estaban facultados para hacer, y no se demostró que hicieran alguno ilegal. Además, el citado decreto 777 de 1992 exige el certificado de disponibilidad presupuestal para cuando se vaya celebrar el contrato, no para la selección del contratista. Por lo que para el a quo este componente tampoco quedó suficientemente acreditado.

c) En la fase precontractual no se citó a las veedurías ciudadanas. No se arrimaron pruebas, y adicionalmente no es un requisito extra del contrato.

d) Solo se citó a la FSG para la contratación. Empero, el testigo JUAN FERNANDO ARANGO PIEDRAHITA, averó que en el comité interno de socialización hubo una o dos propuestas más; y en la citada acta de reunión número 4 figura que las otras dos fundaciones invitadas al proceso no podían aceptar pues ya estaban ejecutando otros programas. En consecuencia, no se demostró violación real o efectiva al Principio de Selección Objetiva.

e) El régimen jurídico aplicado no correspondía al objeto del contrato 1159. No se aportó una prueba clara y concreta que demuestre irrefutablemente que el elegido no era el régimen jurídico aplicable (más allá de particulares criterios jurídicos o de interpretación). Otra cosa, es que, para la suscripción del mencionado contrato 1159 no se hubieran cumplido todos los requisitos exigidos por el citado Decreto 777 y sus normas reglamentarias; las cuales, según la Fiscalía, estarían fundadas en que no se tenía disponibilidad presupuestal y que la FSG no tenía idoneidad. Incluso el caudal probatorio sugiere que no se presentaron esas irregularidades y/o que no tuvieron el talante para poner en riesgo efectivo el erario ni el Bien Jurídico de la Administración Pública.

La sola vaguedad o falta de precisión de los conceptos de beneficio, idoneidad y objeto social, sobre los cuales el equipo fiscal de la contraloría funda el hallazgo, acogidos a su vez por la FGN para soportar su pretensión acusatoria es suficiente para impedir un juicio de reproche penal. No se puede alegar probada la violación del principio de planeación, sobre todo, cuando, efectivamente, se cumplió con la finalidad no solo del contrato sino del programa de política pública que generó grandes beneficios para los jóvenes.

f) La FSG no tenía idoneidad ni experiencia para contratar porque era una empresa familiar, cuyo objeto era la atención espiritual a las personas (nada que ver con el objeto del contrato 1159). En el Certificado de Cámara de Comercio consta que desde el 10 agosto de 2010 se adicionó el literal i al objeto social de la FSG: realizar procesos electorales en los diferentes grupos poblacionales como la niñez, jóvenes y mujeres cabeza de familia. Resolución de idoneidad 0002121 del 9 de septiembre de 2010, expedida por el alcalde, Certificado de la Subsecretaría de Cultura de Bello, del 2 octubre de 2008, donde consta que ha realizado acompañamiento a la juventud Bellanita en campañas didácticas, culturales y sociales y ha apoyado proyectos juveniles, artísticos y culturales, y su objeto social es promoción de valores y buenas costumbres en la comunidad juvenil.

Certificado de la Corporación Semiósfera, Certificación de la Corporación Gestos Mnemes, en similar sentido, Certificado de María Josefa Quintero, revisora fiscal, donde informa que la FSG está a paz y salvo en impuestos o tributos; que HAROLD DE J. HINCAPIÉ está autorizado para celebrar contratos hasta por 200 millones de pesos, JUAN ESTEBAN ARBOLEDA JIMÉNEZ, dio cuenta -en su declaración jurada- de cómo fueron contratados para ayudar a redactar la propuesta y que su experiencia teórica y práctica provenía por ser abogados y uno de ellos haber sido consejero de la juventud en Medellín en el periodo anterior, testimonio de MARÍA EDITH LÓPEZ HENAO, informa que fue contratada por la FSG, revisó hojas de vida, así como 6 coordinadores, varios dinamizadores, una persona que les iba a hacer acompañamiento y al señor Omar Corrales, pensionado de la RNEC, recomendado o sugerido por dicha entidad por su experiencia, quien sirvió de asesor.

Según esta deponente la advertencia era que si la FSG no era seleccionada para ejecutar el contrato solo les pagaban ese mes. Ellos trajeron una propuesta y la FSG la acabó de organizar y se presentó a la Secretaría de Bienestar Social, siendo corroborada por JULIÁN FELIPE PINEDA VELÁSQUEZ, agregando que EDITH era el enlace entre el equipo de trabajo y la Secretaría de Bienestar Social. La fundación se arriesgó a contratarlos antes de obtener contrato, para poder ir trabajando la propuesta que ellos necesitaban que aquella aterrizara.

Así mismo por CAROLINA LÓPEZ GÓMEZ, otra de las coordinadoras, quien añade que hubo varias reuniones porque el presupuesto del municipio era precario y ese proceso era costoso, dando a conocer que tenían una sede como a dos cuadras del parque principal del Municipio de Bello; finalmente, por lo averado por CARLOS EDUARDO JUNIOR LÓPEZ ZAMARRA, otro de los coordinadores, quien además señaló que la primera semana de septiembre se reunieron con María Edith López para que les ayudara a presentar la propuesta, la RNEC dijo que solo acompañaría el proceso. Tenía experiencia en el manejo de jóvenes en un partido político.

De manera que para el juez singular lo anterior deja en evidencia que la FSG estatutariamente podía realizar este tipo de actividades, contando con parte de experiencia en un tema que era novedoso (tanto que no había una entidad en ese ni en otro municipio que se dedicara a esto, pues, aunque existía un asociación de pensionados de la RNEC, solo era para asesorar elecciones, no para desarrollar actividades de promoción, difusión y creación de un CMJ; solo de la actividad especial y específica del día de las elecciones en un certamen tradicional); la otra parte de la experiencia y aptitud la logró con la vinculación antes de suscribir el contrato de cuatro jóvenes y en materia electoral con la asesoría de Omar Corrales.

Por otra parte, en cuanto a las facultades para contratar según el objeto social, de las pruebas se infiere que existen dos criterios: Uno que dice que debe estar expresamente referido en los estatutos u objeto social, y otro que asegura que los temas expuestos en estos son solo aproximaciones, pues lo importante es que guarden relación, lo que de por sí ya genera duda sobre la imposibilidad de contratar con dicha fundación, aunado a que

quedó probado que el trabajo socio cultural con jóvenes hace parte del objeto social de la FSG, e, indudablemente, tiene relación con el objeto del mencionado contrato 1159, lo que por contera descarta este apartado de la censura.

g) Hans Wagner Jaramillo radicó oficio en Presupuesto, solicitando disponibilidad presupuestal, elaboró la minuta del contrato y le dio su VB al proceso contractual. En el acta de reunión en la cual se definió el proceso y régimen jurídico contractual, aportado por la Fiscalía, no cuenta con la firma de este procesado y, por el contrario, todo indica que estuvo su delegado, como éste mismo lo manifestó. Aunque el citado abogado admitió que tenía el mismo criterio jurídico de su delegado en aquella reunión, respecto a que el citado Decreto 777 era válidamente aplicable a ese contrato.

h) El contrato se liquidó sin que se hubieran entregado los productos contratados. Con Acta de Liquidación del contrato 1159, por valor de \$180.000.000, firmada por Harold Hincapié, Luz Marina Cardona y Óscar Andrés Pérez. Entre tanto, en sus declaraciones juradas en juicio, tanto María Edith López, como el señor Corrales, los citados coordinadores y varios funcionarios de la Administración Municipal que declararon en juicio, afirmaron que se cumplió el objetivo del contrato, dando cuenta expresa de ello, acreditando capacitaciones en colegios, tomas barriales, material publicitario, planillas de asistencia e inscripción, elecciones, posesión de consejeros, rendiciones periódicas de cuentas, informes de actividades, etc., sin que la Fiscalía haya indicado expresamente cuáles otras actividades contractuales no se cumplieron y menos que las haya demostrado.

Testimonio de MARÍA EDITH LÓPEZ HENAO, dio a conocer que para la difusión del CMJ se realizó una obra de teatro por ocho días consecutivos; cuña y jingle radial y de televisión, en TV NORTE; pasacalles, volantes, tomas barriales, un tablado. Actividades de publicidad que estaban en el ítem de la propuesta, y cuyos costos asumió la FSG. Por lo que esta circunstancia tampoco quedó debidamente probada.

II) FRENTE AL DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN:

a) Las actividades y los productos contratados no se entregaron en su totalidad y aun así se pagaron. La Fiscalía, por parte alguna, indicó expresa y claramente cuál o cuáles productos o actividades contratadas o que hacían parte del objeto del contrato no fueron entregados o realizados por el contratista (FSG), y menos aún lo demostró, arrimando en cambio, Actas de inicio del contrato 1159 de 2010; de su recibo (donde se asevera que el objeto del contrato se ejecutó antes del plazo pactado) y de su liquidación; y de los pagos efectuados al contratista; también arrimó una gran cantidad de actas, órdenes de pago y comprobantes de pago efectuados por dicha fundación (contratista) y relacionados con las actividades propias del citado contrato 1159.

Entonces, no solo allegó comprobantes de pagos y egresos efectuados por la FSG, sino que los mismos no fueron objetados o tachados en forma legal alguna, por lo que allegan credibilidad sobre que muy probablemente hacen parte de los gastos en que incurrió para la ejecución del citado contrato 1159, a lo que se suma que la Fiscalía allega egresos de la FSG por más de \$144.000.000, y las pruebas dan cuenta que la fundación contrató alrededor de 6 o 7 dinamizadores por cada coordinador, a la coordinadora general, al pensionado de la Registraduría, personal de logística, se arrendó la sede para el proyecto y otras actividades publicitarias.

Todo esto, en criterio del a quo imposibilita saber cuál es la diferencia que se presentó entre el valor pagado por el Municipio para la ejecución del contrato 1159 (\$180.000.000) y el invertido por la FSG en la ejecución del mismo, o si no la hubo. Incluso, se arrimaron comprobantes de pagos efectuados por ésta y actas o cuadros de actividades realizadas por los coordinadores y personal de logística en el cumplimiento del convenio. Los empleados dieron cuenta de las actividades promocionales, de elección y posesión de los consejeros.

Y si bien refieren que contaron con el apoyo de funcionarios de la administración, asesoría de la Registraduría, y algunas reuniones las hicieron en la sede de la Secretaría de Bienestar Social del Municipio,

tenían sede propia y todo el andamiaje operativo y liderazgo estuvo asumido por el contratista en cabeza de los coordinadores, de María Edith López (como cabeza visible de la fundación) y de Omar Corrales (para los exclusivos aspectos electorales). En conclusión, no se probó que el contrato no se haya cumplido, ni que lo pagado fuera superior a lo ejecutado.

b) No se hicieron capacitaciones a jurados, testigos y candidatos. Se aportó CD con video con jóvenes hablando del CMJ, estrategias de participación juvenil, gorra y camiseta uno de los candidatos y otro que pide a los jóvenes que asesoren a la administración sobre programas para dicho nicho poblacional.

A su vez los testigos y coordinadores CAROLINA LÓPEZ GÓMEZ (Coordinadora CMJ), CARLOS EDUARDO JUNIOR LÓPEZ ZAMARRA, informaron que efectivamente se capacitaron a aspirantes al CMJ como MABEL LIZETH ACEVEDO HENAO, quien manifestó que acudió dos veces ante EDITH, indicando además los mencionados testigos que los jurados de votación fueron los empleados de la administración municipal, la cual les hizo un acompañamiento; mientras que JUAN FERNANDO ARANGO, empleado de la Secretaría de Bienestar Social, informó que les llegó citación para ser jurados y les correspondió realizar el respectivo conteo, admitiendo que les hicieron una inducción o capacitación, pero no recuerda si fue la Registraduría o la FSG.

En síntesis, considera la primera instancia que estas pruebas demuestran que sí hubo capacitaciones, aun admitiendo no quedó plenamente demostrado que fuera la FSG a través de sus coordinadores quien las realizó, surge como probable o muy probable, y, en todo caso, lo que no demuestran es la hipótesis de la Fiscalía según la cual no se realizaron dichas actividades.

c) No se realizaron visitas a los colegios. Frente a este punto, unos colegios manifestaron que no se realizaron capacitaciones y otros que no hallaron información en los archivos que diera cuenta de las mismas. Algunos coordinadores y dinamizadores informaron sobre las visitas que estuvieron a

su cargo; en ciertos casos alcanzaron el 70% de las instituciones, y de aspirantes que dieron a conocer sus propuestas en dichos espacios, o de rectores que informaron sobre las capacitaciones a los jóvenes, por lo que, si bien no fueron a todos los colegios, estuvieron en varios. De ahí que en criterio del a quo este apartado tampoco quedó suficientemente acreditado.

d) Otras actividades contratadas fueron realizadas por dependencias del Municipio. Al respecto la Fiscalía acopió y arrió al juicio una serie de documentos contentivos de actos administrativos firmados por el alcalde, el asesor jurídico, funcionarios de la RNEC, el secretario general, entre otros; en relación con el proceso aquí ventilado, además de la declaración de ELSA LUCÍA ALZATE HENAO, quien sostiene que apoyaron con un asesor y prestaron cubículos para la elección del CMJ. Igualmente se tiene la de JUAN JOSÉ FRANCO OCHOA, quien adverbó solo asesoró en los comités, pero no realizó ninguna otra actividad.

En cuanto a los actos administrativos, en razón a que el contrato hacia parte del programa de política pública y banco de proyectos fue que se firmaron, a lo que se suma que la Registraduría prestó cubículos y urnas y facilitó un asesor, no la entidad territorial; mientras que la Secretaría de Bienestar Social permitió que María Edith estuviera un tiempo en sus instalaciones, mientras el operador (FSG) conseguía su propia sede, como efectivamente lo hizo.

A esto se reduce el aporte oficial en la ejecución del contrato. No pueden contar válidamente como prueba de que el Municipio realizó parte del objeto del convenio. Existió cooperación armónica entre las entidades tal como lo demanda la Constitución, quedando además en evidencia con la prueba sobre este aspecto la calidad de contrato no conmutativo, sino de asociación o cooperación que tenía el convenio 1159 de 2010, donde una parte pone los recursos y la otra su actividad en la ejecución.

e) Los Actos Administrativos fueron realizados por parte de los empleados del Municipio. El material probatorio reseñado en antelación denota además que cómo no solo era facultad exclusiva y excluyente de la Entidad Pública emitirlos -dada su naturaleza jurídica y el objeto o finalidad

que tenían (desarrollar un programa de política pública), sino que fueron contratistas del operador logístico (Omar Corrales y Juan Esteban Arboleda) quienes asesoraron y, en algunos casos, coadyuvaron en su elaboración, tal como lo dieron a conocer en juicio.

f) El contrato era para iniciar el 1 de octubre de 2010, pero empezó el 1° de septiembre de 2010, actividades que aun hechas por fuera del tiempo del contrato se pagaron. Se arrió Acta de inicio del contrato 1159 de 2010., así como los contratos y declaraciones de los coordinadores que refieren haber iniciado labores el 1° de septiembre de 2010. Resulta lógico y explicable -en este concreto caso- que dicha fundación, a pesar de contar con un patrimonio de constitución exiguo pudiera o se aventurara a contratar cinco personas para que elaboren una propuesta con miras a una contratación estatal ya que los jóvenes la tenían muy adelantada.

Aunque se hubieran realizado algunas actividades como visitas a colegios, a finales de septiembre, antes del 1° de octubre que fue la fecha de la vigencia del contrato, ningún peligro y menos daño concreto al patrimonio público o erario se generaba con ello, pues las mismas tenían que ver expresamente con el objeto de dicho contrato, el cual, para esa fecha, ya había sido adjudicado a la fundación, por lo menos ya había sido seleccionada ya que fue la única que aceptó la invitación.

Pero, sobre todo, la principal problemática que había tenido la contratación y ejecución de ese programa socio-electoral era el tiempo; pues la Procuraduría había requerido al mandatario local por la no implementación de dicho Consejo, y solo había plazo hasta diciembre para hacerlo, aunado a que los jóvenes terminaban el año escolar en noviembre. Se realizaron otras actividades antes del 1° de noviembre que solo demuestra que el contratista estaba siendo diligente, y que ya se les había seleccionado y adjudicado el contrato.

Aunque subsiste la posibilidad, no se probó a ciencia cierta que los honorarios del mes de septiembre de 2010 se hayan pagado con recursos del contrato 1159; aunado a que la misma fiscalía demostró que el primer desembolso de parte del municipio se hizo luego de firmado el contrato 1159.

g) Dicho contrato no era necesario, porque su objeto podía ser ejecutado por alguna de las Secretarías del Municipio. La Registradora Especial de Bello, Dra. ELSA ALZATE DE HENAO, afirmó que esa Entidad no podía realizar esa labor porque la ley, pues por aquel entonces no les había asignado tal función, la defensa aportó prueba documental sobre la reestructuración administrativa efectuada en 2009 (DECRETOS 0000156 y 000157 del 29 de abril, con supresión de varios cargos de la administración municipal. Declaración de MARÍA EUGENIA PALACIO ÁLVAREZ (Secretaría de Salud para esa época), quien asegura que Nora Pérez, en Consejo de Gobierno, les pidió a los secretarios colaborar con personal para la implementación del Consejo Municipal de la Juventud, pero todos se negaron porque no contaban con personal disponible.

