



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

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

**JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado Ponente**

**SEP 111-2023
Radicación 47325
CUI 11001020400020150247100
Aprobado mediante acta No. 91**

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Culminada la audiencia de juzgamiento procede la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia a dictar el fallo que en derecho corresponda, dentro de la causa seguida contra el exgobernador del departamento del Cesar, RODRIGO CANOSA GUERRERO, quien fue acusado por la Fiscalía General de la Nación, como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 410 C.P.).

EL PROCESADO

RODRIGO CANOSA GUERRERO, identificado con cédula de ciudadanía No. 12.501.687, natural de Pelaya (Cesar), nacido el 21 de febrero de 1968, estado civil casado, grado de instrucción cuatro semestres de administración de empresas.

LOS HECHOS

La situación fáctica que rodea esta actuación, tiene como fundamento las irregularidades en las que incurrió el procesado RODRIGO CANOSA GUERRERO en su condición de gobernador del departamento del Cesar, en el periodo comprendido entre el 26 de julio y el 20 de diciembre de 2007, al suscribir los convenios 449 y 500 de la misma anualidad, violando los principios de transparencia y selección objetiva existentes en la Ley 80 de 1993.

Lo anterior, por cuanto el exgobernador CANOSA GUERRERO suscribió con la Fundación FUNARKGO ONG el convenio 449 de 2007 cuyo objeto fue la *"dotación de material bibliográfico para los centros educativos públicos del departamento del Cesar, niveles Preescolar, Primaria y Bachillerato"*, por valor de \$3.779.785.800, adicionado el 11 de diciembre de la misma anualidad por valor de \$1.889.892.900; con fundamento en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, sin tener en cuenta que la mentada entidad no acreditó la *reconocida idoneidad* exigida en el Decreto 777 1992 (aplicable para este tipo de convenios), respecto de la cual, no se expidió por escrito la certificación motivada señalada en la referida norma, como tampoco se acreditó dicha exigencia normativa de manera objetiva

y material, de acuerdo a la experiencia relacionada por la entidad contratista en la propuesta presentada ante el ente territorial, que le permitió adjudicarse el convenio investigado.

En igual sentido, celebró el convenio 500 de 2007 con la entidad denominada ADMINISTRADORA PÚBLICA COOPERATIVA GRUPO APC representada legalmente por Edwin Sosa Espinosa, cuyo objeto fue el de brindar la *"dotación y equipamiento de las salas de informática en las sedes de educación básica primaria de las instituciones y centros educativos del sector oficial del departamento del Cesar"*, por un valor de \$2.258.783.573; sin expedir, igualmente, el escrito motivado respecto de la reconocida idoneidad de la mentada entidad.

Para la verificación de tales convenios, los entes de control, a través del Procurador Regional del Cesar y los Gerentes Departamentales del Cesar, denunciaron presuntas irregularidades en la celebración de los convenios derivadas de la falta de planeación, incumplimiento al deber de selección objetiva y desconocimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 777 de 1992.

Por tal motivo, la Fiscalía General de la Nación presentó la respectiva acusación en contra de RODRIGO CANOSA GUERRERO por el punible de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* establecido en el artículo 410 del Código Penal en concurso homogéneo y sucesivo.

ANTECEDENTES

1. Actuación procesal

1.1. Una vez conocidos los hechos denunciados, el Fiscal General de la Nación inició investigación previa¹ en contra de RODRIGO CANOSA GUERRERO, posteriormente dio apertura de instrucción con resolución del 4 de junio del año 2009² en la que ordenó su vinculación mediante indagatoria, al encontrar irregularidades en la contratación llevada a cabo bajo su administración como gobernador del Departamento del Cesar, respecto del contrato No. 449 de 19 de noviembre de 2007.

1.2. De igual forma, como quiera que sobre los mismos hechos se estaba adelantando una investigación en contra del procesado CANOSA GUERRERO bajo el radicado 12516, en razón del mencionado convenio No. 449 y además, por la celebración del convenio 500 también del año 2007, el Fiscal General de la Nación (e) mediante resolución del 21 de diciembre del 2010³, ordenó remitir esas diligencias para que continuaran bajo el radicado 11924 (es decir, el sumario aquí adelantado), lo cual fue aceptado en proveído del 5 de abril de 2011⁴.

1.3. De manera ulterior, con la resolución No. 00200 del 2 de febrero de 2012⁵, la Fiscalía General de la Nación asignó, entre otras, a la Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia esta investigación, quien vinculó al mencionado CANOSA

¹ Folio 15 Cuaderno Original 1 de la Fiscalía.

² Folio 62 Cuaderno Original 1 de la Fiscalía.

³ Folio 296 Cuaderno Anexo 8

⁴ Folio 229-230 Cuaderno Original Fiscalía No. 1

⁵ Folio 281-283 Cuaderno Original Fiscalía No. 1

GUERRERO por medio de la diligencia de indagatoria llevada a cabo el 7 de marzo de 2012, a través de la comisión auxiliada por un Fiscal Especializado de la ciudad de Bogotá⁶, para finalmente, asignar el conocimiento de la misma al Despacho 10° Fiscal delegado ante esta Corporación, por vía de la resolución No. 00530 de 15 de febrero de 2013⁷, quien resolvió su situación jurídica mediante decisión de 29 de octubre de 2014⁸, absteniéndose de imponer medida de aseguramiento alguna.

1.4. Con resolución del 13 de julio de 2015⁹, la Fiscalía declaró cerrada la investigación y en decisión del 30 de octubre del mismo año¹⁰, procedió a calificar el mérito del sumario con resolución acusatoria en contra de RODRIGO CANOSA GUERRERO como presunto autor penalmente responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo, por el trámite y celebración de los convenios No. 449 y 500 de 2007, precluyendo la investigación por el punible de peculado por apropiación y se abstuvo nuevamente de imponer medida de aseguramiento en su contra.

1.5 La anterior decisión fue objeto del recurso de reposición por parte de la defensa, siendo confirmada en su integridad por el mismo despacho Fiscal mediante resolución de fecha 24 de noviembre del mismo año 2015¹¹.

1.6. Una vez ejecutoriada la decisión acusatoria, correspondió a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de

⁶ Folio 294 Cuaderno Original 1° de la Fiscalía. Cd contentivo de la diligencia Anexo Folio 88 Cuaderno Original 2° de la Fiscalía.

⁷ Folios 30 a 32. Cuaderno Original 2° de la Fiscalía.

⁸ Folio 149 a 187. Cuaderno Original 2° de la Fiscalía.

⁹ Folio 165. Cuaderno Original 3° de la Fiscalía.

¹⁰ Folio 254-309 Cuaderno original 3° de la Fiscalía.

¹¹ Folio 18-24 Cuaderno original 4° de la Fiscalía.

Justicia adelantar el juicio a partir del 16 de diciembre de la misma anualidad¹², quien procedió a correr el respectivo traslado consagrado en el artículo 400 del C.P.P. (Ley 600 de 2000) a los sujetos procesales¹³, el cual una vez concluido¹⁴, dio paso a la celebración de la audiencia preparatoria en sesiones del 25 de octubre del 2016¹⁵ y 19 de enero de 2017¹⁶.

1.7 Posteriormente, encontrándose la causa para llevar a cabo la respectiva audiencia pública se produjo la creación de esta Sala Especial de Primera Instancia a través del Acto Legislativo 01 de 2018, por lo que se dispuso su remisión a esta instancia en auto de fecha 19 de julio de la misma anualidad proferido por la Sala de Casación Penal de esta Corporación¹⁷, correspondiendo a este Despacho el 17 de agosto siguiente¹⁸, procediéndose a continuar con el trámite respectivo, y se fijó para el día 8 de julio del año 2019 la realización de la audiencia de juzgamiento¹⁹.