La FSG tuvo que contratar muchos empleados, la administración municipal no tenía personal para desarrollar el programa. Y en cuanto a las pólizas, si bien se expedieron el 12 de octubre de 2010, su vigencia era a partir del 1° de octubre de 2010; por lo que estima que tampoco con ello se generó daño alguno al erario.

En conclusión, para la primera instancia lo que quedó demostrado es que Óscar Andrés Pérez y Hans Wagner Jaramillo eran empleados públicos del Municipio de Bello, y Harold Hincapié un particular; que Óscar Andrés, como alcalde era el ordenador del gasto y tenía competencia para celebrar contratos y delegó en los Secretarios la contratación (según Resolución 0001 del 4 de enero de 2010), habiendo firmado el contrato 1159, solo porque Nora Elena (Secretaría de Bienestar Social) se declaró impedida porque su hijo se postuló como Consejero, mientras que Hans Wagner era el abogado asesor jurídico, cuya función era garantizar la legalidad de los actos jurídicos suscritos por el alcalde y le dio el visto bueno a dicho contrato 1159. Que en el Municipio solo existía un Comité Único de Contratación.

Que la FSG era una entidad sin ánimo de lucro, creada desde 2008 y que aún se encuentra vigente. Y que la creación del CMJ era un deber legal de imperioso acatamiento por el Municipio para lo cual solo contaban con plazo hasta el 31 de diciembre de ese año 2010; que había directiva de la PGN

donde se exigencia su conformación, y que este programa del CMJ figuraba en el Banco de Programas y Proyectos y hacía parte de la política pública.

Subsistiendo discusión entre las partes sobre el régimen jurídico aplicable al contrato 1159; la viabilidad de que dicho programa fuera ejecutado por los funcionarios del Municipio, el detrimento patrimonial para éste con la ejecución del citado contrato y la idoneidad de la FSG, de donde surgen los diferentes componentes de la citada teoría del caso de la FGN.

Y aunque la Fiscalía probó que existe un criterio jurídico sobre idoneidad y beneficio en los contratos regidos por el D. 777 de 1992 que sustenta su pretensión acusatoria, y que no se visitaron algunas instituciones educativas, que la administración expidió actos administrativos, y que el primer mes la FSG funcionó desde la Secretaría de Bienestar Social y previo a suscribir el contrato 1159 vinculó varios jóvenes y a María Edith López, ello no es suficiente para demostrar su teoría del caso.

Lo anterior, por cuanto así mismo se probó que existen otros conceptos sobre aquellos temas del D. 777 que contrarían dicha postura; y, por otro lado, no se probó que no se hayan entregado los productos; por el contrario, las referidas pruebas indican que se cumplió con la elección y posesión del CMJ. Tampoco se demostró suficientemente que no se haya capacitado a jurados, testigos y candidatos; ni que el Municipio podía realizar todas esas actividades con su propio personal; tampoco que se hubieran pagado actividades que no se hayan realizado, pues si bien no se visitaron algunos colegios, sí se hizo en otros casos. Menos se acreditó que solo se hubiera invitado a contratar a la FSG; por el contrario, se probó que se invitó a dos corporaciones más, ni se dejó en evidencia que las labores realizadas antes de suscribir el contrato 1159 se pagaran con dineros de éste.

Y aunque es cierto que la FSG no tenía experiencia específica en el tema de elección del Consejo Municipal de Juventud, también lo es que no existía otra entidad que la tuviera (porque la cooperativa de exfuncionarios de la RNEC la tenía, pero para elecciones, no para promover e incentivar la creación de CMJ); además, se asesoró de jóvenes con experiencia en ese proceso, así como de MARÍA EDITH LÓPEZ, quien había trabajado en la

Secretaría de Bienestar Social de Bello en temas de juventud y de OMAR CORRALES experto en temas electorales.

Entonces, para la primera instancia, frente a la fase precontractual, es claro, la auditoría de la Contraloría solo halló como irregularidad lo referente al régimen jurídico aplicable, lo cual ha quedado suficientemente aclarado por el testigo del equipo fiscal que se basó en un concepto errado y alejado del art. 355 de la C. Política por parte del Consejo de Estado, el cual incluso dicha Corporación varió, resultando innegable para la primera instancia que el beneficio fue para la comunidad y no para el ente municipal, ni para el contratista.

Respecto de la idoneidad, también admite el referido deponente que cometieron un error al basarse en una interpretación restrictiva del objeto social que ahora no aplica, porque el Consejo de Estado ha precisado que la actividad a contratar no tiene que estar expresamente consagrada en el objeto social, sino tener relación con lo allí plasmado, que es solo una base o guía de lo que puede ser.

Siendo evidente que una entidad que tiene por objeto social trabajar en programas sociales con la juventud puede según los estatutos analizados realizar un programa como el que implicaba el contrato 1159. Y, en todo caso, no podría afirmarse válidamente que no encaja en tal objeto social. Frente a los demás requisitos del D. 777, la Contraloría concluyó que se cumplieron a satisfacción y así lo reiteró en juicio el citado profesional.

De allí, que se enfatice en aquellas circunstancias de tiempo, de exigencias de la Procuraduría y de falta de personal que rodearon la celebración del contrato 1159, como necesarias para la satisfacción del interés público - dadas esas especiales circunstancias jurídico-fácticas que los apremiaban- y que, en todo caso, allegan válidas y legítimas justificaciones a la suscripción del contrato y al régimen aplicado; pero, además, porque, como viene de verse no se demostró, o al menos no suficientemente, alguna afectación clara al erario ni la lesividad efectiva con dicho accionar, a lo que se suma que la fase de ejecución no hace parte de los elementos del tipo

penal del art. 410 del C. Penal, y la de liquidación no se exige para los contratos celebrados bajo el régimen especial del Decreto 777.

Empero, en todo caso, como puede corroborarse párrafos atrás, se aportaron pruebas documentales y testimoniales que dan cuenta de haberse realizado esta fase y de haberse cumplido a satisfacción el objeto del contrato y entregado los productos y servicios convenidos, de manera que para el juez de instancia no solo el informe fiscal -aducido como prueba y que sustenta en gran parte el reproche penal de la Fiscalía- presenta las falencias procesales ya referidas, sino que, en su declaración en juicio, su redactor y líder del equipo fiscal dio cuenta de los yerros en que se basaron para concluir que hubo los referidos hallazgos; pero, también, las restantes pruebas antes que corroborar aquellos reproches lo que hacen es –como mínimo- generar duda sobre la existencia de omisiones o irregularidades en la celebración del contrato o en el destino final del dinero, sin que tampoco haya quedado suficientemente acreditados los principios de la contratación afectados y la forma en que lo fueron.

Aunque no deja de reconocer la judicatura de primer grado que existe la probabilidad que la norma aplicable al citado contrato 1159 no fuera la correcta, pues se dan varias interpretaciones plausibles al respecto; también, que hubiera habido apropiación de dineros, porque, ciertamente, la parte defensiva no justificó concreta y claramente en qué invirtió el total de ese pago, más allá de justificar que asumió una gran cantidad de actividades logísticas, el pago de bienes y servicios, entre otros, en la ejecución de dicho contrato, esto no se probó más allá de toda duda, estimando en síntesis que la FGN no probó su teoría del caso y en consecuencia se emite fallo absolutorio por duda probatoria, más no por atipicidad objetiva y subjetiva de la conducta como lo reclama la defensa.

Tesis esta frente a la que responde no hay lugar a predicar falencias en cuanto a la formulación de los hechos jurídicamente relevantes de parte del ente acusador, ya que del contexto del escenario jurídico-fáctico presentado por la delegada fiscal pueden inferirse fácil y suficientemente los aspectos basilares del reproche fáctico y jurídico; y en cuanto a la elección del régimen jurídico aplicable, la idoneidad de la FSG y el cumplimiento del objeto del

contrato, itera, podría caber la posibilidad jurídica que dicho contrato sí debiera haberse regido por la normatividad general (L, 80) y no por la especial (D. 777), empero, dada la ambigüedad o poca precisión de las redacciones y estructuras gramaticales de las normas jurídicas en comento necesariamente se concluye que la selección de uno u otro régimen, en un gran porcentaje de oportunidades, quedaría supeditado al criterio jurídico de quien debe tomar la decisión.

Y en cuanto a que el dinero pagado por el contrato dada la insuficiencia de personal de planta del Municipio, estima que la Fiscalía no probó el valor de lo presuntamente pagado de más por la administración en dicho contrato, también lo es, que la defensa no acreditó suficiente ni eficientemente que tales dineros se utilizaran expresa y exclusivamente en la ejecución del contrato y menos aún, que lo eran en las cantidades necesarias y para aspectos esenciales de aquel.

En definitiva, que estos aspectos de la tesis de la defensa (que el dinero pagado por el contrato era el necesario para su ejecución y que esa era la modalidad única y válida) no quedaron probados en un caso y, en el otro, no lo suficientemente.

DE LA APELACIÓN

LA DELEGADA DE LA FISCALÍA. Siguiendo el mismo orden metodológico adoptado por la primera instancia formula los siguientes cuestionamientos:

i) FRENTE AL DELITO DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES:

a) No hubo análisis técnico ni económico de su valor. Discrepa del argumento esbozado por el a quo frente a este apartado, como quiera que el certificado CISE 4248412 introducido como prueba documental se refiere a una consulta de precios realizada por la señora NORA PÉREZ el 14 de agosto de 2009, esto es, pertenecen a un contrato distinto al 1159 empleado en éste para justificar el requisito que se echa de menos; tal como se demostró con

prueba documental y testimonial, el contrato 1159 inició su gestión en septiembre de 2010.

En el Estudio de Conveniencia y Oportunidad se encuentra plasmada la justificación desde la normativa constitucional, legal, directivas, objetivos generales y específicos, actividades a realizar, productos a entregar, pero no contiene la justificación económica. En la fase preliminar del contrato como era el deber, se omitió indicar con precisión las variables consideradas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de los costos para la entidad asociados a la realización del proceso de selección y la ejecución del contrato. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos.

Agregando que al revisar el cuadro ANEXO 1 del Estudio de Conveniencia y oportunidad la Administración Municipal elaboró el cuadro CLASIFICADOR DEL GASTO, contemplando criterios de: TALENTO HUMANO, ALIMENTACION, RECURSOS LOGISTICOS, KITS MATERIALES, COMUNICACIONES, OTROS, EQUIPOS, sin valores; tampoco se fijaron cantidades ni precios unitarios ni totales, preguntándose de dónde entonces la administración local concluyó que el contrato costaba 180.000.000, como lo señaló en el Estudio de Conveniencia y oportunidad, ítem 5. PRESUPUESTO OFICIAL.

El señor Juez especula que la suma pudo provenir de una adición. El punto no es ese, sino la ausencia del análisis económico que explique por qué el contrato ascendía a \$180.000.000, y en cuanto al acta del Comité de Contratación número 19, del 15 de septiembre de 2010, no se entiende cuál es la relación con el cargo que la primera instancia desecha, pues en ese documento se reiteró el precio del contrato, más no los valores que lo soportan; y por último, en lo que hace al testimonio de JUAN FERNANDO ARANGO, considera que el Juez omitió argumentar de qué forma esta declaración confirma que se hizo el análisis técnico y económico del contrato 1159 puesto que las respuestas del declarante se orientaron a esclarecer como se había elaborado el Estudio de Conveniencia y Oportunidad, no hizo aporte alguno respecto al análisis económico del referido contrato.

b) La selección del oferente se hizo antes que el Municipio contara con la disponibilidad presupuestal. Frente a lo cual el a quo arguye que las pruebas ofrecidas por la Fiscalía demuestran lo contrario. Entre ellas, el Acta de reunión número 4 del Comité de Contratación Interno, calendada el 7 de septiembre de 2010. Si bien en aquella reunión se analizó la única propuesta presentada en este caso por parte de la FSG, y se lee en dicha acta que el Comité recomendó a la autoridad ordenadora del gasto la contratación, lo que no es cierto es que aquella no estuviese oficialmente seleccionada y menos que no se le hubiera dado a conocer su designación: en la misma acta, en el ítem COMPROMISOS la profesional universitaria Luz Marina Cardona quedó encargada de elaborar un oficio para notificar al señor Harold Hincapié Rivera, para proceder a relacionar toda la documentación exigida según el estudio de conveniencia y oportunidad, y en oficio de septiembre de 2010 -no se precisa el día de elaboración- la secretaria de Bienestar Social le comunicó al representante legal de la Fundación que su propuesta era viable y ajustada a los requerimientos del estudio de conveniencia y oportunidad, invitándolo a seguir con los procedimientos para legalizar el contrato.

Dos días después de la reunión, es decir el 9 de septiembre de 2020 a través de oficio, la Secretaria de Bienestar e Integración Social solicitó al Asesor Jurídico HANS WAGNER JARAMILLO la elaboración de la minuta de contrato a celebrarse con la FSG, estimando la inconforme que tan seleccionada estaba la referida fundación que el 1° de septiembre su representante legal HAROLD HINCAPIE RIVERA firmó 7 contratos de prestación de servicios para participar en el proceso de elección de los C.M.J. del Municipio de Bello.

De otro lado, en cuanto a que el contrato 1159 contaba con disponibilidad presupuestal por estar inscrito en el Banco de Proyecto, y que si bien era insuficiente se podían apropiar recursos haciendo traslados presupuestales que legalmente estaban facultados para realizar, responde que la fundación según indicaron los contratistas en sus informes inició actividades el 1° de septiembre de 2010, no obstante previo a su selección se elaboró el estudio de conveniencia y oportunidad, se le invitó a participar, presentó su propuesta y la selección del oferente se produjo el 7 de septiembre de ese año, mientras que el CDP 2066 por \$140.000.000, 207615 por \$20.000.000, y 208316 por

\$20.000.000, fueron aprobados en su orden el 2 y 9 de septiembre de la referida anualidad, significando lo anterior que el trámite contractual se inició sin contar con la disponibilidad de los recursos.

Ahora, el contrato 1159 se inscribió en la Política Pública Para La Mujer, Infancia y La Población Afrobellanita, la cual se encuentra determinada mediante Acuerdo Municipal 029 de 2008 y reglamentado mediante Resolución 2111/08, a la que en términos económicos y para su desarrollo se le asignan cuantiosos recursos \$336.000.000, cuya financiación se haría parte con recursos propios y parte con recursos del departamento, tal como consta en el certificado de Registro y Seguimiento número 38 de febrero 10 de 2010.

El hecho de que el contrato 1159 se hubiese celebrado en el marco de la política pública, no significa, per se, que cuente con disponibilidad presupuestal como lo entiende la judicatura. El certificado de Registro y Seguimiento fija una suma de dinero para el desarrollo de una Política Pública, los contratos que se ejecuten en cumplimiento de ésta deben someterse a las reglas de existencia de disponibilidad presupuesta, por lo que bajo la lógica que plantea la decisión recurrida ningún contrato estatal requeriría certificados de disponibilidad presupuestal como requisito esencial para su procedencia, bastando que estén sujetos o se celebren en el marco de una política pública destinada a cumplir el plan de desarrollo.

Discrepa igualmente la censora de la hermenéutica del funcionario según la cual el D. 777 de 1992 no exige el certificado de disponibilidad presupuestal en la fase previa de trámite en el que se enmarca la selección del contratista, sino cuando se formaliza el convenio para darle nacimiento a la vida jurídica, desconociendo que la contratación estatal se realiza en fases: trámite, celebración, ejecución y liquidación, siendo lógico concluir que la expedición del CDP al que alude la norma ANTES DE LA CELEBRACIÓN, corresponde a la fase de trámite, cosa distinta si el canon exigiera por ejemplo que el CDP se requiere PARA LA CELEBRACIÓN. Los actos previos a la celebración del contrato están relacionados con la competencia y autorización del funcionario público para celebrar tales negocios, y principalmente con la existencia de un rubro presupuestal para luego formalizarlo.