1.8. Finalmente, después de numerosos aplazamientos solicitados por la defensa y la Fiscalía, y con ocasión de las dificultades presentadas por la emergencia sanitaria declarada en el territorio nacional como consecuencia del virus del Covid-19, la mencionada audiencia fue celebrada el 14 de marzo del año inmediatamente anterior²⁰, culminando con las alegaciones finales en las que tanto la Fiscalía como el representante del Ministerio Público solicitaron sentencia de carácter condenatorio en contra

¹² Acta de reparto. Folio 3. Cuaderno Original 1° Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal

¹³ Folio 8°. Cuaderno Original 1° Corte Suprema de Justicia

¹⁴ Folio 62 Cuaderno Original 1° Corte Suprema de Justicia

¹⁵ Folio 72-73 Cuaderno Original 1° Corte Suprema de Justicia

¹⁶ Folio 142-143 Cuaderno Original 2° Corte Suprema de Justicia

¹⁷ Folio 230 Cuaderno Original 2° Corte Suprema de Justicia

¹⁸ Folio 240 Cuaderno Original 2° Corte Suprema de Justicia

¹⁹ Folio 242. Auto fija fecha. Cuaderno Original 2° Corte Suprema de Justicia.

²⁰ Folio 131-133 Cuaderno Original 4° Corte Suprema de Justicia

del acusado CANOSA GUERRERO, mientras que la defensa petitionó su absolución.

2. La acusación

Mediante resolución fechada 30 de octubre de 2015 la Fiscalía Décima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, calificó la instrucción acusando a RODRIGO CANOSA GUERRERO como autor responsable del delito contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 410 Código Penal) en concurso homogéneo, al considerar la presencia de irregularidades en la suscripción de los convenios No. 449 y 500 del 2007 en su calidad de gobernador del departamento del Cesar para la época de los hechos, al tiempo que precluyó la investigación a su favor por el punible de peculado por apropiación (art. 397 ibídem).

Adujo el ente acusador que CANOSA GUERRERO fue designado gobernador encargado del departamento del Cesar mediante el Decreto 2835 de 26 de julio de 2007, cumpliendo sus funciones desde el día siguiente hasta el 20 de diciembre de esa misma anualidad, tiempo en el que celebró los siguientes convenios, para cuyo efecto invocó la normatividad contenida en los artículos 305 y 355 de la Constitución Política, artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y el Decreto Reglamentario 777 de 1992:

1. Convenio 449 de fecha 19 de noviembre de 2007 con la fundación FUNARKGO ONG representada legalmente por William Arévalo Ramírez, cuyo objeto fue la

“dotación de material bibliográfico para los centros educativos públicos del departamento del Cesar, niveles preescolar, primaria y bachillerato”, por valor de \$3.779.785.800, el cual fue adicionado el 11 de diciembre de 2007 por valor de \$1.889.892.900.

2. Convenio No. 500 de 20 de diciembre de 2007, con la ADMINISTRADORA PÚBLICA COOPERATIVA GRUPO APC representada legalmente por Edwin Sosa Espinosa, con el objeto de brindar la *“dotación y equipamiento de las salas de informática en las sedes de educación básica primaria de las instituciones y centros educativos del sector oficial del departamento del Cesar”, por valor de \$2.258.783.573.*

Para el ente Fiscal, dichos convenios fueron llevados a cabo con trasgresión de las normas legales, pues en cuanto al No. 449 de 2007, no evidenció que la administración dirigida por el acusado CANOSA GUERRERO haya expedido el certificado de idoneidad de la fundación FUNARKGO ONG debidamente motivado tal como lo exige el Decreto 777 de 1992, determinando, además, que pese a lo establecido en la cláusula 1.7 de dicho convenio, por medio de la cual, la Secretaría General de la Gobernación del Cesar emitió la invitación a cotizar No. 001 el 2 de noviembre del 2007 para que las entidades sin ánimo de lucro que desearan participar entregaran sus propuestas, la administración del acusado escogió finalmente la del contratista FUNARKGO ONG, violando los principios de transparencia y de selección objetiva que rigen

la contratación pública al no observar el referido requisito de idoneidad.

Por esa razón, determinó que el registro único de proponentes resultaba indispensable para la adjudicación del convenio, encontrando que de acuerdo al certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 30 de octubre de 2007, la referida fundación FUNARKGO ONG no acreditó experiencia relacionada con el objeto del contrato y tampoco aparece definida su capacidad máxima de contratación.

Posteriormente, señaló que de acuerdo al oficio del 10 de noviembre de 2014 allegado al sumario, la Cámara de Comercio certificó que para el mes de noviembre del año 2007, FUNARKGO ONG no se encontraba en el registro único de proponentes y además, en la declaración vertida ante la Fiscalía por parte del entonces representante legal de la mencionada entidad contratista, este afirmó no recordar el objeto social de la misma, como tampoco indicó su experiencia sobre la ejecución de actividades realizadas en materia de educación.

De igual manera, en cuanto al convenio No. 500 de 2007, la Fiscalía tampoco halló el escrito motivado que certificara la idoneidad de la empresa ADMINISTRADORA PÚBLICA COOPERATIVA GRUPO APC, al punto que el gobernador del departamento del Cesar del año siguiente, mediante resolución No. 00446 del 26 de marzo de 2018 así lo dejó estipulado y posteriormente, ante el informe presentado por el Ingeniero Amilkar Sierra Romano adscrito a la Secretaría de Educación Departamental en el que señaló la inexistencia de la referida

idoneidad de la entidad contratista, esto dio lugar a que la administración decretara la terminación unilateral de dicho convenio a través de los actos administrativos 01658 del 9 de junio de 2008 y 04430 del 16 de septiembre de la misma anualidad, en razón a que no se dejó constancia en el expediente contractual respectivo, de las razones por las cuales se le adjudicó ese convenio al cooperante Grupo APC.

Por otra parte, apoyada en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia relativa al objeto de los contratos celebrados bajo el amparo del artículo 355 de la Carta Política y el Decreto 777 de 1992, la Fiscalía concluyó que con la celebración de los convenios censurados, se desconocieron las directrices establecidas en estas normativas, pues de un lado el objeto social de la fundación FUNARKGO ONG no tiene definido un programa relacionado con educación, que permitiera determinar que la entrega del material didáctico y bibliográfico a los centros educativos del departamento del Cesar, contratado a través del convenio 449 de 2007, hiciera parte del objeto social de la entidad sin ánimo de lucro a quien finalmente se le adjudicó el mismo.

De otro lado, igual situación evidenció con el convenio 500 de 2007, pues de acuerdo a la prueba obrante en la investigación, en especial, el hallazgo con trascendencia penal efectuado por la Contraloría General de la República, se pudo determinar que el objeto de este convenio versó sobre la adquisición de equipos de informática, su instalación y adecuación funcional, lo cual se constituye en una actividad de suministro con características propias de un contrato de

compraventa, lo que permitió establecer, que el objeto del convenio no está relacionado con el impulso de programas y actividades de interés público propios de la entidad contratista, sino de la misma función constitucional y legal de la administración.

Seguidamente, el ente acusador sostuvo su acusación en que si bien los convenios 449 y 500 de 2007 en principio pudieron tener una correspondencia con algún punto del plan de desarrollo dispuesto por la Gobernación del Cesar, ello no resulta suficiente para determinar la legalidad de su celebración, pues como quedó dicho anteriormente, los requisitos de idoneidad y de correspondencia con el objeto social de las entidades contratistas no se cumplieron, razón suficiente para emitir resolución acusatoria en contra de CANOSA GUERRERO, en tanto quedó demostrado que los contratos constituían una auténtica compraventa.

Así, se trató de la ejecución de un proyecto propio de la administración, lo cual exigía que las modalidades contractuales de los convenios investigados se surtieran conforme los lineamientos establecidos en la Ley 80 de 1993 y los Decretos 2170 de 2002 y 2434 de 2006, vigentes para la época de los hechos, contrariando los principios de transparencia, selección objetiva, responsabilidad, estricta legalidad y planeación, que rigen la contratación administrativa, recalcando sobre este último, una afrenta evidente, pues ninguna exculpación lógica observó, para que luego de celebrarse el convenio 449 del 19 de noviembre de 2007 se llevara a cabo una adición tan solo 22 días después, rechazando

el argumento de la necesidad de dotar a los centros educativos de otros municipios, pues con esto se demostró una falta de planificación en torno a la ejecución debida del convenio.