La existencia de la correspondiente partida presupuestal se erige en requisito esencial, pues las entidades estatales sólo pueden abrir licitaciones o concursos e iniciar procesos de suscripción de contratos cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales, requerimiento previo a cualquier contrato, destacando la jurisprudencia especializada frente a los convenios bajo la modalidad del D. 777/92 que la disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal son requisitos previos y posterior a su celebración, quedando claro que la intención del constituyente, en últimas, se perfila a que los recursos públicos que pueden comprometerse en los contratos autorizados por el art. 355 de la Carta Política son exclusivamente de naturaleza dineraria, pues a éstos corresponden las fuentes de ingresos relacionadas en la ley orgánica del presupuesto cuando desarrolla las normas constitucionales referentes al presupuesto de rentas.

c) Solo se citó a la FSG para la contratación. *Responde que la única invitación que la Secretaría hizo fue la FSG, oficio de setiembre de 2010, sin indicar día, aunado a que el testigo ARANGO mencionó que en la reunión se informó sobre las invitaciones, más no que las hubiera visto, o que se dejó constancia en el acta de dos recomendaciones, expedidas el 3 y 8 de septiembre, por las otras fundaciones, la última un día después de la reunión, sumado a certificación expedida por la Casa de la Cultura y Resolución de idoneidad emitida por el entonces alcalde con el visto bueno de su Asesor Jurídico HANS WAGNER JARAMILLO el 9 de septiembre de 2010, dos días después del comité, dejando en evidencia el amaño en la selección de la FSG, ergo la violación del principio de selección objetiva,*

A lo que se suma la falta de precisión en la elaboración de documentos en la etapa previa y como indicio de irregular selección. A saber, estudio de conveniencia y oportunidad, oficio invitando a la FSG, oficio de aceptación de propuesta, autorización al representante de esta para firmar contratos hasta por \$200.000.000, visto bueno para contratar de la Secretaría de Bienestar Social y Secretario General, en oposición a otros. O que MARIA NOHEMI SALDARRIAGA HENAO, profesional de la Secretaría de Bienestar Social e interventora del contrato 1159 figurase como miembro fundador de la FSG, como lo demuestra el Acta Extraordinaria número 4 de la respectiva junta, pero

debido a su pertenencia a la fundación se abstuvo de asumir la interventoría y en su lugar se designó a LUZ MARINA CARDONA PEREZ.

d) El régimen jurídico aplicado no correspondía al objeto del contrato 1159. En primer lugar, se tiene que el informe de contraloría que invoca como "única prueba" de la Fiscalía para la demostración de este punto sirvió como base para la apertura de la investigación, segundo porque el cargo sobre la inaplicabilidad del régimen jurídico especial en el contrato del CMJ, como elemento que demuestra el aspecto objetivo del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales partió de la comparación de la conducta imputada con el tipo penal complementado., perteneciendo la tipología contractual que aquí se debate al régimen de contratos especiales es, precisamente, el convenio de interés público de que trata el art. 355 inc. 2° de la Constitución, desarrollado en el D. 777 de 1992 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993.

Y frente a los requisitos que se exigen, concluye la impugnante que si bien la FSG es una persona jurídica sin ánimo de lucro, constituida en el año 2008, y figura que el 10 de agosto de 2010 se adicionó a su objeto social el de realizar procesos electorales en los diferentes grupos poblacionales como la niñez, jóvenes y mujeres cabeza de familia, a lo que se suma que el a quo en una postura algo contradictoria asegura que si bien el objeto social de la fundación era de prestar asistencia espiritual a la comunidad, este se encuentra relacionado indirectamente con el objeto del contrato 1159.

A este respecto se tiene que uno de los criterios para determinar la idoneidad es el objeto social el cual debe ser preciso y relacionarse directamente con el objeto del contrato para que una ESAL pueda contratar con el Estado, y pese a que el coautor del informe que dio pábulo a esta investigación, ELKIN MONTROYA, se retractó en juicio del contenido del documento público, la jurisprudencia es clara en cuanto a que no basta con la posibilidad de hacerlo, se debe complementar con experiencia específica en el desarrollo del objeto convenido con resultados satisfactorios que acrediten capacidad técnica y administrativa.

Es decir, idoneidad más trayectoria, según sentencia del Consejo de Estado 2012-00490 de 2018, y ninguno de los objetivos específicos o actividades para cumplir el objeto social de la FSG hace alusión a procesos electorales, mientras que los socios fundadores ajustaron y reformaron el objeto social en agosto de 2010, empero la adición para ampliar este se registró en la respectiva Cámara de Comercio el 30 de septiembre de 2010, por lo que para la fecha en que se inició el trámite del contrato 1159 de 2010 y se expidió la resolución de idoneidad el 9 de septiembre de 2010, el objeto social de la FSG no incluía la realización de certámenes electorales. El requisito es previo al trámite contractual no concomitante ni posterior a lo que se suma el exiguo capital con el que contaba, \$300.000, para acometer un contrato de \$180.000.000, y que carecía de experiencia manejando recursos públicos, pues dicha persona jurídica no había contratado con entes estatales.

Confundiendo el juez el objeto social con el grupo poblacional al que estaba dirigido el accionar de la FSG, entre otros, el de jóvenes; las demás actividades que se dice que desarrollaba con estos no incluían la experiencia en procesos electorales, pues si fuera así no hubiera tenido la necesidad de ampliar su objeto social; no bastaba con estar autorizada, debía contar con experiencia específica para el desarrollo del objeto convenido, lo que incluso quedó como exigencia expresa en el estudio de conveniencia y oportunidad, en tanto los testigos mencionados por el a quo, JUAN FERNANDO ARANGO y MARIA EDITH LÓPEZ, funcionarios de la Alcaldía de Bello desde antes del 2010, informaron que conocían la FSG como centro religioso, como grupo de oración; tampoco los contratistas contaban con dicha experiencia, así se desprende de sus declaraciones.

La única aproximación con el proceso electoral la tenía JUAN ESTEBAN ARBOLEDA, elegido como consejero municipal de juventud por Medellín. Se confunde la idoneidad de la persona jurídica FSG con la experiencia de las personas naturales que ni siquiera formaban parte de la FSG y fueron vinculadas posteriormente. Y en todo caso existían cooperativas como la de pensionados de la RNEC que entre otros ofrece asesoría en temas electorales.

Tanto OMAR CORRALES como JUAN JOSE FRANCO OCHOA, ex funcionarios de la Registraduría, concedores del tema, de manera explícita

concordaron en la falta de experiencia del grupo que adelantó el proceso de conformación del CMJ, aunado a que la exigencia de un requisito esencial no puede soslayarse so pretexto de la novedad del tema, en todo caso el proceso debe ajustarse a los principios de la contratación que obliga a la administración al análisis del contexto, de las condiciones; bien pudo la administración realizar el contrato bajo un régimen distinto que le permitía contratar con organizaciones con ánimo de lucro, que no exigiese la idoneidad como factor de selección la naturaleza de las necesidades para luego señalar la tipología contractual, y en todo caso, por la naturaleza de los contratos regidos por el Decreto el contrato 1159 no podía celebrarse bajo el régimen especial.

En lo que respecta al requisito de la contratación con la ESAL debe ser el de impulsar programas y actividades de interés público acorde con el plan de desarrollo y la asignación de recursos; sostiene que el punto de discusión está en que la conformación del CMJ en Bello era una obligación legal atribuida al Alcalde y en ese sentido no podía contratar con una ESAL porque los dineros que a esas organizaciones entrega el Estado son para impulsar actividades propias del objeto social de las ESAL. Lo que no se puede es entregar dineros para cumplir con funciones que le son propias al ente estatal, que genere una contraprestación, en otras palabras, que genere obligaciones recíprocas.

Acudiendo a glosas jurisprudenciales, la censora concluye que el contrato 1159 de 2010 es conmutativo, pues cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que a su vez se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer. La erogación que hizo la alcaldía de Bello de los \$180.000.00 no formaba parte de la actividad benéfica o de fomento del municipio, no se hizo para ayudarle a la FSG a que cumpliera con su objeto social, el proceso de conformación del CMJ era una obligación propia, insoslayable de la alcaldía, no solo de impulso sino de ejecución. Bastando leer las cláusulas del contrato para evidenciar obligaciones recíprocas.

No se trató de un contrato de asociación en el que la alcaldía unió fuerzas con la FSG, el cual se rigen por régimen especial, arguyendo contradictoriamente la judicatura de primer grado que debido a circunstancia jurídico fácticas que rodearon la contratación podía hacerse sin que la situación genere

irregularidad; más en la directiva del 2 de febrero del 2010 la PGN, insta a los alcaldes a adelantar los procesos electorales en relación con los CMJ, según ley de juventudes, más no impuso plazos perentorios como lo sostiene el a quo, y si ello fue así, por qué se esperó hasta septiembre para iniciar todo lo relacionado con dicho proceso.

Tenía claro la administración que la modalidad de contratación era la selección abreviada, que fue el factor tiempo el que condicionó la realización del contrato bajo el decreto 777 y los compromisos electorales de la Registraduría, entidad que prestó una tangencial asesoría al proceso del CMJ -declaración de JUAN JOSE FRANCO y ELSA LUCIA ALZATE-, significando con ello que el proceso no estaba supeditado a la participación activa de la RNEC, se hacía con o sin el apoyo de dicha entidad.

Pero también tenía claro que el proceso debía adelantarse antes del 15 de noviembre sin embargo se suscribió el contrato por tres meses, contados a partir de la fecha del acta de inicio pese a que conocía que los colegios terminaban jornada escolar el 15 de noviembre y que conforme la expedición del decreto 646 de 2010, se había señalado fecha para la celebración de las elecciones el 7 de noviembre. El conocimiento de antemano se refleja en la terminación anticipada del proceso, agregando en punto de la no demostración de detrimento del erario, que el bien jurídico de la administración pública no se restringe a dicho aspecto, y lo que se protege es la incorrección en el proceso contractual, la violación de los principios de la contratación pública la moralidad pública, frente a los cuales se ha señalado su violación en concreto tal como lo exige la jurisprudencia.

e) Hans Wagner Jaramillo radicó oficio en Presupuesto, solicitando disponibilidad presupuestal. Sencillamente se desconoce el caudal probatorio incorporado, la acreditación de las funciones de dicho asesor jurídico y testimonios que dieron cuenta que la selección del régimen jurídico de la contratación la realiza este, y su propio dicho mencionando como una de sus funciones el ser responsable de todos los procesos contractuales y en especial todo lo concerniente a la etapa precontractual.

f) El contrato se liquidó sin que se hubieran entregado los productos contratados. La censora se remite al análisis que sobre dicho apartado realiza en punto del delito de peculado por apropiación.

II) EN RELACIÓN CON EL DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN:

a) Las actividades y los productos contratados no se entregaron en su totalidad y aun así se pagaron. Responde que el valor de la propuesta de la FSG fue por \$180.000.000, discriminados así: equipo de trabajo \$80.000.000, material publicitario: \$47.000.000, recursos logísticos: \$40.960.000, materiales e implementos: \$8.500.000, alimentación: \$3.500.000.

Más lo demostrado fue: \$33.000.000 en honorarios, rubro inferior al de la propuesta -\$80.000.000-; frente a lo cual MARIA EDITH LOPEZ en su declaración dijo que era la encargada de pagar los salarios, así lo confirmaron los contratistas testigos, pero esos dineros formaban parte de los \$180.000.000, ella así lo señaló que el señor CORRALES hubiese informado que no sabía de dónde provenía su pago es muy distinto a sostener que la plata no era de la alcaldía.

El Acta de pago 7 presentada como soporte del pago no se ajusta a los requerimientos señalados en el contrato. En el cuadro Actividades, se reporta sin ninguna especificación: actividades realizadas en el mes de noviembre. Se realizó un anticipo por \$72.000.000 del 4 de octubre de 2010, discriminados finalmente así: Estampillas \$5.400.000, HONORARIOS GRUPOS DE TRABAJO \$20.000.000; PUBLICIDAD \$36.600.000 y LOGÍSTICA \$10.000.000, total \$72.000.000. Cuya orden de pago fue expedida por el alcalde ÓSCAR ANDRÉS PÉREZ el 5 de octubre.

Sin embargo, los recibos de pago de los contratistas y de egreso de la FSG71 dan cuenta que les fue pagada a cada uno la suma de \$1.500.000 por actividades realizadas entre el 1° de septiembre y el 1° de octubre de 2010. Aproximadamente 7.500.000 frente a los \$20.000.000 señalados en el anticipo del mes, mientras que el pago de estampillas por valor de \$ 5.400.000, no se hizo con dinero del anticipo sino en fecha posterior, 8 de noviembre de 2010.

El 4 de noviembre de 2010, el alcalde ÓSCAR ANDRÉS PÉREZ expidió orden de pago 73 en favor de HAROLD HINCAPIE RIVERA, quien presentó cuenta de cobro acompañada de la factura cambiaria No.1846 del 4 de noviembre de 2010, por valor de \$36.000.000; no obstante, el Acta de pago 75 presentada como soporte del mismo no se ajusta a los requerimientos señalados en el contrato. En el cuadro denominado actividades, se reporta sin ninguna especificación aquellas que se dicen realizadas en el mes de noviembre, aunado a que estas, tal como consta en la declaración de CAROLINA CARVAJAL y en el informe de actividades por ella presentado, se realizaron en septiembre, antes de la firma del contrato.

Igualmente, el señor ÓSCAR PÉREZ en su calidad de alcalde ordenó el 6 de diciembre un segundo pago, basado en factura cambiaria 186078 y en cuenta de cobro 79 presentada por HAROLD HINCAPIE RIVERA el 4 y 6 de diciembre, respectivamente por valor de \$36.000.000. Objeto: pago nomina mes de diciembre: \$8.500.000. En el acta de recibo de contrato este finalizó el 1° de diciembre.

Pago Eventos, Publicidad y otro \$27.500.000, cuestionando la letrada cómo se pagó publicidad después de celebradas las elecciones, a lo que se sumaría que en el acta de pago se lee inscripción de votantes y candidatos, cuando lo primero fue hasta el 30 de septiembre y lo último se cerró el 8 de octubre; se dice que se elaboró material para las elecciones, pero la RNEC informó que suministró los formularios para las elecciones; se capacitó candidatos, incluso una de las aspirantes afirma que esto último no fue así.

Un tercer pago, se realizó por el prenombrado alcalde el 15 de diciembre de 2010, con la presentación de la Factura cambiaria 1948 del 12 de diciembre por valor de \$36.000.000, discriminando el objeto del pago: PAGO EVENTOS PUBLICIDAD, PAPELERÍA COMUNICACIONES Y OTROS. \$36.000.000 y cuenta de cobro del 15 de diciembre por valor de \$36.000.000, correspondiente al pago del segundo mes, según la cláusula tercera del contrato. Pago que se hizo en la orden de pago del 6 de diciembre.

En fin, que los informes de actividades presentados por los contratistas para el pago que soportan las actas de pago presentan serias inconsistencias; por ejemplo, el de CARLOS JUNIOR ZAMARRA del mes de noviembre que escribió como actividad: 8 y 9 de noviembre acompañamiento a escrutinios: el comité

escrutador señaló en el acta que los escrutinios se terminaron el 8 a las 430 de la tarde. Igual en los informes de ADRIANA PATRICIA VELAZQUEZ que acreditó en su informe que el 7 de noviembre estuvo en la elección y en testimonio manifestó lo contrario, también consta en el informe que los días 8, 9, 10, acompañó los escrutinios con la salvedad que se hizo anteriormente.

b) No se hicieron capacitaciones a jurados, testigos y candidatos. El video al que se refiere el a quo para soportar este punto, en realidad no corresponde a una capacitación como se advirtió en su presentación, es un debate que se realizó en la rotonda Marco Fidel Suarez el 30 de septiembre de 2010 con los candidatos inscritos al CMJ, Es decir, antes de la celebración del contrato, ya estaban incluso inscritos los candidatos.

Además, cuando transcribe apartes de las declaraciones en este punto, confunde las visitas a los colegios realizadas por los candidatos –MABEL LICETH- con las capacitaciones pactadas en el contrato 1159. OMAR CORRALES, contratado para asesorar el proceso electoral fue enfático en manifestar que no realizó ningún tipo de capacitación.

b) no hubo capacitación a los colegios. Los testigos contratistas adujeron que visitaron algunos colegios, otros que todos; la Fiscalía solo encontró prueba de una visita, y no repara el juez en que los rectores de las instituciones arguyeron que de todo se dejaba constancia en los archivos, por ende, estima la apelante que si las visitas no figuran allí es porque en realidad no se realizaron.

c) Otras actividades contratadas fueron realizadas por dependencias del Municipio. Se contrataron como parte del convenio. Si se trató de colaboración armónica no debió pactarse y menos pagarse por ello.

d) El contrato era para iniciar el 1° de octubre de 2010, pero empezó el 1° de septiembre de 2010; actividades que aun realizadas por fuera del tiempo del contrato se pagaron. No se comprende por qué el señor Juez cuando analizó el contrato sin cumplimiento de requisitos legales mencionó que el Comité de Contratación solo RECOMENDÓ a la FSG y que eso no podía entenderse como selección, sin embargo, para la conclusión

presente alude una valoración abiertamente opuesta. Tampoco se entiende si los jóvenes tenían una propuesta de CMJ para presentarla a la Alcaldía de Bello, cuál era la propuesta si la conformación del CMJ es de creación legal y las bases del mismo se plasman en el Estudio de Conveniencia y Oportunidad, documento en el que los contratistas declararon no tuvieron participación.

Resulta poco creíble que siendo estos jóvenes los posteriores contratistas de quienes el señor Juez reputó tenían la experiencia en materia electoral y política, acudieran a una Fundación dedicada a la evangelización, que además informaron que no conocían. Más extraño, que el señor Juez se refiera a MARÍA EDITH como parte de la FSG; no era así, ella fue contratada junto con los restantes jóvenes, y en su testimonio dio a conocer cuál había sido su aproximación con dicha Fundación.