Con todo, la Fiscalía recalcó que aun aceptando la legalidad del modelo de contratación aplicado por el procesado CANOSA GUERRERO en este asunto, a través del Decreto 777 de 1992, el mismo fue incumplido, pues como ya lo había advertido, no se encontró la motivación de idoneidad de los contratistas en ninguno de los convenios censurados.

Entonces, al concluirse que el objeto de esos convenios estuvo dirigido a la compra de bienes y servicios y no al cumplimiento del objeto social de cada entidad contratista, ello significaba su exclusión para ser tramitados y celebrados bajo la modalidad del inciso 2° del Artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 777 de 1992. Y aunado a ello, la prueba recaudada en la investigación relativa al hecho que el acusado haya delegado en sus asesores externos el trámite y vigilancia de su celebración, no lo exonera de la responsabilidad penal que se le atribuye, pues como ordenador del gasto del departamento para ese momento, estaba compelido a cumplir el ordenamiento jurídico, máxime si se trataba del cumplimiento del plan de desarrollo de la región.

Finalmente, la Fiscalía precluyó la investigación adelantada en contra de CANOSA GUERRERO por el delito de peculado por apropiación, en tanto no evidenció elementos materiales de prueba sólidos que permitieran determinar que el acusado se hubiese apropiado arbitrariamente de los dineros

del Estado por cuenta de la celebración o ejecución de los convenios 449 y 500 de 2007.

3. Alegatos de conclusión en la audiencia pública

Agotado el debate probatorio del juicio, las partes elevaron las siguientes solicitudes:

3.1.- La Fiscalía

Solicita la emisión de sentencia condenatoria en contra de CANOSA GUERRERO en calidad de autor, por el delito que fue acusado, indicando que existen elementos recopilados en la etapa instructiva que acreditan la certeza de su ocurrencia y la responsabilidad de aquel conforme lo exige el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal de 2000, por cuanto los convenios 449 y 500 de 2007 fueron suscritos desconociendo algunos de los requisitos legales esenciales para completar este tipo de acuerdos bilaterales, exigencias claramente estipuladas no solo en la ley sino también en todos los desarrollos jurisprudenciales de las altas Cortes, por vía Constitucional, Contencioso Administrativa y Penal sobre la materia.

Señaló que el artículo 355 Constitucional y los decretos reglamentarios que lo desarrollan, le imponían la obligación al procesado como ordenador del gasto de evaluar, determinar y sustentar la idoneidad del contratista en las fases de trámite y celebración de los convenios, sosteniendo que, para el caso del convenio 449 del 2007, tal evaluación no se efectuó, pues lo que se determinó es que la administración contempló como un

requisito indispensable para el contratista tener el Registro único de proponentes -RUP-, lo cual no suplía el requisito primordial de idoneidad, en tanto dicho registro tiene como única finalidad suministrar información relacionada con el contratista sobre su experiencia contractual, idoneidad financiera y capacidad técnica, no siendo este el requisito de idoneidad al que se refiere el Decreto 777 de 1992 como previo a la celebración.

Asimismo, advirtió que el certificado expedido por la Cámara de Comercio respecto del contratista FUNARKGO ONG, así como las propias certificaciones aportadas por aquel, permiten establecer que acreditó experiencia como constructor, proveedor y consultor, áreas ajenas al objeto del convenio dispuesto para la dotación de material bibliográfico, sin que además se evidenciara definida su capacidad máxima de contratación, con lo cual no se documentó la experiencia contractual, idoneidad financiera y capacidad contractual.

En el mismo sentido, señaló que la situación con el convenio 500 de 2007 no fue distinta, pues la idoneidad de la entidad ADMINISTRADORA PÚBLICA COOPERATIVA GRUPO APC tampoco fue acreditada, tal como lo estableció la Gobernación del departamento mediante la resolución 00446 del 26 de marzo de 2008 y, con base en el oficio 003970 del 6 de mayo de 2008, mediante el cual, el ingeniero Amilkar Serrano Romano en su calidad de profesional especializado de la Gobernación, le comunicó al secretario de educación del momento sobre la ausencia de la idoneidad técnica de dicha empresa. Por ello, la siguiente administración a través de la

resolución 01658 del 9 de junio de 2008 dio por terminado de manera unilateral el referido convenio.

Aunado a lo anterior, indicó el delegado Fiscal una violación a lo consagrado en el artículo 355 de la Constitución Política y el artículo 1° del Decreto 777 de 1992, ya que el objeto de los 2 convenios investigados, no fue el de impulsar programas y actividades de interés público acorde al objeto social del ente privado contratado, sino que estuvo orientado a cumplir una obligación constitucional del Estado, a través de la administración del Cesar.

Por esa razón, advirtió, el artículo segundo del mencionado Decreto 777 excluye aquellos contratos celebrados con entidades privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, tal como sucede en el presente asunto, pues en el caso del convenio 449, en el objeto social de la fundación FUNARKGO ONG no se define un programa o actividad de interés de la misma naturaleza del objeto del contrato, pues se trató de la entrega de material bibliográfico e instrucción de manejo del mismo en los centros educativos destinatarios de aquel material, tal como se desprende del informe de interventoría aportado.

Y para el caso del convenio 500 de 2007, señaló la misma situación, pues el objeto de este contrato fue de suministro, al tratarse de proporcionar equipos de cómputo, sin que las actividades accesorias de capacitación de docentes, también allí contratadas, hicieran parte de dicho objeto, por lo que al

tratarse de un contrato de tal característica debió celebrarse bajo los lineamientos de la Ley 80 de 1993.

Puntualizó el delegado Fiscal, que el acusado CANOSA GUERRERO no puede excusar su responsabilidad penal en este asunto bajo los criterios de delegación y desconcentración de la función administrativa, aduciendo haber delegado a sus asesores externos y otros de su equipo de trabajo de la administración, respecto de todo lo relacionado al tema contractual aquí investigado, entre otras cosas, porque ello contradice lo normado en el literal B del numeral 3° del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, circunstancia objetiva que lo vincula directamente con los actos irregulares reprochados y le hacía exigible el cumplimiento de su responsabilidad como ordenador del gasto del departamento del Cesar.

Para la Fiscalía ese argumento resulta contradictorio, pues el acusado afirmó que los proyectos investigados estaban previstos desde antes de asumir la Gobernación y después señaló que, para la celebración de un contrato o convenio siempre se contaba con el visto bueno del secretario general y de la oficina jurídica, por lo que el examen de la prueba incorporada al juicio, de acuerdo a lo manifestado por los propios funcionarios de la Gobernación, demuestra que la afectación al bien jurídico se produjo por conductas ajenas a la observancia de la estricta legalidad del desarrollo de los mismos.

A esa conclusión arriba el ente acusador, con respaldo en las manifestaciones realizadas por Yesenia María González

Fuentes, quien al respecto recordó su extrañeza en torno a la ilegalidad con la que se surtió el trámite de este convenio, indicando, además, que el modelo de contratación celebrado se escogió frente a la premura del tiempo que se tenía para ejecutar unos recursos del ente gubernamental, previo a la caducidad de la vigencia fiscal.

Asimismo, censuró y calificó de mendaz y contradictoria la exposición realizada por el asesor Jairo Enrique Calderón Carrero, quien señaló que no era obligatorio cumplir con los requisitos legales determinados en el Decreto 777 de 1992, porque conforme se extrae del contenido de los documentos previos del convenio, se invocó como fundamento dicha normativa, concluyendo que el relato de los testigos, permite determinar que CANOSA GUERRERO creó instancias externas de estructuración y revisión contractual, al promover modelos de contratación ilegales, pues el finalmente adoptado fue determinado por el gobernador en su afán de acelerar la ejecución de los proyectos antes de culminar la vigencia fiscal.

Finalmente, advierte como inaceptable la tesis defensiva en cuanto a que el acusado haya delegado las funciones contractuales y su ajenidad con la participación en el delito investigado esté amparada en el principio de confianza, porque ello contraviene las posturas jurisprudenciales que sobre la delegación y la desconcentración administrativa han proferido las Altas Cortes, debiéndose tener en cuenta que la responsabilidad penal se fundamenta en el derecho penal de acto, luego las exculpaciones ofrecidas por un aforado en estos

casos, deben ser inequívocas, pues de lo contrario se estaría alentando a la impunidad.