La lacónica propuesta presentada por la FSG es un copie y pegue de algunos puntos del Estudio de Conveniencia y Oportunidad a los que sumó unos valores o precios frente a algunos ítems, preguntándose en dónde está la complejidad esbozada por los testigos. De otra parte, si se observan los informes correspondientes a actividades del mes de septiembre presentados por algunos contratistas, queda claro que los primeros días del mes se dedicaron a capacitar el grupo, nada se dijo de elaboración de propuesta, a lo que se suma que resulta difícil de creer que una entidad con un capital de \$300.000 se arriesgue a pagar casi cinco millones de pesos por una mera expectativa de contratación, además de asumir gastos en publicidad, etcétera.

e) Dicho contrato no era necesario, porque su objeto podía ser ejecutado por alguna de las Secretarías del Municipio. Partiendo del hecho claro de que el proceso de conformación del CMJ se inició en el año 2010, surge prístino que las modificaciones de planta de la administración municipal de Bello se hicieron un año antes, es decir, que el Decreto 0664 se emitió en un contexto conocido de un año atrás. Y que según el referido Decreto las actividades contratadas con la FSG estaban designadas a cada secretaría según su competencia; inclusive la RNEC apoyaría. Es más, OMAR CORRALES en su declaración manifestó que las alcaldías pueden

llevar a cabo sus propios procesos de elección del CMJ sin necesidad de contratar, y que hay municipios que lo han hecho así.

f) Se autorizaron pagos sin haber cumplido las exigencias del contrato.

Se remite a lo ya analizado más arriba al respecto. En términos generales y contrario a lo que sostiene el a quo, la Fiscalía demostró probatoriamente la participación de los agentes en cada escenario del proceso. Así, tramite: la selección del régimen contractual por el Asesor Jurídico, la firma de la resolución de idoneidad por el Alcalde y el Asesor Jurídico, la firma del contrato en la celebración, la firma del acta de recibo y liquidación por el Alcalde, las órdenes de pago emitidas por este en el delito de peculado.

Estas, grosso modo, las razones por la que la delegada solicita que se revoque el fallo apelado y se emita primer fallo de condena en contra de los tres inculpados, y en los términos de la acusación.

LA REPRESENTANTE DE LA SOCIEDAD por su parte considera que del análisis de los componentes del Estudio de Conveniencia y Oportunidad quedó claro que la pretensión del Municipio para septiembre de 2010 era la conformación y elección del CMJ en obediencia a la Ley de Juventudes, (375/97), del Decreto 089 de 2000 por el cual se reglamenta la organización y el funcionamiento de los CMJ y la directiva de la Procuraduría General de la Nación (002/2000) al respecto.

Y que siendo esa una gestión propia del ente territorial por mandato legal del art. 22 del D. 089 de 2000, este no estaba legitimado para entregarle a un particular el desarrollo de dicho programa, pues se trata de una gestión que requiere la expedición de órdenes y de actos administrativos para revestir de legalidad el proceso.

En su criterio no se trata de considerar como lo hizo el a quo, en cuanto a la elección del régimen jurídico aplicable, que existe variedad de criterios, al menos dos, y ambos plausibles; menos aún, optar por el camino de la duda, ante la incertidumbre que le genera al juzgador determinar cuál hubiera sido el procedimiento contractual a escoger por parte de los acusados, pues el asunto debe ir más allá, pasando por el análisis del art. 355 de la Constitución

Política y los Decretos 777 de 1992 y el que lo modifica, 1403 del mismo año, así como por el análisis del Estatuto General de la Contratación o Ley 80 del 93, obviamente en armonía con la prueba recaudada en el juicio oral, los argumentos de las partes, y los principios que rigen la contratación estatal, en aras de definir si la administración municipal podía realizar el convenio o contrato en la forma que se lo propuso.

Sostiene la censora que de haberse planificado en debida forma la gestión a realizar, el señor alcalde y su asesor jurídico tendrían que haber arribado a la conclusión de que no podían contratar toda la gestión que se concentró en la cláusula primera del contrato 1159, de conformidad con las condiciones señaladas es el estudio de conveniencia y oportunidad y la propuesta, las cuales hacen parte integral de este contrato. Pese a la delegación en el municipio el alcalde y su asesor jurídico no se desligaron de la responsabilidad frente a esa gestión, menos aún respecto de una contratación de la naturaleza propuesta, según se puede observar en los documentos firmados o con el visto bueno de estos.

En este orden, sostiene que a una fundación sin ánimo de lucro no se le puede encargar, bajo la figura de un convenio de interés público, adelantar toda la gestión que implicaba un proceso electoral de la naturaleza del aquí ventilado.

En síntesis, las actividades a realizar por parte del contratista se reducen precisamente a prestar servicio de asesoría y difusión (propaganda) para el proceso electoral y efectuar el suministro de unos bienes o insumos que harían parte de la logística del evento. Bienes y servicios que debían obtenerse mediante el régimen general de contratación (Ley 80) y no mediante un régimen excepcional como el previsto en el Decreto 777, los convenios de interés público previstos en el inciso segundo del art. 355 de la Constitución Política y los decretos que lo desarrollan (777 de 1992 y 1403 de 1992); servicios e insumos que por lo demás la FSG ni siquiera estaba en capacidad de ofrecer por lo que se vio en la necesidad de acudir a la figura de la subcontratación.

Asuntos estos que fácilmente podía desarrollar cualquier persona natural o jurídica con ánimo de lucro, cumpliendo únicamente funciones de operador

logístico según las instrucciones de parte de la entidad pública, actividades por las cuales la Fundación recibió varios pagos como contraprestación entre octubre y diciembre de 2010, que sumaron \$180.000.000, sin que entre en discusión que el desarrollo de dicho programa fuera de interés público, beneficiaba a la juventud bellanita y estaba contenido en el plan decenal de desarrollo local.

Sin embargo, no se tuvo en cuenta que dicha gestión es una actividad propia de la administración municipal, que se corresponde con una función pública asignada por la ley tanto a los entes del orden nacional, como seccional y municipal; que demanda potestades públicas o ejercicio de la autoridad inherente al Estado, en tanto exigía la expedición de actos unilaterales, para definir situaciones o aspectos propios del proceso electoral, que afectaban a terceros o implicaban incluso la imposición coercitiva de una orden a algunos servidores de la administración, así como directrices o directivas que desde la Secretaria de Educación se hizo a los rectores de las Instituciones Educativas para que apoyaran el programa de capacitación que impartirían los dinamizadores.

Las funciones administrativas que tenía a cargo el municipio no podían ser dejadas en manos de particulares, bajo el ropaje de que se trata de una actividad que beneficia a la comunidad en general y de manera particular al sector joven de la población, como sujetos de especial protección constitucional, dando lugar a causa final o causa lícita, con lo cual el proceso electoral hubiera perdido todo sustento jurídico. De ahí que durante la ejecución del contrato el municipio hubiera continuado con el control del proceso electoral, expidiendo para el efecto todos los acuerdos y decretos que se requerían para darle legalidad al trámite, buscando el apoyo de la Registraduría del Estado Civil, apoyo que no hubiera podido exigir la Fundación como simple operadora logística.

Estas reflexiones explican porque dentro del texto del contrato 1159 se aludió no solo al Decreto 777 del 92, sino también a la ley 80 del 93 y al decreto y 2474 de 2008, lo que evidencia que los acusados tenían conocimiento de que en el fondo lo que se contrataría con la Fundación sería el suministro de unos bienes y servicios.

El agobio, por lo exiguo del tiempo para cumplir con un proceso electoral y las dificultades que entraña una contratación ordinaria, no puede ser la excusa para justificar la aplicación de un régimen jurídico extraordinario. Ello solo es demostrativo de la falta de planeación, y transparencia en la conducta de los servidores públicos investigados, en un caso en el que se vulneró el principio de planeación, legalidad. Ningún fundamento tiene colegir que los acusados pudieron incurrir en errores en la interpretación de la naturaleza del contrato, los servidores públicos conocen de vieja data el D. de 1992, aunada la vasta experiencia del asesor jurídico en la materia, e incluso que toda forma de contratación se debe a los principios consagrados desde el art. 209 de la Carta Política y en el Estatuto General de la Contratación Pública.

De otra parte, estima que si el Dr. Elkin Montoya no estaba facultado para emitir conceptos jurídicos, entonces el juzgado no debió asumir el criterio por él expuesto, como prueba en el juicio para cotejarla con los demás elementos que constituyen el acervo probatorio. El análisis jurídico se demanda del sentenciador y no del testigo ni del perito.

Aunque el a quo alude a la existencia de varias interpretaciones plausibles en punto a lo que constituye el objeto de un convenio de interés público lo cual le genera dudas, en últimas está acogiendo el concepto jurídico que fue aportado por quien no estaba autorizado para hacerlo y segundo porque dicho criterio que se señala como novedoso y garantista tampoco puede aceptarse a la luz de una correcta interpretación de lo que constituye un convenio de tales características, por cuanto en esencia la cuestión de que el programa debe ser de interés público jamás tendrá que ponerse en duda. Pero en cuanto a que deba beneficiar a las entidades sin ánimo de lucro, tal concepto no debe tergiversarse para arribar a conclusiones erradas.

Recordando que esta tipología de convenios estaba regulada para la fecha de los hechos en el Decreto 777 de 1992, modificado por los Decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993. Hoy en día, y desde el año 2017 tal materia está regulada por el Decreto 092/17, normatividad que en esencia no modificó la filosofía que debe inspirar estos convenios y no podía hacerlo porque tales normas tienen origen en una superior (art. 355 C.N.). Es así entonces que no existe ninguna teoría o concepto novedoso para interpretarlos.

Es claro que el espíritu de la norma no puede tergiversarse, so pretexto de nuevas interpretaciones. Los convenios de interés público deben tener conexión expresa y clara con el programa previsto en el plan de desarrollo y acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo, pero necesariamente ellos deben tener clara conexión con el objeto que la Fundación sin Ánimo de Lucro desarrolla y sobre la cual tiene la idoneidad o experiencia con resultados satisfactorios. Es que la misma norma constitucional así lo señala (art. 355).

El Estado le aporta, no le paga, le aporta, a la entidad sin ánimo de lucro unos recursos para que los destine al programa o actividad que desarrolla la Fundación y sobre el cual tiene la entidad sin ánimo de lucro experiencia relacionada y debidamente acreditada para realizar la gestión en pro de una comunidad menos favorecida que es la inspiración del trabajo de las Fundaciones. No se trata entonces de una relación conmutativa, proscrita en este tipo de convenios, o que produzca obligaciones que se miren como equivalente, tal como sucedió en el asunto que nos ocupa.

“Hubiera sido más transparente, pero el tiempo no alcanzaba o no era suficiente”, fueron expresiones que se escucharon de varios testigos en el juicio oral, lo cual es indicativo de que los acusados sabían que la contratación que correspondía realizar al municipio, solo para la logística del evento electoral debía regirse por la Ley 80 del 93.

A la entidad estatal, no le está dado impartir instrucciones precisas a la ESAL, esto es, indicarle bajo qué parámetros o en qué forma ha de desarrollar el objeto del convenio, por cuanto es claro que al ser iniciativa de la entidad sin ánimo de lucro, las actividades corresponderán a la naturaleza propia de su objeto social y de su propia misión, dado que, si bien el Estado aporta dinero para el impulso del programa de la ESAL, ésta a su vez, aportará su experiencia, personal corporativa, las instalaciones y su capacidad administrativa, técnica y financiera.

En cuanto a la idoneidad del contratista para la ejecución del objeto contractual. Dicho concepto va más allá de considerar si dentro de los estatutos de la Fundación se consagraba como objeto social la realización de

procesos electorales. Lo importante es determinar si bajo criterios de razonabilidad la Fundación está en la capacidad jurídica y material de asumir el objeto del contrato, y en este caso, según lo visto más arriba no se tenía.

Al obviar el deber de verificar adecuadamente dicho requisito, la administración incumplió las reglas que rigen la celebración de este tipo contratos o convenios, lo que a su vez se tradujo en el incumplimiento de los fines del Estado, la ineficacia del gasto público y la necesidad de subcontratar las actividades a ejecutar, lo que trae como consecuencia el grave detrimento patrimonial para el ente municipal, puesto que entregó recursos a un tercero para gestionar actividades propias del ente municipal y que en su mayoría terminó realizando el municipio, puesto que la función a realizar era de carácter público y propia del Estado.

La deficiente ejecución del objeto contractual se debió a la incapacidad de la Fundación para desarrollar las actividades logísticas a las que se comprometió, y ello trajo como consecuencia no solo la violación al régimen legal de la contratación por el incumplimiento de los requisitos legales, sino el daño al erario público, pues pagó a una intermediaria por servicios y bienes que hubiera podido contratar el municipio de manera directa, ello en cuanto a la prestación de servicios y adquisición de insumos, lo demás, recuérdese, era indelegable.

Las diversas situaciones develadas en juicio denotan que finalmente los recursos no llegaron a la población beneficiaria, no existió un control en la ejecución de los dineros públicos que debía administrar la ESAL, y con ello el desmesurado despilfarro del erario.

En síntesis, al efectuar el análisis de los componentes del proyecto a desarrollar, materia del objeto contractual, se evidencia que la gestión que pretendía la administración municipal es de interés público, y se encontraba contenida en el plan de desarrollo local; pero dicha gestión o actividad no compaginaba con la finalidad o esencia de la figura jurídica del convenio de interés público que realizó el municipio con la FSG, en tanto las actividades a

ejecutar estaban a cargo de la entidad estatal, por ser un programa propio del Estado.

Lo posible de someter a un proceso de contratación era la adquisición de bienes y servicios, pero bajo las normas de la contratación general, advirtiéndose que finalmente fue lo que el ente municipal pretendió obtener de la Fundación, utilizando para el efecto y de manera velada la figura contractual prevista en el Decreto 777 del 92 y las normas que lo modifican, es decir desconociendo principios fundamentales de la contratación pública como los de planeación, transparencia, economía, responsabilidad y afectando de manera evidente el bien jurídico de la administración pública tanto desde las normas que rigen la contratación estatal, como desde aquellas que protegen los bienes o recursos públicos.

De haber observado los funcionarios investigados los principios que rigen la contratación estatal pública, desde la fase de tramitación, el contrato no tendría por qué haberse celebrado, y el dinero público no se hubiera malgastado, deduciendo que el alcalde actuó con dolo, al igual que el asesor jurídico y el interviniente especial, el primero en su condición de ordenador del gasto, al decidir suscribir el contrato objeto de esta actuación sin el cumplimiento de requisitos, debido a que lo enmarcó en una modalidad contractual impropia para el objeto y los fines del mismo, evadiendo los principios de la contratación ya referenciados.

El asesor jurídico, quien dio el visto bueno para todo el proceso de contratación, sin ningún reparo frente a una propuesta contractual que no tenía relación alguna con la figura jurídica consagrada en el artículo 355 de la Carta Política, puesto que el aludido contrato no comportaba el apoyo o impulso de iniciativas propias de la fundación, a la que se le transfirieron fondos públicos con finalidad y esencia diferente a la de un convenio de interés público.

Mientras que el contratista, en calidad de interviniente porque conocía y sabía que no tenía la idoneidad exigida por la ley, y acudió a argucias como las que se develaron en el juicio para concretar un objeto social inexistente, además sabía que no estaba en capacidad de solventar el objeto del contrato por lo que tuvo que subcontratar, triangulación esta que da al traste con la economía

que debe guiar toda contratación estatal. La fundación, conforme al resultado de la prueba, se limitó a suscribir unos contratos de prestación de servicios con algunos jóvenes, lo que en modo alguno se traduce en el cumplimiento del mencionado requisito, incluso eran ajenas a la FSG, la vienen a conocer en razón de este proceso. Razones todas por las que la Representante del Ministerio Público solicita que se revoque el fallo y se emita condena en contra de los tres procesados.

INTERVENCIÓN COMO NO RECURRENTE

LA DEFENSA DEL PROCESADO ÓSCAR ANDRÉS PÉREZ MUÑOZ, como sujeto procesal no recurrente, siguiendo la metodología vista manifiesta:

I) FRENTE AL DELITO DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES.

a) No se hizo análisis técnico ni económico del valor del contrato. Responde que es un requisito que surge de la interpretación de la Fiscalía y no de la normatividad que regía este proceso contractual, D. 777 de 1992, y en estricto sentido legal, no se puede siquiera exigir la elaboración de estudio de oportunidad y conveniencia, por ello debe entenderse en favor de la administración que con la elaboración del estudio de conveniencia y oportunidad sin que así se requiriera, lo que se hizo fue ahondar en transparencia dentro del proceso, no era posible realizar consultas de precios en el mercado porque ese servicio no existía y aún hoy no existe, no hay empresas que se encarguen de ello, en Colombia solo hace procesos electorales la RNEC, y la cooperativa de jubilados de dicha entidad solo presta asesorías, no había forma de consultar con esta precios, aunado a que muy pocos municipios habían realizado dicho proceso de elección de los CMJ.

b) La selección del oferente se realizó antes que el Municipio contara con la disponibilidad presupuestal. No corresponde a la verdad afirmar que el día 7 de septiembre de 2010, durante la reunión informativa, que no Comité interno de contratación, de la Secretaría de Bienestar Social fue oficialmente seleccionada la FSG para la celebración del contrato. Según la normativa aplicable a este tipo de contratos el certificado de disponibilidad presupuestal

se exige para el momento de la celebración del contrato, no en fase previa. Es decir, el 1° de octubre de 2010. En síntesis, la selección de la FSG se hizo formalmente el día 15 de septiembre de 2010 por el órgano competente para ello, que no era otro que el Comité de Contratación y de ello da cuenta el Acta Nro. 19 y para esa fecha se habían expedido tres CDP.

c) Solo se citó a la Fundación Semillas de Guadalupe para la contratación. Se probó que si fueron invitadas al proceso dos Corporaciones además de la Fundación y que estas manifestaron expresamente no tener interés en presentar propuestas, según se consignó en acta de reunión del 7 de septiembre de 2010 del Comité interno de contratación de la secretaria de Bienestar Social. Acta número 4 que no fue cuestionada por la Fiscalía, siendo un requisito que ni siquiera exige la normatividad aplicable, D. 777 de 1.992, esto es, que la entidad contratante no tenía la obligación de hacer estudio de mercado y mucho menos contar con varias propuestas para llevar a cabo un contrato como este, bastando con que al momento de seleccionar la entidad sin ánimo de lucro con la que habría de contratarse se demostrara que era de reconocida idoneidad lo cual efectivamente se cumplió, materializando así el deber de selección objetiva.

d) El régimen jurídico aplicado no correspondía al objeto del contrato 1159. En criterio de la letrada la Fiscalía echa mano de contenidos jurisprudenciales que interpreta a su amaño pretendiendo ajustarlos al caso examinado, buscando desde luego que se acepte la interpretación subjetiva que siempre se ha hecho del marco legal que se aplicó en el contrato 1159. La Fiscalía no adelantó una investigación, no practicó actos de investigación tendientes a la obtención de elementos materiales probatorios que sirvieran para demostrar su teoría del caso, se conformó con lo que se dijo en el informe auditor, cuyo coordinador reconoció en juicio su error al calificar de hallazgo fiscal lo aquí discutido, limitándose el persecutor a recolectar los documentos que conformaban la carpeta del contrato, por esa razón se quedó en el plano de la interpretación subjetiva de las normas contractuales,

II) EN LO QUE RESPECTA AL DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN.

a) Las actividades y los productos contratados no se entregaron en su totalidad y aun así se pagaron. No puede aceptarse que una vez más la Fiscalía pretenda imponer su criterio mediante la valoración de esta prueba en los términos que se acomoden a su interés de configurar a la fuerza, un delito que no existió o que mínimamente no se demostró, como es el peculado por apropiación, cuando se ingresó prueba documental y testimonial que demuestra la forma como se ejecutó el contrato, las actividades que se realizaron, el valor que tuvieron, como fueron pagadas y se demostrara con solvencia que el objeto del contrato se cumplió en su totalidad, habiéndose logrado la elección y conformación del CMJ.

b) No se hicieron capacitaciones a jurados, testigos y candidatos. El debate que se observa en el video aportado como prueba en este apartado deja en evidencia que este se realizó en la Rotonda Marco Fidel Suarez, fue justamente organizado y ejecutado por la Fundación, así quedó demostrado en el juicio mediante los testimonios rendidos por varios jóvenes que participaron en el proceso y fueron elegidos como consejeros, mismos que testificaron que recibieron las capacitaciones. Lo mismo JUAN FERNANDO ARANGO, funcionario de Secretaría de Bienestar Social, quien fungió como jurado, mientras que OMAR CORRALES no fue contratado por la Fundación para que impartiera capacitaciones, sino para asesorar el proceso en temas electores y así lo hizo y lo afirmó en juicio.

c) No hubo capacitación en los colegios. Lo que la Fiscalía afirma para realizar este reparo, no corresponde con lo probado en Juicio, allí se demostró todo lo contrario, es decir que los colegios del municipio de Bello fueron visitados en su gran mayoría, por los contratistas. En pocos los rectores arguyeron que los alumnos estaban ocupados en otras actividades. Así mismo, tres rectores dieron a conocer que la información de los archivos se borra cada cinco años. No es cierto lo que afirma la FGN sobre este aspecto.

d) Otras actividades contratadas fueron realizadas por dependencias del Municipio. La FSG participó en la elaboración de algunos actos administrativos que por su propia naturaleza solo podían ser suscritos por funcionarios públicos competentes; en consecuencia, tratándose de un proceso que estaba bajo la responsabilidad de la administración, que era de

naturaleza pública, no puede exigirse que dichas actuaciones fueran expedidas por el contratista. El cumplimiento de esas obligaciones contractuales en este aspecto quedaba cubierto con la participación en la asesoría y propuesta de elaboración de los documentos ya referidos, como en efecto ocurrió.

e) El contrato era para iniciar el 1° de octubre de 2010, pero empezó el 1° de septiembre de 2010, actividades que aun hechas por fuera del tiempo del contrato se pagaron. La Fiscalía nuevamente incurre en valoraciones subjetivas y en especulaciones, para concluir que no es posible que la Fundación hubiera contratado a personas que se encargaran de elaborar la propuesta que finalmente fue aceptada por el municipio, valiéndose de un criterio eminentemente personal, al concluir que no es lógico que una entidad como esta pudiera asumir los costos de esos contratos, sin saber si iba a ser escogida para celebrar el contrato.

f) Dicho contrato no era necesario, porque su objeto podía ser ejecutado por algunas de las secretarías del Municipio. Es evidente que el municipio de Bello debía cumplir con una política pública, que existía un requerimiento de la PGN, y no se contaba con personal propio que pudiera afrontar esa responsabilidad, la cual debía realizarse en escasos meses, antes de finalizar el año escolar. Se probó con testimonios que inicialmente la administración acudió a la autoridad competente que es la Registraduría y allí se le dijo que no podían hacerse cargo del proceso porque no tenían competencia; se buscó la colaboración de todas las Secretarías, pero debido a la reestructuración administrativa que habían sufrido nadie contaba con el personal suficiente para apoyarlo, estimando que en consecuencia la administración mantuvo la coordinación y liderazgo del proceso, tratándose de una responsabilidad del Municipio, pero debió contratar toda la logística asociada al proceso de elección y conformación del CMJ, para lo cual se destinaron los recursos necesarios, sin que por ello pueda hablarse de detrimento patrimonial.

g) Se autorizaron pagos sin haber cumplido las exigencias del contrato. La Fiscalía fue absolutamente gaseosa a la hora de determinar, cuáles fueron las conductas realizadas por cada uno de los procesados, definiendo circunstancias de tiempo, modo y lugar como corresponde; inclusive al

momento de formular imputación por el delito de peculado por apropiación señaló que aún no se tenía claro el valor porque algunas actividades del contrato si se habían realizado, pese a lo grave de este tipo de delitos y cuando el mismo tipo penal lo exige como uno de sus elementos. Estas las razones para solicitar que se confirme el fallo apelado.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34.1 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín para conocer y resolver la alzada interpuesta por la Fiscalía y el Ministerio Público, siendo del caso precisar que en virtud del recurso vertical de apelación la competencia de la Colegiatura se restringe a los aspectos impugnados, así como a los que resulten inescindiblemente vinculados a los temas del disenso.

De otra parte, que al no advertir la existencia de causal que invalide la actuación procederá esta Magistratura a decidir de fondo, por lo que en orden metodológico y con miras a resolver los problemas jurídicos que se le plantean a la Sala en esta oportunidad, según se desprende de las razones consignadas por la primera instancia en el fallo apelado, así como los motivos de inconformidad, es preciso que este colegiado se aplique en verificar si la prueba debatida en juicio genera duda probatoria que se resuelve a favor de los procesados, o si como lo sostienen las impugnantes el material suasorio permite superar el estándar legal para emitir fallo de condena por los delitos que conforman la acusación.

En conclusión, este colegiado debe pronunciarse de fondo sobre la presunción de acierto y legalidad de la decisión criticada, siendo preciso entonces que se proceda con el análisis de lo demostrado en juicio, consignando los motivos para adoptar una u otra salida jurídica, cumpliendo así con la carga que impone el numeral 4° del art. 162 de la ley 906/04 que señala que las sentencias deben contener las razones de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas y practicadas en el juicio oral y, en definitiva, para determinar si continúa incólume la presunción de acierto y legalidad de la sentencia absolutoria apelada.

Como cuestión liminar dígase que mediante decisión interlocutoria de segunda instancia este colegiado admitió como medio cognoscitivo u orientador de insoslayable valor probatorio los resultados del Informe de Contraloría sobre los Hallazgos o Conclusiones de la Revisoría Fiscal efectuada por dicha entidad al contrato 1159 de 2010, génesis de este proceso, y por consiguiente el hallazgo fiscal observado por el equipo auditor, explicando claramente que como todo medio cognoscitivo debía cumplir con el debido proceso probatorio, por lo que de ninguna manera se estaba autorizando como lo tergiversa el a quo el ingreso de prueba de referencia o trasladada, desconociendo una orden que en derecho impartió esta superioridad funcional.

Precisado lo anterior, dígase que conforme al panorama perfilado y como necesario epílogo en tratándose de delitos contra la administración pública, previo a entrar a analizar lo que hace a la consumación o no de cada una de las conductas punibles que conforman el pliego de cargos. A saber, aquel que la ley sustantiva recoge bajo el nomen iuris de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales en el art. 410 del C. Penal, así como el delito de peculado por apropiación de que trata el art. 397 *ibid.*, resulta pertinente traer a colación algunas breves reflexiones frente a cada ilicitud.

Así, tenemos que la fórmula legal del art. 410 es del siguiente tenor literal:

“El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) meses a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) meses a doscientos dieciséis (216) meses”.

Con base en dicha descripción la doctrina tiene identificado y reflexiona sobre el sujeto activo como sigue: *“Esta infracción punible como la gran mayoría de las que pertenecen a este título, cualifican al sujeto agente en el servidor público...”*¹; y en cuanto al bien jurídico tutelado la misma fuente: *“De manera*

¹ CORREDOR BELTRÁN, Diego, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Celebración indebida de contratos*, Universidad Externado de Colombia, Segunda edición, marzo de 2011, pág. 331.

general debemos manifestar que el objeto jurídico que se protege en esa clase de ilícitos es la administración pública; más específicamente, el objeto protegido se concreta en la transparencia, la integridad, la idoneidad y la rectitud u honradez que deben tener frente a la actividad de la contratación administrativa los servidores públicos y los particulares que atienden la invitación del estado a contratar con el...”²

En este contexto el alto tribunal ha venido señalando, además:

“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 como se actúa y como 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 mas de sus bienes esenciales.”³

Así mismo se sabe que se trata de un tipo penal en blanco, siendo el aspecto nodal a resolver lo que hace a los “requisitos esenciales” de que habla la descripción comportamental en cuestión, dado que dentro del contexto del contrato deben aparecer algunos datos que permitan deducir que estos se dan en forma clara y precisa.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ordinaria ha indicado que como tipo penal en blanco que es:

“El legislador en su potestad de configuración legal, dada la multiplicidad de eventos y circunstancias en que se puede realizar la conducta, deja, para que conforme a la especialidad sean contemplados por el juez a través del reenvío normativo en el proceso de interpretación legal (...). Del mismo modo esta clase de tipologías admiten su llenado con otra ley, decretos y preceptos administrativos, sin que ello contraríe el ordenamiento superior, eso sí, siempre y cuando cumplan con los presupuestos de ser preexistentes al momento de la realización de la conducta; y suficientes para definir y determinar de manera clara e inequívoca los aspectos de que carece el tipo penal en blanco, los cuales constituyen una herramienta para los jueces cuando van a precisar

² Ibid. pág. 332.

³ CSJ, SP. Sentencia de única instancia Rad. 18911, 13 de octubre de 2004. M.P. Mauro Solarte Portilla.

la conducta determinada como punible. En consecuencia, el principio de legalidad para esta clase de delitos no se satisface solamente con la remisión a normas que tengan la categoría de ley dictada por el Congreso de la República, como lo entiende de manera equivocada el casacionista.”⁴

Igualmente, el alto tribunal en pretérita oportunidad había reflexionado sobre el asunto como sigue:

“La Sala tuvo oportunidad de precisar que en consideración al modelo descriptivo de la conducta, que establece un tipo en blanco en la medida en que requiere complementarse con otras disposiciones y analizarse dentro del contexto de los principios de rango constitucional que le asigna el artículo 209 a la función administrativa, al indicar que ésta debe orientarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, así como servir a los intereses generales y cumplir los fines esenciales del Estado, todo lo anterior, conjugado con las normas del Estatuto general de contratación de la administración pública, adoptado por la Ley 80 de 1993... y demás disposiciones que la desarrollan y la complementan, normatividad que permite definir el marco legal de la conducta que se atribuye al procesado.”⁵

El alto tribunal igualmente tiene identificado que para efectos de la tipificación de dicha conducta punible: “el servidor público está obligado a cumplir el imperativo constitucional, según el cual, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones...”⁶

Entonces, conforme ha indicado la Corte Suprema de Justicia, el organismo estatal involucrado en un negocio jurídico: “debe ceñirse a las normas que regulan los procedimientos y a los parámetros para garantizar los principios de legalidad, economía, transparencia, selección objetiva y aquellos que rigen la función administrativa, en virtud de la Ley 80 de 1993. De manera que el

⁴ CSJ, SP. Sentencia del 9 de abril de 2014, M.P. Patricia Salazar Cuellar, Rdo. SP4463-2014, 39852.

⁵ CSJ, SP. Sentencia del 16 de febrero de 2005, Rdo. 15212, M.P. Germán Galán Castellanos y Alfredo Gómez Quintero.

⁶ CSJ, SP. Sentencia del 30 de enero de 2008, M.P. Jorge Luís Quintero Milanés, Rad. 28434.

*acatamiento de dichos principios constituye un requisito esencial de los contratos estatales*⁷.

Se puntualizó además que, no con cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de ley aplicables a la contratación estatal se realiza el tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues tal: “ha de recaer sobre aspectos sustanciales, cuya desatención comporta la ilicitud del proceso contractual, basada en el quebranto de alguna o varias máximas que deben regir la contratación estatal”⁸, debiendo entonces valorarse el impacto que su desconocimiento pueda tener en la materialización de los principios de la contratación estatal.

Igualmente, clara ha sido la jurisprudencia del tribunal de cierre al indicar que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es de mera conducta, luego, no requiere que se materialice un perjuicio concreto al bien jurídicamente tutelado para tener por satisfecha su consumación, ya que lo que la norma sanciona es que prevalezca el interés particular en detrimento del provecho común que debe orientar la contratación.

Ahora, tal como lo esboza el tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa: “... para eventos como el trámite de un contrato y la liquidación del mismo, el legislador no señala de manera expresa cuáles son los requisitos esenciales para dichas instancias contractuales, problema que aborda en parte respecto de la celebración del contrato por vía de remisión al art. 1501 del C.C., que nos brinda algunos elementos para su deducción, pero que tampoco es suficiente puesto que respecto de la celebración de un contrato estatal existen algunas otras exigencias esenciales de carácter legal, diferentes a los simples elementos esenciales de un contrato...”⁹

Por manera que además de los requisitos genéricos según la normatividad civil, es decir, los que consulten la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, se sabe que no basta analizar dichas exigencias, pues es

⁷ CSJ, Sentencia con Rad. 50530 de 2018, ver también CSJ SP 25 sep. 2013, rad. 35344.

⁸ CSJ, SP. SP712 de 17 Rad. 48250.

⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Contratación Indevida, El principio de legalidad como presupuesto del contrato estatal, Universidad Externado de Colombia, Segunda reimpresión, Sept. 2006, pág. 129.

necesario tener en cuenta que fuera del contexto general de todo contrato, el contrato estatal deberá cumplir otros adicionales que le son propios. De ahí que no solo hay que acudir a la ley 80 de 1993, sino a textos adicionales vigentes. En consecuencia, podemos afirmar que todo contrato estatal tiene dos aspectos que se deben observar. A saber, los elementos comunes de los contratos y los elementos propios y especiales del contrato estatal.

Así las cosas, es claro que la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación Estatal, estableció dos modalidades para el proceso de selección de contratistas. La regla general es la licitación o concurso público; la excepción la contratación privada, la cual está dada por factores tales como: cuantía, intuitu personae, tipología contractual, naturaleza de los bienes que se pretendan adquirir, actividad que se pretende cumplir con estos, por declaratoria desierta, en razón de las condiciones del mercado, por urgencia manifiesta.

Precisamente descendiendo en el sub iudice, esto es, el contrato 1159 celebrado el 1° de octubre de 2010, es claro que dicho convenio fue suscrito entre el entonces alcalde del Municipio de Bello, Antioquia, ÓSCAR ANDRÉS PÉREZ MUNOZ, y la Fundación Semillas de Guadalupe, entidad de carácter privado y sin ánimo de lucro, representada por HAROLD DE JESÚS HINCAPIÉ RIVERA, siendo el objeto del contrato coordinar y ejecutar el proceso electoral del Consejo Municipal de la Juventud (CMJ), del Municipio de Bello, hasta su conformación y posesión, por la suma de \$180.000.000, y con un plazo de ejecución de tres meses contados a partir de la fecha de inicio.