3.2 Ministerio Público

Advierte que, como quiera que los medios de convicción evacuados en el juicio y la prueba de cargo recopilada en la fase de investigación se ha mantenido incólume en esta instancia, con ellos se revela sin ningún margen de duda, que los términos de la resolución de acusación proferida por la Fiscalía, en este caso por la cual se llamó a juicio a CANOSA GUERRERO, no deben mutar el sentido de la sentencia.

Señala que la celebración de los convenios 449 y 500 de 2007 por el procesado fue llevada a cabo bajo las previsiones del artículo 305 e inciso 2° del artículo 355 Constitucional, su Decreto Reglamentario 777 de 1992 y el artículo 96 de la Ley 489 de 1988, normatividad que permite que personas jurídicas, sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, participen en el cumplimiento de actividades propias de las entidades públicas conforme a su objeto social, el cual debe corresponder a programas y actividades de interés público acordes con los planes nacionales y seccionales de desarrollo, tal como lo ha señalado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en pronunciamiento emitido dentro del radicado número 11001-03-06-000-2009-00039-00 del 3 de septiembre de 2009.

Luego de señalar las previsiones dispuestas en las referidas disposiciones de orden constitucional y legal, concluye que en desarrollo de los convenios 449 y 500 de 2007 suscritos

por el entonces gobernador encargado CANOSA GUERRERO se violaron de manera ostensible los principios de objetividad y transparencia, esenciales en la contratación estatal, enfatizando frente al primero de ellos, que pese a haber escogido el modelo de contratación previsto en el canon 355 Constitucional, realizó un proceso de selección entre las entidades FUNALCER, FUNARKGO ONG, y FULHORI ONG, en el que desatendió la causal de rechazo efectuada por el comité evaluador respecto de la segunda de las entidades mencionadas, mientras que las propuestas presentadas por los otros dos proponentes, sí cumplían con los requisitos financieros para celebrar tales convenios.

Lo anterior, por cuanto no se acreditó la experiencia, la capacidad financiera y mucho menos la reconocida idoneidad del contratista FUNARKGO ONG para llevar a cabo la debida ejecución del convenio 449, lo cual se observa también a través del certificado de existencia y representación legal de la citada sociedad, expedido por la cámara de comercio el 30 de octubre de 2007, en el que se puede detallar que las actividades a desarrollar por la fundación FUNARKGO ONG de acuerdo a su objeto social, no guardan relación alguna con el objeto del convenio 449 de 2007.

Agregó que, conforme a los pronunciamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el principio de transparencia que regula la contratación estatal garantiza la imparcialidad, igualdad y oportunidad en las mismas condiciones en este tipo de contratación, tanto en los escenarios de licitación o concurso como en los de forma directa,

recalcando que fueron desconocidos por parte del acusado con la suscripción de los referidos convenios.

Insistió en que la entidad FUNARKGO ONG no cumplió con el requisito de idoneidad exigido en las normas bajo las cuales se celebró el convenio 449 de 2007, pues el objeto social de esa entidad no guardó ninguna relación con el del convenio en mención, como tampoco acreditó la debida experiencia, ni su capacidad técnica y administrativa para efectuar la dotación de materiales bibliográficos para centros educativos, ni siquiera en calidad de proveedor, por lo que se evidenció un favorecimiento irregular, desconociendo una ponderación equitativa entre los oferentes al haberle brindado un mayor puntaje al contratista FUNARKGO ONG, pese a que de manera previa su propuesta había sido rechazada, precisamente por no cumplir con los requisitos exigidos a nivel financiero.

Por lo tanto, la representante del Ministerio Público, solicita se profiera sentencia condenatoria en contra del acusado CANOSA GUERRERO como autor penalmente responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y sucesivo.

3.3. Defensa

Precisó encontrarse acreditado en el expediente que su defendido como gobernador encargado del Departamento del Cesar al final del periodo suscribió el convenio No. 449, el cual estaba en consonancia con el plan de desarrollo que existía para ese periodo en el ente territorial, su celebración estuvo

precedida de un comité evaluador integrado por sus asesores y secretarios de gabinete, encontrándose que la iniciativa del proyecto y los análisis que soportaron su celebración, estuvieron en cabeza de Remigio Mena Valoyes, muy a pesar de que en las declaraciones de muchos de los funcionarios de la Gobernación en este proceso hayan tratado de marginarse de algunas actuaciones que están acreditadas documentalmente, pues advierte que el Secretario General no solamente firmaba pólizas como lo señaló, porque a su cargo también se encontraban muchas otras cosas conforme a sus competencias legales.

Advierte que la selección del contratista de los convenios investigados se dio por medio de una evaluación realizada sobre unas propuestas presentadas por quienes aspiraban a desarrollar su ejecución, pero esa selección, obedeció precisamente a la actividad que ejercieron los evaluadores designados por su defendido, para que determinaran cuál era la mejor propuesta conforme a los términos de referencia que se habían definido preliminarmente en el procedimiento contractual diseñado, pese a que en dichos términos, la invitación pública que hicieron, por ejemplo, no estaba dispuesta en él.

Considera que conforme lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia frente al delito acusado a CANOSA GUERRERO, la celebración del contrato en sentido estricto corresponde a la fase precontractual comprensiva de los pasos que la administración debe seguir desde el inicio del

proceso hasta la celebración del contrato, lo cual significa formalizarlo para darle nacimiento a la vida jurídica.

Dicho lo anterior, pasa la defensa a indicar que como el fundamento legal de los convenios 449 y 500 de 2007 fue el artículo 355 de la Constitución Política, es ajena a las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, por lo que censura se haga referencia en el caso concreto al Decreto 2170 inclusive en las preguntas formuladas por la Sala, cuando dicha norma desarrolla la referida Ley 80 y no es aplicable para este proceso.

Por ello, advierte que de acuerdo al objeto de los convenios 449 y 500, la modalidad contratada no se encuentra excluida como lo determina el Decreto 777 de 1992, que conforme a lo señalado por el Consejo de Estado (radicado 36881 del 28 de mayo de 2015) el argumento ofrecido por la Fiscalía en la resolución de acusación de que se trató de unos contratos de compraventa no son ciertos, pues lo que se acordó en los convenios fue en beneficio directo de la comunidad y no de la Gobernación.

De igual forma, recalca que en la celebración de dichos convenios se acreditó materialmente la reconocida idoneidad de los cooperantes, pues según un pronunciamiento de esta misma Sala Especial (en el radicado número 48896) la verificación de este requisito legal para efectos de la contratación, no debe ser de manera formal sino material. Por ello, aunque la exigencia de la norma establece el deber de proferirse un acto administrativo motivado para efectos de

avaluar este requisito legal esencial, dicha materialidad también se puede colegir conforme a las formas en que se haya llevado a cabo la negociación.

En ese sentido, considera que, por un lado, para el caso del convenio 449, dicha idoneidad se encuentra acreditada de manera directa a través del comité de evaluación que analizó las condiciones contractuales, conforme a los términos de referencia establecidos por la administración en el mismo contrato (punto 1.7 del documento contractual), aspecto que recuerda fue avalado con las versiones rendidas dentro del proceso por los señores Roberto Carlos Martínez y José Jaime Morales, encargados por su defendido de integrar tal comité; y de otro lado, en el convenio No. 500, aunque el requisito de idoneidad no se soporta en igual manera que el anterior, esto es, que haya mediado una convocatoria pública, el aporte de propuestas y una evaluación de las mismas, sí existen todos los documentos que acreditan el mentado requisito de la empresa ADMINISTRADORA PÚBLICA COOPERATIVA GRUPO APC, los cuales obran en el expediente ya que fueron aportados por la misma contratista y por el ente acusador.

Insiste, entonces, que la modalidad contractual elegida para llevar a cabo los convenios censurados, esto es, de acuerdo a lo normado en el artículo 355 de la Carta Política y el Decreto 777 de 1992 es correcta, por lo que censura enfáticamente que en este caso se haga referencia al Decreto 2170 (sin referenciar de que año) el cual se expidió en desarrollo de la Ley 80 de 1993, pues -reitera- no resulta aplicable para los convenios

investigados, pues por su objeto y características, no se encuentran excluidos del primer decreto citado.

Luego, apoyado nuevamente en pronunciamientos del Consejo de Estado sobre la naturaleza y materialidad de los contratos, adujo que, pese a que el contrato 500 de 2007 fue suscrito por el acusado CANOSA GUERRERO el 20 de diciembre del mismo año en su último día como gobernador encargado del Cesar para ese periodo final, su perfeccionamiento se produjo hasta el 17 de abril de 2008, en el momento en que se expidió el cumplimiento del registro presupuestal proferido por el gobernador de ese departamento para esa fecha, por lo que, en ese orden, puntualiza una inexistencia jurídica del convenio y, además, ello significa que dicho convenio fue firmado por su defendido, más no celebrado por él, siendo estos aspectos constitutivos de una atipicidad de la conducta por la que fue acusado CANOSA GUERRERO.

Por otra parte, indica una ausencia de tipicidad subjetiva en cabeza de aquel, en tanto la suscripción y trámite de los convenios, fueron llevados a cabo bajo el principio de confianza, pues el procesado no tenía experiencia y conocimiento específicos en contratación, por lo que depositó toda su confianza en el equipo contratado para esa labor, especialmente en su asesor de despacho Jairo Enrique Calderón Carrero, lo cual lo condujo a tener una realidad equivocada en cuanto a la suscripción de los convenios censurados bajo la normatividad por la que finalmente se efectuó su celebración, constituyéndose esto en un error invencible debido a su inexperiencia en temas de contratación, circunstancia que no le

permitió conocer el incumplimiento de los requisitos legales en la suscripción de tales convenios.

Finalmente, reseña que si el error se concibiera como vencible, pues la conducta tendría su realización en una modalidad culposa, tipificación que no existe en el Código Penal para el delito acusado, por lo que solicita se profiera sentencia absolutoria a favor de su prohijado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De la competencia

Conforme a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018, modificatorio de los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y proferir sentencia en este asunto, en consideración al fuero que ampara al acusado RODRIGO CANOSA GUERRERO, en tanto los hechos por los cuales se le ha llamado a este juicio, ocurrieron en el año 2007 en el periodo comprendido entre los meses de julio y diciembre de esa misma anualidad, época en la que se desempeñó como gobernador del departamento del Cesar, dignidad en la que se posesionó el 27 de julio de 2007 ante el Tribunal Superior de Valledupar, de acuerdo al nombramiento en encargo por el señor Presidente de la República a través del Decreto No. 2835 de 26 de julio de 2007, cargo que ejerció hasta el 20 de diciembre de la misma anualidad.²¹

²¹ Folios 33 a 36. Cuaderno original 1 Fiscalía.

Ahora, el parágrafo del artículo 235 de la norma constitucional prevé que en aquellos eventos en que los gobernadores hubiesen cesado en el ejercicio de su cargo, la Sala conserva la competencia siempre y cuando el delito que se le impute tenga relación con las funciones desempeñadas²².

Esta Corporación ha reiterado que el fuero constitucional de los gobernadores surge de dos posibilidades: *i)* que el imputado o sindicado de una infracción a la ley penal se desempeñe como tal, lo que exige la actualidad de la investidura o que, *ii)* después de haber cesado en sus funciones, la conducta imputada tenga relación con las mismas.

En el presente asunto **RODRIGO CANOSA GUERRERO** ya no se desempeña como titular del ente territorial, sin embargo, la Sala ostenta la competencia para adelantar este juzgamiento en su contra, en razón a que la conducta por la que se le juzga de acuerdo a la acusación, -contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y sucesivo-, se realizó cuando se desempeñó como gobernador del departamento del Cesar.

2.2. De la norma sustantiva a aplicar

Los hechos por los cuales se adelanta la presente actuación sucedieron en el año 2007 en el departamento de Cesar, Distrito Judicial que, de acuerdo con lo normado en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004, para ese momento, la

²² CSJ. AP. 1 sep. 2009, rad. 31652 y 15 nov. 2009, rad. 27032.

normativa procedimental penal aplicable era la Ley 600 de 2000, misma razón por la que no resulta ajustable tener en cuenta el incremento punitivo de la Ley 890 de 2004, dado que el mismo está atado a la implementación del sistema penal acusatorio en cada distrito judicial²³.

3. Cuestión previa

Previo a proferir el fallo que en derecho corresponda en este asunto, refulge imperioso resolver la solicitud de prescripción de la acción penal presentada por el acusado RODRIGO CANOSA GUERRERO en memorial allegado el pasado 1° de junio del año en curso, pues de llegar a encontrarse la configuración de la misma, resultaría inane proceder a emitir el respectivo fallo – condenatorio o absolutorio- en tanto la figura prescriptiva de la acción penal, se constituye en una sanción para el Estado a través de los órganos que integran el aparato judicial, al no proferir el pronunciamiento de fondo que el procedimiento penal aplicable demanda, como consecuencia del paso del tiempo y conforme a las causas establecidas por el legislador para tales efectos.

Así, se tiene que el acusado CANOSA GUERRERO ha invocado la aplicación de la prescripción de la acción penal, con fundamento en que dentro de esta actuación se profirió resolución de acusación en su contra el 30 de octubre de 2015 por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales conforme lo consagra el artículo 410 del Código Penal, la cual cobró firmeza el 4 de diciembre del mismo año.

²³ CSJ SP. 14 jul. 2021. Rad. 57127

Seguidamente, advierte que los hechos por los que fue acusado, ocurrieron en el Departamento del Cesar el 20 de diciembre del año 2007, distrito judicial cuya entrada vigencia de la Ley 906 de 2004 no se había producido aún, considerando entonces que, bajo el principio de favorabilidad, la pena aplicable para el caso concreto no debía contener aumentos de pena de ninguna clase, quedando los extremos punitivos en un rango oscilatorio de 4 a 12 años.

Por tanto, en forma por demás confusa, el aforado señala que para efectos de los cómputos establecidos en el inciso 6° del artículo 83 del Código Penal, en su caso no debió tenerse en cuenta el aumento de la tercera parte respecto del mismo, por cuanto no resultaba aplicable la Ley 1474 de 2011, que modificó dicha normatividad y que no fue objeto de la acusación. En ese sentido, considera que el máximo de 12 años, NO debe ser aumentado a 16, para luego contarse 8 años a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, la cual señaló como fecha de ocurrencia el 4 de diciembre de 2015. Así las cosas, sin mayores razonamientos, CANOSA GUERRERO considera que esta acción penal prescribió el 4 de diciembre del año 2021.

Pues bien, al respecto debe señalarse que el artículo 83 de la Ley 599 de 2000 establece como regla general: *"Término de prescripción de la acción penal. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20)...."* salvo algunas excepciones que se encuentran determinadas a renglón seguido.

A su turno, el inciso 5° original del mismo canon sustantivo referenciado (y no el 6° como erradamente lo señaló el procesado) consagra un aumento de una tercera parte para computar el término de prescripción, en aquellos eventos en los que el sujeto activo del delito investigado sea servidor público, como ocurre en el caso de CANOSA GUERRERO, norma aplicable al presente asunto, y no como estima el acusado, quien afirma que para el año 2007, fecha de ocurrencia de los hechos en que se funda la acusación, la normativa aplicable no imponía aumento alguno para efectos de los términos de prescripción, concepción errada de la que concluye que una vez ejecutoriada la resolución de acusación, esto es el 4 de diciembre de 2015, se debe sumar la mitad del término máximo señalado como pena para el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, es decir 6 años, considerando con evidente desatino que la acción penal por tal delito prescribiría el 4 de diciembre de 2021.

Como primera medida, es necesario precisar que, en armonía con lo señalado en el inciso 2° del artículo 189 de la Ley 600 de 2000²⁴, para el presente caso, la resolución de acusación cobró ejecutoria el 24 de noviembre de 2015, fecha en la cual fue suscrita la providencia que resolvió el recurso de reposición interpuesto por la defensa y no el 4 de diciembre de

²⁴ Artículo 187. *Ejecutoria de las providencias.* Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.

La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente. (...)