Lo antedicho se traduce en que el objeto del contrato en cuestión tiene como génesis la clara y expresa obligación para la administración municipal en cuanto a la elección y puesta en funcionamiento del CMJ en su respectiva jurisdicción, conforme al Decreto 0089 de febrero 2 de 2000 que reglamentó la organización y el funcionamiento de estas organizaciones, lo dispuesto en la Ley 375 de 1997 o Ley de Juventudes, y la Directiva 002 de 2010 de la Procuraduría General de la Nación al respecto.

En orden a materializar este mandato, la administración municipal optó por la modalidad de contratación directa con fundamento jurídico en el artículo 355

de la Constitución Política, y el Decreto Reglamentario 777 de 1992, modificado por el Decreto 1403 del mismo año. Dispositivos normativos que a su letra rezan:

«Artículo 355 (...) El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia».

Decreto 777 de 1992.

«Artículo 1o. <Contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro para impulsar programas y actividades de interés público>. Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren 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, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983.

(...)

Inciso subrogado por el inciso 2o. del artículo 1o. del Decreto 1403 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado.

Artículo 2o. <EXCLUSIONES>. Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto:

1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes.

(...)

Como se puede ver, obligan las referidas normas, que los convenios de asociación solo pueden celebrarse para impulsar programas y actividades de interés público, acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo, con la condición que el contratista sea una entidad privada sin ánimo de lucro **y que el programa o interés a impulsar debe ser de la entidad privada y no del ente público.**

Al respecto, el Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil, emitió el concepto de 24 de febrero de 2005 dentro del radicado 1.626 con ponencia de la Consejera Gloria Duque Hernández:

«(...) Como ya se indicó, el objeto de los contratos que autoriza el inciso segundo del artículo 355 Superior, se limita a la realización de actividades o programas de interés público que, conforme a los planes de desarrollo, adelanten instituciones privadas sin ánimo de lucro. Aquellos que generan una contraprestación directa a favor de la entidad contratante y los que tienen por objeto desarrollar proyectos específicos, corresponden al giro normal de las funciones propias de la entidad estatal, y por lo tanto, se tipifican dentro de cualquiera de las modalidades de contratación de la ley 80 de 1.993, debiendo sujetarse a los procedimientos allí previstos, en especial los de escogencia del contratista.

Cuando el artículo 355 autoriza a las entidades estatales a celebrar contratos para “impulsar” programas y actividades de interés público, se refiere a los del ente privado y no a los del Estado, pues respecto de éste el deber constitucional es no sólo impulsarlos sino cumplirlos, conforme las disposiciones contractuales vigentes, como sería, por ejemplo, contratos de prestación de servicios o de obra pública (...).»

Subsumiéndonos en el material suasorio obrante en el plenario, se tiene el Certificado de Existencia y Representación Legal de la FSG, emitido por la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, en el cual se evidencia que se trata de una entidad sin ánimo de lucro, cuyo objeto social principal, para la época de la elaboración del estudio de Conveniencia y Oportunidad, y expedición de la resolución de idoneidad 00002121 del 9 de septiembre de 2010, e inicio del trámite del contrato 1159 de 2010, consistía en:

“Brindar atención espiritual a toda la población que lo requiera, por medio de grupos de oración y las diferentes misiones que coadyuvan a dicha Misión, con el fin de difundir y proclamar la Evangelización, así como promover y ejecutar toda clase de programas sociales dirigidos a mejorar la calidad de vida de la

comunidad, especialmente la de los niños, madres cabeza de familia, adultos mayores y jóvenes.

PARÁGRAFO. - El objeto hace referencia al fortalecimiento espiritual a través de grupos de oración, y no, a la creación de iglesias.

Para el logro de sus objetivos podrá realizar los siguientes fines específicos o actividades:

a. Brindar atención espiritual a toda la comunidad que por sus necesidades de fortalecimiento espiritual lo requiera

b. Realizar actividades de evangelización a través de diversas misiones a los diferentes grupos poblacionales y comunidad en general

c. Desarrollar programas dirigidos a contribuir con los fines de la fundación y a financiar las diferentes actividades, programas y servicios.

d. Fomentar e incentivar el espíritu empresarial en la comunidad mediante la realización de actividades que propicien en ella la autovaloración, la autoestima y el reconocimiento de sus saberes y potencializarlos en actividades productivas para la generación de ingresos.

e. Realizar campañas didácticas, sociales religiosas y recreativas a favor de bienestar de la juventud y demás personas de diferentes etapas para contrarrestar los males que aquejan nuestra sociedad.

f. Organizar y desarrollar espectáculos, concursos, conciertos, actividades culturales y deportivas para la comunidad guadalupana y la sociedad en general. g. promover la educación informal

h. los demás que le determinen los estatutos, los fundadores o los órganos de la Fundación.

Advirtiéndose que dentro de su objeto social y actividades enumeradas no se contemplaba el adelantamiento de procesos de conformación y elección de los CMJ, o gestiones similares, por lo tanto, bajo criterios de razonabilidad, experiencia y trayectoria con resultados satisfactorios, es claro que la FSG no contaba con capacidad jurídica y material para llevar a cabo el objeto del contrato 1159, evidenciándose que incluso tuvo que acudir a la subcontratación, pretextando además la experiencia en algunos jóvenes contratados por haber hecho parte de otro CMJ, o sencillamente porque

participaron en actividades con otros ciudadanos al interior de un partido político, lo que a todas luces dista de la específica a la que aquí se alude.

Así mismo, es relevante que siendo una obligación del ente estatal el verificar la plena idoneidad y trayectoria de la fundación a contratar, la cual debía estar plenamente acreditada y reposar en la respectiva carpeta contractual, no resulta aceptable que se pretenda tener por cumplido dicho requisito con las certificaciones expedidas por las corporaciones Semiosfera y Gestos Nemes, quienes sostienen que su homóloga había desarrollado proyectos con jóvenes, mas no en procesos electorales, reflexiones que se hacen extensivas al hecho de incluir a último momento en el objeto social de la FSG, la específica actividad a desarrollar en el contrato 1159, buscando a todas luces ajustarse a la medida que desde el punto de vista legal requería el objeto del convenio.

Principio de legalidad conforme al cual los procesos de contratación se deben adelantar y ceñir al procedimiento previamente establecido en la Constitución, la ley y demás normas reglamentarias, sin que sea libre su escogencia para acomodarla al interés de la administración de manera discrecional y abusando del derecho, con mayores veras, cuando como en el caso de la especie se contó con suficiente tiempo para planear y adelantar conforme a las normas de la contratación estatal; pero, en contrario, decidieron enmarcar el contrato en una modalidad impropia de cara al objeto y los fines perseguidos con el mismo, es decir, a aspectos objetivamente apreciables que condicionaban legalmente la estructuración y desarrollo de la gestión o proceso contractual bajo estudio.

Además surge indicativo de lo que viene de decirse, que incluso dicha ESAL ni siquiera contaba con historial de contratación estatal y manejo de recursos públicos, y menos en procesos o actividades de orden electoral, figurando con un exiguo capital de \$300.000 que a todas luces demuestra que no poseía músculo financiero para acometer un proceso cuyo valor terminó siendo fijado en la suma de \$180.000.000; y en general experiencia y trayectoria con resultados satisfactorios que acreditaran su capacidad técnica, logística y administrativa para desarrollar el objeto del contrato, sin ningún tipo de análisis económico que soportara una erogación que para la época era significativa de cara a los servicios y bienes que se pretendían contratar, e igualmente si se

repara en el salario mínimo legal mensual vigente por aquel entonces, quedando claro que los honorarios del personal a su vez contratado por la ESAL superaba dicho rango salarial por actividades y gestiones que no hay lugar a catalogar de complejas.

Dinero que en consecuencia ingresó como contraprestación a los servicios y bienes convenidos, lo que evidencia que se trató de una contratación que comportaba el principio de conmutatividad, es decir, contraprestaciones entre las partes, una que busca un servicio y otra que paga por este, lo que se encuentra proscrito en la tipología contractual elegida en el bilateral que nos ocupa, a saber, convenio de asociación. Y no como lo sostiene la primera instancia, para la cual no existió mutua contraprestación en el desarrollo del contrato 1159; simplemente se trató de la gestión de parte del ente territorial con miras a prestar apoyo e impulso a una iniciativa propia de la fundación, a la que se terminó transfiriendo fondos públicos a cambio de bienes y servicios; cuando dicha gestión en todo caso se encontraba asignada por ley al ente territorial.

Incluso repárese que el a quo termina aceptando en sus conclusiones que la FSG no contaba con la experiencia específica requerida; solo que trata de justificar el incumplimiento de un requisito esencial argumentando que al tratarse de un tema novedoso resultaba imposible que aquella la tuviera, sin detenerse en que se indicó que otras administraciones adelantaron dicho programa sin necesidad de acudir a la contratación, tal como lo reconoce en juicio el testigo OMAR CORRALES, quien además terminó aceptando que el grupo que adelantó el proceso aquí criticado no contaba con experiencia específica para adelantar las actividades que eran la esencia del contrato 1159.

Teniendo en cuenta entonces que la pretensión de la administración municipal era precisamente desarrollar dicho proceso con sujeción al mandato legal reseñado cuartillas más arriba, es decir, una gestión propia que el ente territorial debía atender, sólo algunos aspectos logísticos y de servicio de dicho proceso podría haber contratado con quien demostrara idoneidad y trayectoria efectiva, y no como ocurrió en este caso en el que la prueba devela que no se

trataba de impulsar programas y actividades de interés público que le fueran inherentes al ente privado.

Así las cosas, el convenio celebrado en el caso concreto para “coordinar y ejecutar el proceso electoral del Consejo Municipal de la Juventud (CMJ), del Municipio de Bello, hasta su conformación y posesión”, no era de aquellos tendientes a impulsar programas de interés público por parte del ente privado sin ánimo de lucro, sino que se trataba de un contrato celebrado por el Municipio en orden a realizar unas actividades encaminadas a la consecución de unos fines institucionales; esto es, que significaba una contraprestación para la administración pública, evento expresamente excluido por el Decreto 777 de 1992.

Parafraseando a la señora delegada de la Fiscalía, es claro que: “Si el contrato evidencia contraprestación para la entidad estatal queda excluido de contratación bajo el régimen especial porque ya no corresponde al esquema de colaboración entre el Estado y los particulares, que sustenta la posibilidad de celebración, pues genera contraprestación al estado, característica de los contratos conmutativos. Cuando el artículo 355 autoriza a las entidades estatales a celebrar contratos para impulsar programas y actividades de interés público se refiere a los del ente privado y no a los del Estado, pues respecto de este el deber constitucional es no solo impulsarlos sino cumplirlos conforme las disposiciones contractuales vigentes.”

Lo anterior se traduce en que el mencionado contrato implicaba una contraprestación directa a favor de la entidad pública, quedando claro que existió un reconocimiento pecuniario a entidad privada sin ánimo de lucro, FSG, quien finalmente recibió la nada despreciable suma de \$180.000.000, para desarrollar simples actividades de capacitación, publicidad, visitas a las instituciones educativas.

Altísima cifra final que ni siquiera contó con el debido soporte inicial en el Estudio de Conveniencia y Oportunidad, tal como lo destaca la censura, siendo evidente la ausencia del análisis económico, lo que se perfila a demostrar la falta de transparencia y debida planeación en desarrollo de la fase

precontractual bajo escrutinio, por ende, la violación de los principios de transparencia y economía, medulares en procesos de contratación estatal.

Dicho análisis económico debía constar en el referido estudio, discriminando cantidades, valores y precios de los servicios y bienes, a lo que se suma que el testigo JUAN FERNANDO ARANGO solo hizo alusión a la forma en que se había elaborado el Estudio de Conveniencia y Oportunidad, aunado a que incluso no dio a conocer que observara las invitaciones físicas a otras dos fundaciones para que participaran en el proceso como oferentes, otro aspecto más que permite concluir que en el caso presente se vulneró así mismo el principio de selección objetiva, cuando sin lugar a dudas la gestión a contratar podría ser desarrollada por cualquier persona natural o jurídica con ánimo de lucro que demostrara idoneidad respecto de las actividades convenidas, y por las cuales la FSG entre octubre y diciembre de 2010 recibió pagos por un total de \$180.000.000 como contraprestación a sus servicios para la conformación y elección del CMJ.

Como se puede colegir de la forma en que venimos discutiendo, nos encontramos de acuerdo con los argumentos expuestos por la representante del Ministerio Público, en el sentido que a una entidad sin ánimo de lucro - ESAL- no se le puede encargar bajo la figura de un convenio de interés público, adelantar toda la gestión que implicaba un proceso electoral de la naturaleza del aquí ventilado, y que analizadas las actividades contratadas, estas consistían en propaganda y suministro de bienes e insumos que harían parte de la logística del evento.

Bienes y servicios que debían obtenerse mediante el régimen general de contratación, Ley 80 de 1993, y no mediante el régimen excepcional contemplado en el artículo 355 Superior y reglamentado por el Decreto 777 de 1992, al que, se insiste, en nuestro criterio la prueba demuestra que amañadamente se acudió en este caso en procura de favorecer intereses particulares y de esta forma recibir la nada despreciable suma que para la época representaba \$180.000.000, si tenemos en cuenta que la gestión requerida por la Administración Municipal no era en grado sumo compleja.

Sumado a esto no puede menos que llamar la atención que solo hasta el 10 de agosto de 2010 en reunión de los socios fundadores de la persona jurídica sin ánimo de lucro, FSG, convenientemente deciden incluir dentro del objeto social el de realizar procesos electorales en los diferentes grupos poblacionales como la niñez, la juventud, el adulto mayor y mujeres cabeza de familia, formalizando dicha modificación solo hasta el 30 de septiembre de 2010, justo un día antes de la suscripción del contrato que nos concita, a lo que se sumaría que desde inicios del mes de septiembre de 2010, es decir, un mes antes de la suscripción del convenio, se contrató personal y se venían desarrollando actividades propias del convenio lo cual es indicativo no de una loable intención de cumplimiento como lo analiza la primera instancia, ni de una indudable muestra de diligente compromiso por parte de quien aún no había sido contratado; sino una irrefutable muestra de la irregular escogencia del contratista cuyo objeto social por aquel entonces consista en brindar asesoría espiritual, acompañamiento y fortalecimiento espiritual -de lo cual pasó a gestionar procesos electorales-; del amañado manejo dado en este caso a dicho proceso contractual que terminó por vulnerar el principio de selección objetiva, y por contera el de legalidad y la contratación e inversión de recursos públicos de manera responsable, transparente y económica.

Tan amañada fue la escogencia de la FSG como contratista para la ejecución del mencionado contrato 1159, que a pesar que apenas para el 30 de septiembre de 2010 quedó registrado en Cámara de Comercio la adición del objeto social de esa entidad sin ánimo de lucro, cuando al respecto se incluyó que la misma realizaba procesos electorales en los diferentes grupos poblacionales..., la administración municipal de Bello, mediante resolución 2121 del 9 de septiembre de 2010, ya le está reconociendo idoneidad a la FSG, sin que en la misma resolución se especifique en lo absoluto cuál es su experiencia con resultados satisfactorios para realizar el objeto del contrato.

Es decir, que, para certificar la idoneidad del contratista se emite un acto administrativo sin que el mismo tenga el más mínimo respaldo probatorio, solo con la amañada finalidad de formalmente dar por acreditado un requisito esencial que permitiera la contratación administrativa, como si tal certificación sólo fuese el fruto de la discrecionalidad u arbitrariedad del servidor público

que lo hace, en este caso, el actual alcalde de esa época y hoy procesado PÉREZ MUÑOZ.

Tan inidónea era la entidad con que se contrata, FSG, que reiteramos, a efecto de poder cumplir o saber algo sobre la materialización del objeto del contrato, desde mucho antes de la celebración o firma del mismo, contrató personal entre el 1° y 5° de septiembre de 2010 para su ejecución, a pesar de no haberse suscrito aún el contrato, pues no tenían la experiencia para ello, y por ende, corrieron a buscar el personal idóneo que entendiera algo relacionado con el objeto de ese contrato; todo lo cual, revela aún más la transgresión del principio o requisito esencial de selección objetiva del contratista, en cuanto la mencionada entidad, ya era conocedora como mucha anticipación de que ese contrato relacionado con la elección del Consejo Municipal de la Juventud del Municipio de Bello, sería suscrito con ellos. Y es esa la razón por la que tal entidad desde el mes de agosto de ese año, inicia en su interior trámites para acordar adicionar su objeto social, logrando apenas inscribir en Cámara de Comercio en el 30 de septiembre esa adición.

Precisamente, frente al principio de **responsabilidad**, consagrado en el artículo 26, numeral 5° de la Ley 80 de 1993, este contempla que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del representante legal de la entidad estatal, actividad que es eminentemente reglada, en atención al **principio de legalidad** que impone que todas las actuaciones de los servidores públicos deben ajustarse a las normas que regulan el servicio público, y para el caso de marras, específicamente la contratación estatal, reduciendo al máximo el margen de discrecionalidad de la entidad a este respecto, y las posibilidades de corrupción.

A su vez la Ley 136 de 1994, en su artículo 91, señaló las funciones de los Alcaldes Municipales, prescribiendo en el numeral 5 del literal d), que, en relación con la Administración Municipal, estos servidores tendrían la función de celebrar los contratos con arreglo a las normas jurídicas aplicables en cada una de sus etapas.