2015 señalado por el acusado, por lo que es a partir de aquél término que se abordará el análisis de la solicitud prescriptiva de la acción.

Ahora bien, el aumento a tener en cuenta para la contabilización del término prescriptivo en el caso concreto, debe ser el señalado en la norma original del referido inciso 5° de la ley 599 de 2000, vigente al momento de la comisión de las conductas objeto de acusación cuyo tenor literal señala: *“Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará **en una tercera parte.**”*

Teniendo claro lo anterior, el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales aquí acusado, para la fecha de los hechos consagraba un quantum punitivo que oscilaba de 4 a 12 años, debiéndose aumentar el extremo máximo en 4 años en razón a la calidad de servidor público de CANOSA GUERRERO, dando como resultado 16 años de prisión, los cuales, de acuerdo a lo establecido en el mencionado canon 86 de la Ley 599 de 2000, se reducen a la mitad, que para el caso equivale a 8 años, siendo este el punto de partida para contabilizar el término de prescripción posterior a la ejecutoria de la resolución de acusación.

Así las cosas, habiendo quedado ejecutoriada la resolución acusatoria proferida en contra de CANOSA GUERRERO el 24 de noviembre del año 2015, siendo a partir de esta fecha que empieza a correr el término prescriptivo indicado en el artículo

86 señalado, se tiene como resultado que la acción penal prescribe el 24 de noviembre de 2023.

Por lo tanto, la solicitud elevada por el acusado, no está llamada a prosperar.

4. Del fallo a proferir

Aclarado lo anterior, la Sala procederá a proferir el respectivo fallo que en derecho corresponda, partiendo del análisis de los elementos probatorios aportados, para concluir si se satisfacen las exigencias del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal aplicable, que como ya se dijo se trata de la Ley 600 del 2000, esto es, si surge la certeza sobre la conducta punible y la responsabilidad del acusado, consecuencia de lo cual se emitirá sentencia de condena en su contra, tal como lo ha solicitado tanto el ente persecutor como la representación del ministerio público.

Si por el contrario, del análisis integral de los elementos de prueba debidamente recaudados y practicados a lo largo del trámite procesal se acredita que no se estructura el delito objeto de acusación y/o que el acusado no es responsable del mismo, el fallo deberá emitirse en sentido absolutorio.

La última determinación igual será adoptada en el supuesto de que esa valoración arroje un estado de incertidumbre insalvable, en tanto el acusado llega al juicio amparado por su derecho fundamental de la presunción de inocencia reglado en el artículo 29 de la Constitución Política y desarrollado por el artículo 7° del estatuto procesal penal,

norma rectora de obligatorio cumplimiento que prevalece sobre cualquiera otra, cuya utilización se erige como fundamento de interpretación (artículo 24) y que lleva inmerso otro derecho superior, como lo es el *in dubio pro reo*, en virtud del cual toda duda debe ser resuelta en favor del sujeto agente.

Siendo así, la Sala procederá a establecer si con fundamento en los medios probatorios allegados se acredita, en grado de certeza, las categorías de la conducta punible acusada y la consecuente responsabilidad de **RODRIGO CANOSA GUERRERO**, como presunto autor responsable del concurso homogéneo sucesivo del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Para el efecto, es preciso señalar en primer término, que se hará mención de la conducta por la cual se acusó al aforado, en específico, y a la manera en que se tipifica; en segunda medida, se analizarán y valorarán los medios de prueba en concreto recolectados en el proceso seguido en contra de **RODRIGO CANOSA GUERRERO** por el delito atribuido en la acusación. Siguiendo el orden impuesto por la misma, se expondrán los argumentos que permiten conceder o no credibilidad a los medios de convicción y, en su análisis se responderá a los alegatos de los sujetos procesales.

4. Del delito objeto de acusación

Se acusó a **RODRIGO CANOSA GUERRERO** "como presunto autor responsable del delito de contrato sin

cumplimiento de requisitos legales (Art. 410 C.P.)²⁵

Vale en este punto subrayar el principio de congruencia que debe existir necesariamente entre la acusación y el fallo, no solo en el terreno de la imputación jurídica, sino también, en lo que atañe al núcleo de la imputación fáctica –en cuyo caso, a diferencia del anterior, opera de forma absoluta— en procura de conjurar la vulneración del debido proceso y del derecho de defensa, como así lo tiene dicho la Sala de Casación Penal de esta Corporación:

"Desde esa perspectiva, la precisión de la acusación constituye una barrera que le impide al juez agravar la situación del acusado para sustentar su responsabilidad en hechos o circunstancias no discutidos ni deducidos en forma expresa en ese acto procesal estructural, y por contera no puede modificar el núcleo fáctico de los cargos atribuidos, ni suprimir circunstancias atenuantes reconocidas acerca de los mismos o incluir agravantes no contempladas para estos, so pena de infringir el denominado principio de congruencia, que no es más que la estricta correspondencia entre la acusación y la sentencia."²⁶ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

La congruencia, entonces, supone simetría entre la acusación y la sentencia, respecto de los supuestos fácticos que se reitera son inmodificables, así como con la calificación jurídica del comportamiento, última que goza de relativa flexibilidad, si es objeto de variación en los términos y eventos del artículo 404 de la Ley 600 de 2000.

Desde ese aspecto, si se presentan circunstancias factuales que no fueron contenidas en la calificación del mérito

²⁵ C. 3 fiscalía, resolución de acusación, folios 65-115.

²⁶ CSJ SP1326-2018, may. 9 de 2018, rad. 51653

del sumario, así encuentren sustento probatorio en el proceso no pueden ser tenidas como soporte de la decisión de condena, al punto que incluso la Sala de Casación Penal en providencia reciente, se ocupó de este tópico casando la sentencia de forma oficiosa para absolver por falta de congruencia²⁷.

Sin embargo, en atención a que la decisión que contiene la calificación del mérito del sumario debe ser entendida como *“un todo dinámico e imposible de escindir entre sus partes motiva y resolutive”*²⁸, afirmación que cobija la imputación fáctica, pues esta *“debe extraerse de toda la providencia”*²⁹, impone revisar la totalidad de la resolución de acusación, a fin de precisar los cargos por los cuales se ha llamado a juicio al procesado.

5. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales

El artículo 410 del Capítulo Cuarto (*“De la celebración indebida de contratos”*) del Título XV (*“Delitos contra la administración pública”*) del Libro Segundo del Código Penal (Ley 599 de 2000), en su texto original, se refiere al delito bajo el siguiente tenor literal:

“Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

²⁷ Cfr. CSJ SP029-2019 (52326) de enero 23 de 2019.

²⁸ CSJ SP 10 oct. 2012, rad. 38396

²⁹ CSJ AP4214-204 29 jul. 2014, rad. 43287

De acuerdo a la literalidad de la norma, los elementos constitutivos de la conducta punible corresponderían con: *a)* sujeto activo calificado -servidor público-, *b)* que por razón de las funciones discernidas *c)* tramite, celebre o liquide contrato *d)* sin observar o verificar el cumplimiento de los requisitos legales.

En efecto, como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, es de sujeto activo determinado y conducta compuesta alternativa, la cual integra dos modalidades de ejecución: la primera consistente en el incumplimiento de los requisitos legales para tramitar el contrato y que involucra los pasos a agotar hasta su celebración y la segunda que alude a celebrar el contrato sin verificar el cumplimiento de las condiciones legales para su perfeccionamiento, dentro de los que se incluyen aquellos relativos a la fase precontractual y los relacionados con la liquidación.

Ahora, dada la forma desconcentrada en que se cumple la función pública al interior de una entidad estatal, la ley ha distinguido la conducta que ejecutan los servidores públicos en quienes recae la competencia de tramitar el contrato, de la que cumple el representante legal o el ordenador del gasto en las fases de tramitación, celebración y liquidación. Este último es quien debe comprobar el acatamiento de las exigencias legales esenciales en la etapa previa, por ser el funcionario autorizado por la Carta Política y la ley para disponer de los recursos del ente territorial.

La administración pública (como bien jurídicamente tutelado en este tipo penal, cuya titularidad recae en el Estado,) tiene como finalidad salvaguardar su buen nombre, teniendo en cuenta que las atribuciones desarrolladas por los servidores públicos deben cumplirse de acuerdo con los principios de transparencia, moralidad y probidad, tal como lo demanda el artículo 209 superior. Por tanto, la lesión a este bien jurídico yace en el momento en que el acto contrario a la ley se produce y entra al mundo jurídico.

5.1 De la tipicidad

5.1.1. De la tipicidad objetiva

5.1.1.1. En torno al primer aspecto que demanda la tipicidad objetiva, esto es la condición de sujeto activo calificado del autor, se ha acreditado en el expediente que el señor **RODRIGO CANOSA GUERRERO** fungió como gobernador del Departamento del Cesar desde el 26 de julio del año 2007, conforme se desprende del Decreto Presidencial 2835 de esa misma fecha, hasta el día 20 de diciembre de dicha anualidad, como consecuencia de la suspensión del cargo impuesta por la Procuraduría, tal como lo afirmó el acusado en su injurada. Por tanto, deviene irrefutable tal calidad para el momento de ocurrencia de los hechos, luego la calificación exigida en el artículo 410 del Código Penal se encuentra plenamente demostrada.

5.1.1.2. En segundo lugar, se aprecia que **RODRIGO CANOSA GUERRERO** dada su condición de gobernador del

Cesar para el periodo antes mencionado, a con la representación legal del mismo, tal como lo dispone el artículo 303 de la Constitución Política al indicar que el gobernador *"...será jefe de la administración seccional y representante legal del departamento"* en tanto que el artículo 305 de la misma obra le confiere, -entre otras atribuciones- la de *"2. Dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las leyes"*, de donde se extrae que posee facultades administrativas en lo que concierne a la entidad territorial.

Debe recordarse también, que conforme lo reseña la artículo 286 de la Carta *"Son entidades territoriales los departamentos (...)"* aspecto que resulta relevante para indicar que de acuerdo al artículo 110 del Decreto 111 de 1996³⁰ -aplicable por la fecha de los hechos- las entidades territoriales *"... tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la misma sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. (...) En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales..."*, en tanto el numeral 3° literal b del artículo 11 de la Ley 80 de 1993 fija en los gobernadores la competencia para celebrar contratos a nombre del ente territorial, de ahí que **CANOSA GUERRERO** en su condición de gobernador del

³⁰ Por el cual se complian la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto

Departamento del Cesar, contaba con la condición de ordenador del gasto y podía entonces contratar en su representación, acreditándose así el segundo aspecto de la tipicidad objetiva arriba señalado.

5.1.1.3. Frente al tercer aspecto, esto es, el trámite, celebración o liquidación de un contrato sin observar o verificar la ocurrencia de los requisitos legales esenciales, debido a que desde el punto de vista fáctico son varios los cargos que se endilgan a **CANOSA GUERRERO**, corresponde así mismo su análisis.

No obstante, previo al examen en mención, para la Sala es imperativo subrayar que, conforme se desprende de uno de los pilares fundamentales de la acusación presentada por la Fiscalía en contra de CANOSA GUERRERO, a quien señala claramente de haber tramitado y celebrado los convenios 449 y 500 de 2007 con fundamento en el artículo 355 de la Carta Política, en concordancia con los Decretos 777 de 1992 y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, inobservando que por su naturaleza, objeto y características recaían en verdaderos contratos de compraventa y/o suministros, lo cual era indicativo de ser adelantados ineludiblemente de acuerdo a las previsiones dispuestas en la Ley 80 de 1993.

Por lo tanto, es necesario determinar *prima facie* el plexo normativo por el cual, de manera correcta, debieron celebrarse los mencionados convenios, pues a partir de allí, se podrá examinar si se desconocieron los “requisitos legales esenciales” en la actuación contractual materia de reproche, o si, por el

contrario, el modelo de contratación adoptado estuvo ajustado a las normas previamente estipuladas por el legislador para su correcto adelantamiento. Ello, en orden a determinar un primer aspecto constitutivo de la tipicidad objetiva analizada.

5.1.3.4 En efecto, como se desprende de la literalidad de los convenios 449³¹ (junto con su adición³²) y 500³³ de 2007 celebrados por la administración del acusado CANOSA GUERRERO, fueron tramitados bajo las facultades otorgadas a los entes territoriales señaladas en el artículo 355 de la Constitución Política, el cual reza lo siguiente:

“Art. 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.”

El espíritu de la norma en comento tuvo su génesis en el cambio necesario que la Asamblea Nacional Constituyente conformada para la expedición de la actual Constitución Política de 1991 observó sobre el fomento de la actividad privada de beneficencia sin ánimo de lucro por parte del Estado, pues en el compendio constitucional derogado de 1886, dicha facultad – aunque en principio funcionó– con los llamados auxilios parlamentarios, fue tergiversándose a lo largo de su práctica, al

³¹ Folios 127 a 130 Cuaderno Anexo 1°

³² Folios 93 a 97 Cuaderno Anexo 1°

³³ Folios 68 al 72 Cuaderno Primera Instancia Original 1°

punto de convertirse en un eje de corrupción que tuvo que ser reformado a través de la prerrogativa constitucional en cita.

De esta manera, con el mencionado canon 355 Superior, si bien se implementó la continuación de las labores de fomento y apoyo a las entidades privadas sin ánimo de lucro por parte del Estado para adelantar proyectos y actividades de interés social, también prohibió tajantemente los citados auxilios parlamentarios y en general, cualquier donación a personas de índole privado, dejando su realización a través de un modelo contractual, cuyos requisitos debieron ser reglamentados por el gobierno nacional y no por el legislativo como sucedía con la Constitución anterior.

Es así, que el ejecutivo expidió el Decreto 777 de 1992 modificado por el 1403 de 1992 y el 2459 de 1993, cuyo artículo 1° fue del siguiente tenor:

"Artículo 1°.- 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.

Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a cien salarios mínimos mensuales deberán publicarse en el Diario Oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial. Adicionalmente, deberán someterse a la aprobación del Consejo de Ministros aquellos contratos que celebren la Nación, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas, cuando dichas entidades

descentralizadas pertenezcan al orden nacional, y la cuantía del contrato sea igual o superior a cinco mil salarios mínimos mensuales.

Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acrediten la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La autoridad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado."

Esta disposición desarrolló entonces lo dispuesto en el artículo 355 de la Carta, advirtiendo de forma general la facultad otorgada a los entes territoriales para que puedan celebrar los convenios allí enunciados con entes privados sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad, aspecto este último que será evaluado más adelante, en tanto fue el otro cimiento de la acusación.

Sobre la materia, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado³⁴ expuso lo siguiente:

"Como se indicó, el medio a través del cual el Estado, en concurso con los particulares, puede desarrollar actividades de interés público o social, sin desconocer la prohibición constitucional del inciso primero del artículo 355, es a través de contratos, que deben reunir básicamente tres requisitos:

El primero, se relaciona con la naturaleza jurídica del contratista, pues las actividades benéficas del Estado sólo pueden cumplirse a través de entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad; **el segundo**, tiene que ver con el objeto o materia, la cual se circunscribe a "impulsar programas y actividades de interés público" de contenido eminentemente social, conforme al ámbito de aplicación del artículo 355, como "es el de la acción benéfica del Estado, de las actividades de fomento que dentro de un Estado social de Derecho corresponden como función propia, insoslayable, de la organización estatal. Se trata de apoyar la acción de organizaciones de origen privado, que en ejercicio de la autonomía de iniciativa para el desarrollo de las más variadas actividades que las personas realizan en sociedad (Constitución Política, art. 38) buscan la satisfacción de finalidades no simplemente lucrativas" C-543/01; **el tercero**, que dichos contratos

³⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejera Ponente Gloria Duque Hernández del 24 de febrero de 2005. Radicado 1626.

estén acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo.

El concepto de 'planes de desarrollo' está contenido en el artículo 339 de la Carta, que ordena un plan nacional, que debe señalar en su parte general, "los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno". El plan de inversiones públicas debe contener "los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución".

(...)

Por tanto, cuando el inciso segundo del artículo 355 de la Carta ordena que los contratos que se celebren con entidades privadas sin ánimo de lucro, sean acordes con el plan nacional y los planes sectoriales de desarrollo, significa que deben estar en consonancia con los gastos y programas que se adopten en dichos planes.