Huelga significar en esta dirección que por su parte el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, establece que el **deber de selección objetiva** se satisface cuando se escoge el ofrecimiento más favorable a la entidad, teniendo en cuenta la finalidad de la contratación, que no puede ser otro que satisfacer la necesidad que tiene la administración para poder cumplir con eficacia y eficiencia los fines para los cuales se instituyó el Estado, y que se encuentran previstos en el artículo 2° de la Constitución Política de Colombia.

Retomando, repárese que incluso el que la Fundación se arriesgara a contratar y pagar el mes de labores a varios jóvenes previo la suscripción del convenio, basada en una mera expectativa, cuando las erogaciones serian millonarias, se erige en un inocultable indicio de la vulneración del mencionado principio de selección objetiva; lo mismo puede decirse de la pertenencia de la funcionaria adscrita a la Secretaría de Bienestar e Integración Social del Municipio de Bello, además de directora del programa de jóvenes, señora MARINA NOHEMI SALDARRIAGA HENAO, como socia fundadora de la junta de la FSG, pese a la delegación que en este último caso se hizo con miras a revestir de legalidad el proceso de interventoría del mentado contrato 1159 que inicialmente se encontraba a su cargo, lo que se insiste, genera recelos en cuanto a la transparencia en el proceso de selección y contratación aquí ventilados.

En fin, que también emergen inocultables los artilugios a los que acudió el representante legal de la FSG, HAROLD DE JESÚS HINCAPIE RIVERA a fin de evadir la modalidad de selección adecuada para este concreto caso, modificando a última hora el objeto social de la ESAL en cuestión, que venimos de ver no fue fruto de la casualidad, sino del conocimiento previo que se tuvo de que de esa forma se le adjudicaría el mencionado contrato.

En cuanto al **principio de transparencia** no está demás señalar que la honorable Corte Suprema de Justicia en sala de Casación Penal, sentencia de fecha 19 de diciembre de 2000 expediente 17088 expresó:

«(...) Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. (...) Transparencia quiere decir claridad, diafanidad,

nitidez, pureza, traslucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina (...). Se trata de un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicados a la función administrativa (art. 209.C.N).

(...)».

Este pilar de la contratación estatal establece que será objetiva la escogencia del contratista cuando la entidad encargada de adelantar el proceso de contratación defina reglas objetivas, justas y claras que permitan recibir la mayor cantidad de ofertas, haciendo plausible que en la contratación estatal se adelanten procesos en igualdad de condiciones para todas las personas que estén en capacidad de ofrecer el bien o servicios que se requiere y sin eludir el proceso de contratación que corresponda.

Así, la primera regla que debe cumplir la administración, es que el objeto del contrato permita ser convenido a través de la modalidad de selección establecida legalmente, que fue lo que no ocurrió en el caso de marras, aunado a que tampoco se evidencia claramente que haya existido una verdadera invitación pública a varios oferentes.

Además de las circunstancias más arriba ventiladas, la irregular selección queda en evidencia cuando algunos testigos refieren que el proceso habría sido más transparente si no se tuviera la premura del tiempo en razón de la Directiva 002 de la Procuraduría General de la Nación, mediante la cual se instaba a la conformación y elección de los CMJ, pues como se demostró, aquella se profirió el 2 de febrero de 2010, es decir, con varios meses de antelación a la suscripción del proceso de selección del contratista y suscripción del convenio, con más veras cuando ni siquiera se imponían plazos perentorios por parte del ente de control, tal como lo destacan las impugnantes, dejando sin piso dicho argumento defensivo. Aunado a ello, de haber existido la urgencia por ellos esgrimida, es claro que esta tampoco justifica el desconocimiento de los principios que rigen la contratación. Más claro, aquella circunstancia no se encuentra dentro de las hipótesis que

permiten aligerar o de alguna manera flexibilizar la exigencia de respeto a aquellos postulados.

Súmesele a esto que el juez contradictoriamente sostiene, de un lado, que para el mes de septiembre de 2010 si bien no se contaba con el CDP la FSG no requería de dicho documento por encontrarse en etapa precontractual y no haber sido elegida y menos habersele comunicado dicha decisión. De otro, que de manera diligente estaba cumpliendo con las actividades contempladas en el contrato, pues había sido efectivamente seleccionada. La contradicción salta a la vista.

Tampoco puede alegarse válidamente que pese a que las actividades estuvieran inicialmente asignadas a las Secretarías Municipales dependiendo de su naturaleza y rol, en razón a la reestructuración administrativa mediante Decreto 156 y 157 del 29 de abril de 2009 y la consecuente supresión de cargos al interior de la administración local, esto no pudo haberse sorteado si se desarrolla con suficiente tiempo y planeación el tema que hoy nos ocupa, sin que ello sea razón suficiente para evadir el cumplimiento de los requisitos legales en orden a la tipología contractual aplicable al caso, pretendiendo ajustar a toda costa dicha contratación en el canon Superior 355, para desarrollar el programa mediante contratación directa a través de la figura de los convenios de asociación, desconociendo flagrantemente la normativa que debía tener clara el asesor jurídico y el alcalde como ordenador del gasto, y por contera el principio de legalidad así como los presupuestos exigidos para ese tipo de contratación estatal.

Es importante resaltar que ante las presuntas dudas de la administración municipal en cuanto a la modalidad de selección o del régimen aplicable al contrato en cuestión, contaba con los conceptos proferidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, ente que suministra las herramientas para el desarrollo y seguimiento de la contratación pública, herramientas estas a las que bien pudo acudir, sin escudarse en que existen pluralidad de criterios estando librada la elección del tipo del contrato a la administración municipal, lo que en verdad resulta un verdadero exabrupto jurídico, pues la exigencia de los requisitos esenciales no puede soslayarse so pretexto de la novedad del tema, así como lo atinente a los convenios de

asociación previstos en la Carta Política y desarrollados por decretos conocidos de vieja data, como era la obligación del asesor jurídico HANS WAGNER.

De igual manera resulta contrario al imperativo según el cual los procesos contractuales en todo caso deberán respetar y ceñirse a los principios que rigen la contratación estatal, y que como pilares del sistema suministran las bases conceptuales y teóricas del mismo, a la par que brindan seguridad jurídica, argüir como lo hace la primera instancia en relación con el régimen o normatividad aplicable, que: "... podría haber la posibilidad jurídica que dicho contrato sí debiera haberse regido por la normatividad general (Ley, 80) y no por la especial (Decreto 777); pues, como viene de analizarse, dada la ambigüedad o poca precisión de las redacciones y estructuras gramaticales de las normas jurídicas en comento, se hace necesario concluir, la selección de uno u otro régimen, en un gran porcentaje de veces, quedaría supeditado al criterio jurídico de quien debe tomar la decisión.", dejando así librado al arbitrio de la administración y a criterios o intereses particulares, la elección del tipo o régimen contractual en detrimento del interés general y la adecuada inversión de los recursos públicos.

En síntesis, contrario a la hermenéutica que venimos desarrollando con sujeción a caros principios que rigen la contratación estatal, resulta errado concluir como lo hace el funcionario de primer grado que se allegaron válidas y legítimas justificaciones para la celebración del contrato 1159 en los términos aquí criticados, quedando claro que el asesor jurídico HANS DE JESÚS WAGNER JARAMILLO dio el visto bueno a la resolución de idoneidad número 00002121 del 9 de septiembre de 2010, y en términos generales a todo el proceso contractual, incluida la elaboración de la minuta del contrato, sin ningún reparo, buscando a toda costa ajustarlo a la figura jurídica consagrada en el art. 355 Superior, reiterando esta Sala que el referido contrato en realidad no implicaba el apoyo o impulso de iniciativas propias de la fundación, como lo exige el mencionado canon superior.

Por su parte el alcalde ÓSCAR ANDRÉS PÉREZ MUÑOZ, quien como máxima autoridad local y ordenador del gasto tiene dentro de sus deberes conocer, respetar y aplicar el Estatuto General de la Contratación Pública,

siendo palpable que junto a su asesor jurídico desconocieron las modalidades de selección; terminó suscribiendo el mencionado convenio, firmando el Estudio de Conveniencia y Oportunidad, así como las respectivas órdenes de pago, acta de recibo y liquidación, y que igualmente tenían interés en contratar de forma directa con la FSG. Dicho de otra forma, al asumir dicha investidura el servidor público está en la obligación de conocer y aplicar las funciones y responsabilidades que de la misma se deriven, y al no hacerlo incumplió principios de orden constitucional en detrimento del bien jurídico de la administración pública.

Finalmente, se evidencia que el contratista HAROL DE JESÚS HINCAPIE RIVERA, como el que más conocía que la FSG de la cual era representante legal no contaba con la idoneidad, experiencia específica requerida para el cumplimiento del contrato 1159, incurriendo en maniobras y argucias, a fin de ajustar un objeto social que en realidad no tenían, acudiendo incluso a la subcontratación a fin de ser beneficiario del contrato. Conociendo claramente que no contaba con la capacidad, logística, objeto, músculo financiero para llevar a cabo una actividad completamente ajena al giro ordinario de los servicios que venía cumpliendo desde el campo espiritual, tales como evangelización, oración y vocación cristiana, refulgiendo los esfuerzos por ampliar este campo a todo lo que tenga que ver con jóvenes.

De donde se concluye fundadamente y contrario a lo que sostiene el a quo en el fallo apelado, la responsabilidad que les asiste a los coprocesados ÓSCAR ANDRÉS PÉREZ MUÑOZ, HANS DE JESÚS WAGNER JARAMILLO y HAROLD DE JESÚS HINCAPIE RIVERA, en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales consagrado en el art. 410 del C. Penal, a este último en su condición de interviniente especial, si bien tiene como base el Informe de Contraloría sobre los Hallazgos o Conclusiones de la Revisoría Fiscal efectuada por dicha entidad de control al contrato 1159 de 2010, resulta plenamente refrendado con otros medios probatorios acopiados en este caso, sin que resulte de recibo que el juez acuda por fuera de una debida valoración independiente, objetiva y autónoma, a los conceptos y criterios sobre puntos de derecho expuestos por el coordinador del equipo fiscal ELKIN MONTROYA, como prueba en este juicio.

En síntesis, en criterio de este colegiado la gestión contractual desplegada por los investigados denota tanto tipicidad objetiva como subjetiva, terminó desconociendo los principios de la contratación estatal, y trasgrediendo efectivamente el bien jurídico de la Administración Pública, en desmedro de los bienes y recursos públicos.

Ubicados en el otro delito que conforma la acusación en contra de los inculpados, esto es, en la conducta punible de peculado por apropiación, se tiene que dicha ilicitud cuenta con consagración expresa en el art. 397 del C. Penal, como sigue:

“El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.”

Delito considerado por el legislador como violatorio del bien jurídico de la administración pública. “Empero, en una conceptualización más atinada, puede decirse que en el delito de peculado propiamente dicho el objeto jurídico de la tutela penal es el interés del Estado en la probidad y corrección del funcionario (o servidor público) y el interés de la defensa de los bienes patrimoniales de la administración pública.”¹⁰

¹⁰ CANCINO, Antonio José, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Delitos Contra la Administración Pública*, Universidad Externado de Colombia, Tercera edición, abril de 2019, pág. 254.

*Modelo comportamental sobre el que la doctrina sostiene que: "... para que el resultado se produzca es imprescindible que se menoscabe, o se ponga en peligro, la recta funcionalidad de la administración pública, aun sin el enriquecimiento del delincuente, ya que, por un lado, basta la posibilidad de disponer, por parte del sindicado, de los bienes apropiados, sin que se exija el goce o disfrute, que puede no llegar a ocurrir, y por el otro, las normas sobre peculado tienen como finalidad la protección de la administración pública o asimilada a pública, es decir, del interés del Estado relativo a la organización, al regular funcionamiento y al decoro de los órganos públicos, y no se descarta, desde luego, el que no se presente el daño patrimonial en particular."*¹¹

Si la FSG hubiera hecho una buena gestión de los recursos y tratándose de una entidad sin ánimo de lucro era de su resorte demostrar en qué invirtió los \$180.000.000, solo se acredita documentalmente pagos mensuales a los coordinadores del CMJ, incluso los de septiembre que el Municipio no estaba obligado a cumplir, advirtiéndose que previo a la contratación y en el estudio de Conveniencia y Oportunidad y en la propuesta que presentó la fundación, no se discriminaron costos o valores de los bienes y servicios por contratar.

Como se puede ver, en orden a que la jurisdicción penal entre a conocer este caso y determine que el mismo encuadra en la figura jurídica del peculado por apropiación, resulta indispensable la demostración de la defraudación del erario, la apropiación de recursos públicos en cabeza de los aquí inculpados, a "cuya persecución mal podía renunciarse o inhibirse porque a su base subyaciera un conflicto... de interpretación normativa."

Bajo los parámetros anunciados estimamos que la Fiscalía cumplió igualmente frente a esta ilicitud la carga de demostrar más allá de toda duda la materialidad del delito y la responsabilidad de los enjuiciados en su realización, concluyendo por otra parte el a quo que no solo allegó comprobantes de pagos y egresos efectuados por la FSG, sino que los mismos no fueron objetados o tachados en forma legal alguna, por lo que allegan credibilidad sobre que muy probablemente hacen parte de los gastos en que dicha persona jurídica sin ánimo de lucro incurrió para la ejecución del citado contrato 1159.

¹¹ Ibid. 256.

Más, esta afirmación deja de lado como juiciosamente lo pone de presente la Fiscalía que, contrastadas las cifras con los gastos y los documentos que obran como prueba, sale a relucir varias inconsistencias, por ejemplo lo que tiene que ver con el rubro por honorarios, el cual ascendió a \$30.000.000, muy por debajo de los \$80.000.000 consignados en la propuesta presentada por el representante legal de la FSG, HAROLD HINCAPIE RIVERA, como gastos referidos al equipo de trabajo; mientras que los recibos de pago de los contratistas y de egreso de la FSG dan cuenta que les fue pagada a cada uno la suma de 1.500.000 por actividades realizadas entre el 1 de septiembre y el 1° de octubre de 2010. Aproximadamente \$7.500.000 frente a los \$20.000.000 señalados en el anticipo del 4 de octubre de 2010.

O que se pagaron actividades desarrolladas por la FSG en el mes de septiembre de 2010, en razón del contrato 1159, cuando aún no habían firmado y perfeccionado el bilateral, o que en el mes de diciembre se realizó un pago por concepto de publicidad, cuando ya se había elegido a los consejeros, de donde se pregunta válidamente la libelista y este Magistratura a qué se le estaba presuntamente haciendo aún publicidad cuando las gestiones inherentes al programa y gestión propuestos ya habían finiquitado.

Esto para mencionar solo algunas inconsistencias en las que no repara la primera instancia, quien tan solo acepta cándidamente que no solo allegó comprobantes de pagos y egresos efectuados por la FSG, sino que los mismos no fueron objetados o tachados en forma legal alguna, por lo que allegan credibilidad sobre que muy probablemente hacen parte de los gastos en que incurrió para la ejecución del citado contrato 1159, pero sin contrastarlos ni subsumirse en su análisis individual y conjunto como era menester y lo pone de relieve la Fiscalía.

Ni qué decir de los informes de actividades presentados por los contratistas para el pago, que soportan las actas de pago, y presentan serias inconsistencias, por ejemplo, el de CARLOS JUNIOR ZAMARRA del mes de noviembre que escribió como actividad: 8 y 9 de noviembre acompañamiento a escrutinios": el comité escrutador señaló en el acta que los escrutinios se terminaron el 8 a las 04:30 de la tarde. Otro de los aspectos que tampoco se

explica desde la postura asumida para absolver igualmente por el cargo bajo análisis.

En igual sentido, se tiene que en los informes de ADRIANA PATRICIA VELAZQUEZ, específicamente el del 7 de noviembre, se lee que estuvo en la elección, más en testimonio manifestó lo contrario; constando igualmente en el informe que los días 8, 9, 10 acompañó los escrutinios cuando estos habrían terminado el 8 de noviembre de 2010, en lo que nuevamente estamos de acuerdo con la delegada del ente persecutor, en cuanto a que refulgen prístinas en ambos casos las serias inconsistencias que terminan desdibujando los alegados fundamentos para la inversión de los dineros públicos, emergiendo sin mayores esfuerzos intelectivos que se trata de vacuos intentos para sumar en razones tratando de justificar el valor del contrato 1159.

Para la Sala tampoco cabe duda que se realizaron algunas visitas a colegios que no dan para soportar la cuantiosa inversión desplegada por la Administración Municipal de Bello en este programa, anunciando desde el estamento territorial a los colegios que las visitas a los entes educativos se realizarían entre el 16 de septiembre de 2010 y el 1° de octubre de 2010, esto es, antes de la suscripción y perfeccionamiento del contrato, e informando algunos de sus directivos que en los archivos institucionales no reposa evidencia de haberse desarrollado dicha actividad, tenido claro que algunos contratistas y como era de esperarse aleguen sobre esta variable que visitaron todos los colegios, más otros afirman que la gran mayoría, lo que no coincide con lo reseñado más arriba.

En esta dirección no puede dejar de reparar este colegiado en el anexo 1 al “Estudio de Conveniencia y Oportunidad para Coordinar y Ejecutar el Proceso Electoral del Consejo Municipal de la Juventud del Municipio de Bello, hasta su conformación y posesión”, obrante en la foliatura, en el que en Actividades CMJ Bello se plasma una clasificación del gasto por: talento humano, alimentación, recurso logístico, kits de materiales e implementos, Comunicaciones: Impresos y Publicaciones, Otros: Papelería, fotocopias y material didáctico, Equipos, sin alusión alguna a valores totalizados ni individuales.

Por otra parte se dice que la FSG, asesoró y brindó acompañamiento para la proyección de los actos administrativos ya que solo los podía suscribir la administración municipal, tratando nuevamente de explicar de alguna manera el pago por actuaciones indelegables a cargo de aquella, aunado al argumento de la colaboración armónica que cae de su propio peso en este caso, pues como lo destaca la libelista, si se trataba de esto último ninguna contraprestación debió generar en desarrollo del pluricitado contrato 1159.

Así, el elemento configurativo del delito en cuestión se termina de aquilatar cuando se demuestra que el proceso de conformación del CMJ, que finalmente le terminó costando al Municipio de Bello la suma de \$180.000.000, si se atiende a la lectura y lo preceptuado en el Decreto 0664, no llama a duda que las actividades contratadas con la FSG estaban designadas a cada secretaria según su competencia y rol. Recuérdese que incluso el testigo OMAR CORRALES dio a conocer que varios Municipios habrían realizado la gestión que aquí se discute con innegable detrimento de los intereses patrimoniales del Estado, sin necesidad de acudir a la contratación de terceros.

En fin, concluye esta Sala de Decisión Penal que así quedó suficientemente demostrado que en ello consistió el rubro objeto de apropiación por terceros, infringiendo los funcionarios públicos que realizaron el peculado su propio y exclusivo deber funcional, desconociendo de paso “el interés del Estado en la probidad y corrección del funcionario (o servidor público) y el interés de la defensa de los bienes patrimoniales de la administración pública”, de aquellos recursos que indiscutiblemente son de todos y por ende merecen el mayor recelo y defensa de parte de la institucionalidad y la comunidad en general.

Mientras que el contratista, en su calidad de interviniente especial, tal y como se expuso en cuartillas anteriores de este proveído, sencillamente acudió a artimañas para adicionar y acomodar el objeto social, pues sabía que no contaba con la idoneidad, capacidad económica y trayectoria exitosa en el ramo exigido, quedándose en últimas con los dineros públicos sin demostrar fehacientemente un gasto responsable y basado en el principio de transparencia y economía que terminó afectando de forma sería el erario.

Por lo que los encartados en estos hechos deben igualmente responder por el delito de peculado por apropiación, en tanto su culpabilidad en los delitos que conforman el pliego de cargos se califica como dolosa, sin que obre a su favor alguna causal de ausencia de responsabilidad de las consagradas en el art. 32 del C. Penal, y se trata de imputables, y en tal sentido la Sala entrará a modificar este apartado de la sentencia recurrida, realizando el respectivo ejercicio de dosificación punitiva para determinar las penas y sanciones que deberán cumplir los procesados por los delitos por los que se les formuló acusación.

DOSIFICACIÓN PUNITIVA

Al encontrar de esta forma la Sala culpable a los acusados del delito de acto sexual violento del art. 206 del C. Penal, por el cual resultó absuelto en primera instancia, deviene forzosa la revocatoria del apartado de la sentencia impugnada y consecuentemente la imposición de las respectivas penas, para lo cual acudiremos a los criterios de dosimetría penal consagrados en los artículos 60 y 61 de la obra sustantiva. Lo mismo que a lo dispuesto en el canon 4º *ibid.*, que consagra las funciones de la pena.

i) Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Según la fecha de los hechos investigados, las penas aplicables al caso corresponden a las previstas en el **art. 410 del C. Penal. Modificado. Ley 890/04 art. 14**, el cual contempla unas penas que oscilan de 64 a 216 meses de prisión.

Para obtener el ámbito de movilidad punitiva se procede a restarle al quantum superior el mínimo y se divide el resultado por cuatro, operación aritmética mediante la cual se obtiene el respectivo ámbito de movilidad punitiva: $216 - 64 = 152$ dividido por 4 = 38.

Graficados los cuartos quedan de la siguiente manera:

Cuarto mínimo: 64 meses a 102 meses
Cuarto medio: 102 meses y un día a 140 meses
Cuarto medio: 140 meses y un día a 178 meses
Cuarto máximo: 178 meses y un día a 216 meses

Pena de multa: 66,66 smlmv a 300 smlmv, la operación aritmética de resta nos arroja 233,34, que dividido cuatro es igual a 58.335 smlmv.

<i>Cuarto mínimo: 66.66 smlmv a 124,995 smlmv</i>
<i>Cuarto medio: 124,995 smlmv a 183.35 smlmv</i>
<i>Cuarto medio: 183.35 smlmv a 241,685 smlmv</i>
<i>Cuarto máximo: 241,685 smlmv a 300 smlmv</i>

En atención a ese margen de movilidad reglada que le concede el legislador al funcionario judicial a la hora de decidir la pena de la que ha de partir en cada caso concreto, acorde a los fundamentos para la individualización de la pena de que habla el artículo 61 del Estatuto Sustantivo en materia penal, cuando dispone en su inciso 3º que: “Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor intensidad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.”

Teniendo en cuenta la modalidad y gravedad del delito, así como la necesidad de la pena y el daño real causado por los agentes con su comportamiento doloso, es preciso significar que en criterio de esta Sala el comportamiento del sujeto activo es grave, sin embargo, en aplicación restrictiva de la mencionada normativa, dichos aspectos, salvo criterio más ilustrado, devienen ínsitos al desvalor de acción previsto en el modelo típico por el que debe responder, a lo que se suma que no se demostró que este cuenten con antecedentes penales, por lo que ninguna razón atendible y demostrada en juicio encuentra la Sala para apartarse del primer cuarto de movilidad punitiva, y dentro de este del quantum mínimo de la pena, al considerar que de esta manera la conducta punible desplegada por el procesado encuentra su condigna sanción.

En consecuencia, las precisiones hechas para graduar los extremos punitivos arrojan que la sanción de prisión de la que partirá esta Sala de Decisión Penal en el caso de la especie debe ser de sesenta y cuatro (64) meses y multa de 66.66 smlmv.

Según lo dispuesto en la parte final del art. 410 del C. Penal el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales conlleva inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 meses a 216 meses, por lo que esta Sala en consonancia con lo antes analizado partirá del quantum mínimo, esto es, de 80 meses.

ii) Peculado por apropiación. Según la fecha de los hechos investigados, las penas aplicables al caso corresponden a las previstas en el **art. 397 del C. Penal. Modificado. Ley 890/04 art. 14**, el cual contempla unas penas que oscilan de 96 a 270 meses de prisión, las cuales se aumentan según el inc. 2° del art. 397 ibid, cuando lo apropiado supera el valor de 200 smlmv para la época de los hechos, lo que arroja los siguientes hitos: 96 en el mínimo y 405 en el techo.

Para obtener el ámbito de movilidad punitiva se procede a restarle al quantum superior el mínimo y se divide el resultado por cuatro, operación aritmética mediante la cual se obtiene el respectivo ámbito de movilidad punitiva: $405-96 = 309$ dividido por 4 = 77.25.

Graficados los cuartos quedan como sigue:

Cuarto mínimo: 96 meses a 173.25 meses
Cuarto medio: 173.25 meses y un día a 250.5 meses
Cuarto medio: 250.5 meses y un día a 327.75 meses
Cuarto máximo: 327.75 meses y un día a 405 meses

En atención a ese margen de movilidad reglada que le concede el legislador al funcionario judicial a la hora de decidir la pena de la que ha de partir en cada caso concreto, acorde a los fundamentos para la individualización de la pena de que habla el artículo 61 del Estatuto Sustantivo en materia penal, cuando dispone en su inciso 3° que: “Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor intensidad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la

punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.”

Teniendo en cuenta la modalidad y gravedad del delito, así como la necesidad de la pena y el daño real causado por los agentes con su comportamiento doloso, es preciso significar que en criterio de esta Sala el comportamiento del sujeto activo es grave, sin embargo, en aplicación restrictiva de la mencionada normativa, dichos aspectos, salvo criterio más ilustrado, devienen ínsitos al desvalor de acción previsto en el modelo típico por el que debe responder, a lo que se suma que no se demostró que estos cuenten con antecedentes penales, por lo que ninguna razón atendible y demostrada en juicio encuentra la Sala para apartarse del primer cuarto de movilidad punitiva, y dentro de este del quantum mínimo de la pena, al considerar que de esta manera la conducta punible desplegada por el procesado encuentra su condigna sanción.

En consecuencia, las precisiones hechas para graduar los extremos punitivos arrojan que la sanción de prisión de la que partirá esta Sala de Decisión Penal en el caso de la especie debe ser de noventa y seis (96) meses y multa equivalente a lo apropiado \$180.000.000.

Según lo dispuesto en la parte final del inc. 1° del art. 397 del C. Penal refiere que este delito conlleva inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, por lo que esta Sala en consonancia con la más arriba analizado partirá del quantum mínimo, esto es, de 96 meses.

*Ahora bien, atendiendo a la **teoría de los concursos**, art. 31 del C. Penal, partiremos del delito más grave atendida su naturaleza aumentada hasta en otro tanto. En consecuencia, en esta oportunidad partiremos de los 96 meses de prisión previstos para el delito de peculado por apropiación, aumentado en 24 meses por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, para un total de 120 meses de prisión, y por el mismo término la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.*

En cuanto a la sanción pecuniaria enseña el art. 39.4 que estas se suman, por lo que a los \$180.000.000 se suma 66.66 smlmv, o lo que es lo mismo 349,5¹² smlmv más 66.66 smlmv, lo que arroja como resultado para la pena pecuniaria una cifra de 416,16 smmlv.

En el caso del interviniente especial, por expreso mandato del art. 30, inc. 3° del Estatuto Represor se le rebajará las penas anteriores en una cuarta parte, lo que nos arroja las siguientes cifras: Pena de prisión: $120 / 4 = 30$. $120 - 30 =$ **90 meses**. Sanción pecuniaria: $416,16 / 4 = 104,04$. $416,16 - 104,04 =$ **312,12 smlmv**. Inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas: **90 meses**.

DE LOS SUBROGADOS PENALES

Se negará la condena la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria de que tratan los art. 63 y 38 del C. Penal. Modificado por la Ley 1142 de 2007, con las modificaciones introducidas por la ley 1142 de 2007, por cuanto en ambos casos no se supera el requisito de carácter objetivo exigido en las mencionadas normas, a saber, que la pena prevista por el legislador sea de cinco años o menos, y que la pena efectivamente impuesta sea de tres años o menos, respectivamente.

Ahora, si se aplicará por favorabilidad lo preceptuado en el en el artículo 38B ídem, modificado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, como quiera que la pena abstracta a considerar prevista por el legislador para quien aspira a esta gracia sería de 8 años, conforme a este factor objetivo, traído por el numeral 1° de la norma en cita, sería viable el estudio de la concesión del mismo. No obstante, el numeral 2° del artículo 38B en cita restringe la concesión de la prisión domiciliaria a condición, que no se trate de uno de los delitos listados en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el cual contempla como excluidos de la concesión del beneficio o subrogado, a persona quienes “hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública” como es el caso que nos concita.

¹² Cifra que se obtiene de dividir \$180.000.000 por el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2010, esto es, \$515.000.

En consecuencia, se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria de que tratan los art. 63 y 38 del Código penal, respectivamente, a los condenados ÓSCAR ANDRÉS PÉREZ MUÑOZ, HANS DE JESÚS WAGNER JARAMILLO y HAROLD DE JESÚS HINCAPIÉ RIVERA, y se ordenará librar la correspondiente orden de captura en su contra para el descuento efectivo de la pena privativa de la libertad de locomoción.

En relación al condenado ÓSCAR ANDRÉS PÉREZ MUÑOZ, quien en la actualidad es el Alcalde del Municipio, y en pro de no afectar el curso continuo de la administración pública en esa localidad, previo a hacerse efectiva la orden de captura del mismo, se oficiará al Gobernador de Antioquia, en pro de que ordene en forma inmediata la suspensión en el cargo de este condenado, y nombre transitoriamente en encargo a quien lo deba reemplazar, mientras se llevan a cabo los trámites respectivos que deban surtirse conforme las disposiciones legales sobre la materia.

IDENTIFICACIÓN DE LOS ACUSADOS

ÓSCAR ANDRÉS PÉREZ MUÑOZ, identificado con cédula de ciudadanía nro. xxxxxxxx de Medellín, Antioquia, nacido el 30 de enero de 1976 en la misma localidad, hijo de Esperanza y Gildardo, con domicilio en carrera xxx número x x-xx, Interior xxxx, CCdB, teléfono xxxxxxxxxx.

HANS DE JESÚS WAGNER JARAMILLO, identificado con cédula de ciudadanía nro. xxxxxxxx de Medellín, Antioquia, nacido el 5 de enero de 1958 en la misma localidad, hijo de Silvia y Hans, con domicilio en la calle x Sur N° xx-xxx, apartamento xxx, Torre x, PRLC, teléfono xxxxxxxxx-xxxxxxx.

HAROLD DE JESÚS HINCAPIÉ RIVERA, identificado con cédula de ciudadanía nro. xxxxxxxx de Medellín, Antioquia, nacido el 29 de marzo de 1969 en la misma localidad, hijo de Ana María y José Joaquín, con domicilio en la avenida xx N° xx -xxx, apartamento xxxx, sector Navarra, Bello.

*En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia absolutoria proferida en el caso del rubro, según los argumentos expuestos en la parte considerativa, y en su lugar **PROFERIR PRIMERA SENTENCIA DE CONDENA** en contra de los acusados **ÓSCAR ANDRÉS PÉREZ MUÑOZ, HANS DE JESÚS WAGNER JARAMILLO y HAROLD DE JESÚS HINCAPIÉ RIVERA**, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales cometido en concurso heterogéneo con el delito de peculado por apropiación, art. 410 del C. Penal. Modificado por el art. 14 de la ley 890/04, y 397 del C. Penal. Modificado por el art. 14 de la ley 890/04, respectivamente, en calidad de coautores los primeros e interviniente especial el último.

En consecuencia, se les impone por el delito en cuestión y como penas principales la de prisión de ciento veinte (120) meses a cada uno de los coautores y noventa (90) meses de prisión al interviniente especial, así como la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término definido para cada uno como privativo de la libertad de locomoción; mientras que la sanción pecuniaria se fija en cuatrocientos dieciséis coma dieciséis (416,16) smlmv para los coautores y trescientos doce coma doce (312,12) smlmv en el caso del interviniente especial.

SEGUNDO: NEGAR a los condenados **ÓSCAR ANDRÉS PÉREZ MUÑOZ, HANS DE JESÚS WAGNER JARAMILLO y HAROLD DE JESÚS HINCAPIÉ RIVERA**, la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria de que tratan los art. 63 y 38 del C. Penal, conforme a lo analizado en la parte considerativa de este proveído. En consecuencia, se ordena librar las correspondientes órdenes de captura.

En relación al condenado **ÓSCAR ANDRÉS PÉREZ MUÑOZ**, quien en la actualidad es el Alcalde del Municipio de Bello, en procura de no afectar el curso continuo de la administración pública en esa localidad, previo a hacerse efectiva la orden de captura del mismo, se oficiará al Gobernador de Antioquia, para que ordene en forma inmediata la suspensión en el cargo de este condenado, y nombre transitoriamente en encargo a quien lo deba reemplazar,

mientras se llevan a cabo los trámites respectivos que deban surtirse conforme las disposiciones legales sobre la materia.

TERCERO: Se les reconoce a los condenados el abono punitivo por el tiempo que hayan estado privados de su libertad en virtud de este proceso.

CUARTO: Infórmese a las autoridades competentes sobre el proferimiento de esta sentencia condenatoria en contra de los ciudadanos **ÓSCAR ANDRÉS PÉREZ MUÑOZ, HANS DE JESÚS WAGNER JARAMILLO y HAROLD DE JESÚS HINCAPIÉ RIVERA.**

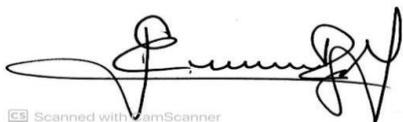
QUINTO: Por contener la primera condena, contra la presente decisión procede para la defensa la impugnación especial ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual deberá interponerse dentro de los cinco días hábiles siguientes a la última notificación, surtiéndose el traslado a los no recurrentes, contando con treinta días para la sustentación de la impugnación especial, para lo cual se aplica lo dispuesto en el art. 183 de la ley 906/04. Los demás sujetos procesales e intervinientes podrán interponer casación, contando con los mismos términos procesales.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados¹³,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO


Scanned with CamScanner

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ


JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE
Magistrado

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

¹³ El presente proveído se suscribe de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas”.