De manera que las entidades públicas en todos sus niveles, están autorizadas para celebrar contratos con el fin de impulsar programas y actividades de interés público de carácter benéfico, siempre que se ajusten a los planes nacionales y seccionales de desarrollo y a los reglamentos sobre la materia."

No obstante, de manera inmediata, el artículo 2° de la norma analizada, señaló los escenarios en los que se prohibió utilizar el modelo de contratación allí estipulado que, por resultar de interés para el caso concreto, se indicará únicamente el primero de ellos:

"Artículo 2°.- 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. (...)" (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Para un mayor entendimiento sobre el particular, deviene importante recordar lo indicado por el Consejo de Estado en la decisión aludida, cuando al respecto dijo:

*"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.***

*Quando 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.** Por esto, el inciso 1o. del artículo 2o. del decreto 777 de 1.992, excluye del campo de aplicación del artículo 355, los contratos que celebren los organismos oficiales **con el objeto de adelantar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.**" (Negrillas y subrayas de la Sala)*

En este punto, vale la pena resaltar un elemento fundamental respecto a la prohibición contenida en el artículo 2° del Decreto 777 de 1992, relativo a la noción de *contraprestación directa*, el cual fue tratado más adelante por el Alto Tribunal de lo Contencioso en la misma decisión, al expresar:

"Sobre este tema resulta oportuno citar los siguientes comentarios doctrinales:

"(...) Como ya se señaló, de la norma constitucional se desprende que los contratos a que se refiere el artículo 355 de la Constitución tienen

por objeto la entrega de unos recursos o bienes del Estado a una entidad sin ánimo de lucro para apoyar un programa de esta última. Lo anterior indica que en un principio corresponde a la entidad sin ánimo de lucro dirigir el programa aunque existan algunos criterios en el contrato de apoyo. En esto se marca una radical diferencia con los contratos que tienen por objeto ejecutar un proyecto gubernamental de acuerdo con los parámetros fijados por el ente público y de conformidad con sus instrucciones.

De esta manera, los contratos que tienen por objeto desarrollar una actividad estatal por intermedio de un particular no se sujetan a las reglas que establece el 355. (..)

Es por ello que el Decreto 777 de 1992 excluye de su ámbito de aplicación los contratos que impliquen una contraprestación directa para la entidad pública. ¿Qué es una contraprestación directa?

Ello ocurre cuando la entidad recibe un bien o se ve liberado de una obligación. Así por ejemplo, cuando compra un bien, o cuando la entidad pública debe hacer un examen a una determinada persona y contrata a un particular para que lo haga³⁵

De acuerdo a lo anterior, en virtud de los convenios celebrados bajo las directrices dispuestas en el artículo 355 Constitucional y el Decreto 777 de 1992, el Estado a través del aporte de bienes o recursos impulsa y apoya específicamente la realización del objeto social propio de una entidad sin ánimo de lucro –denominada cooperante– y en cuyo desarrollo no puede recibir beneficio directo alguno, ya sea representado en un bien o servicio, o que lo exima de una obligación inherente a sus funciones gubernamentales.

Es decir, que el objeto del convenio suscrito entre las partes (Estado y ente privado) no puede contener ningún beneficio material a favor del primero, ni mucho menos estar orientado a sustraerlo del cumplimiento de los fines impuestos bajo su

³⁵ CARDENAS MEJIA Juan Pablo. Comentarios al nuevo Régimen de Contratación Administrativa. Ediciones Rosaristas. Segunda Edición 1995. Págs. 294, 295.

titularidad. De tal manera que, en presencia de alguno de tales escenarios, el convenio perdería su naturaleza jurídica, tanto constitucional como legal y por tanto, no podría suscribirse bajo las previsiones excepcionales del artículo 355 superior y el referido decreto 777 de 1992, sino a través de los mecanismos legales dispuestos por el legislador para la contratación estatal, tal como lo prevé la Ley 80 de 1993.

Como quiera que los convenios investigados también aluden al artículo 96 de la Ley 489 de 1998, es necesario recordar lo señalado por dicha norma sobre la materia, cuyo tenor literal es el siguiente:

**Artículo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley.*

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

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

a) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes.

b) *Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas.*

c) *La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad.*

d) *La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares.*

e) *La duración de la asociación y las causales de disolución**

Dicha normativa, establece la oportunidad de que las entidades estatales (cualquiera sea su orden) puedan asociarse con entidades particulares (inciso 1º) o con entidades sin ánimo de lucro para celebrar convenios de asociación o crear personas jurídicas, con el fin de llevar a cabo de manera conjunta actividades relacionadas con los cometidos y funciones que la ley le ha asignado a las primeras de las mencionadas entidades.

Asimismo, la norma establece que los convenios enmarcados bajo su égida, lo serán en desarrollo de lo establecido en el artículo 355 de la Carta Política, aspecto relevante para la Sala en este momento, en tanto los convenios 449 y 500 de 2007 se celebraron, aparentemente, de conformidad con la disposición superior.

En este punto, y con el fin de resolver el problema jurídico planteado con anterioridad, valga recordar, el de establecer si el fundamento legal mediante el cual fueron celebrados los convenios materia de investigación fue el correcto; conviene destacar que, de acuerdo con el texto de los convenios, su celebración se produjo en virtud a la aplicación de dos disposiciones, una originada en la facultad legislativa del

ejecutivo (Decreto 777 de 1992) y otra de la natural facultad del Congreso (Ley 489 de 1998), disyuntiva que obliga a determinar si tales disposiciones convergen sin dificultades como sustento legal de los convenios objeto de censura, o *contrario sensu*, son excluyentes entre sí, pues de esto dependerá el inexorable examen de cuál o cuáles fueron las normas desconocidas o vulneradas en el desarrollo de su celebración.

Frente a este tema, cobra singular relevancia lo manifestado por el testigo Jairo Enrique Calderón Carrero en la versión rendida ante la Fiscalía³⁶ y especialmente las manifestaciones adicionales vertidas ante esta Corporación en el respectivo interrogatorio³⁷ cuando indicó que, si bien en su calidad de asesor del Despacho del gobernador CANOSA GUERRERO no tomaba decisiones en torno a la adopción final de la legislación o normatividad por la que se debía regir cada proyecto, en tanto su función era la de impulsar los mismos al interior del ente territorial, adujo haber estado de acuerdo con la decisión del comité evaluador, en relación con la escogencia de las normas adoptadas para el trámite y celebración de los convenios 449 y 500 de 2007.

Sobre este tópico, adicionó que aunque para la fecha de los hechos investigados había cierta confusión en cuanto a la aplicación del Decreto 777 de 1992 y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 para este tipo de convenios, recalcó que fue con base en esta última disposición que se efectuó su celebración, basando tal atestación en un concepto emitido por el Consejo

³⁶ Fl. 8 a 24. Cuaderno Original Fiscalía No. 3

³⁷ Fl. 29 a 32. Cuaderno Original Corte No. 4°

de Estado el 30 de mayo de 2017 dentro del radicado 2319³⁸ por cuyo medio, se zanjó dicha confusión, determinando, entre muchos otros aspectos, que los convenios de que trata el referido canon 96 son de asociación, y que en medio de su celebración, es admisible la participación entre entes estatales y entidades con y sin ánimo de lucro.

De igual forma, el testigo hizo énfasis en un aspecto importante, relativo a la contraprestación directa de que trata el Decreto 777 de 1992 como causal diáfana y excluyente para celebrar este tipo de convenios, indicando que la referida decisión, determinó la contraprestación directa como un factor válidamente aceptable en la medida que *"El cumplimiento de una meta del plan de desarrollo de una entidad pública, puede considerarse como una contraprestación directa, en la medida en que se beneficia directamente la entidad pública con dicha prestación realizada por la entidad privada sin ánimo de lucro."*

Sin embargo, posteriormente, el Consejo de Estado en decisión proferida el 3 de abril de 2020 dentro del radicado Radicación número: 20001-23-31-000-2009-00170-01(46963), sobre los convenios de asociación establecidos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 señaló:

**[...] el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 previó el convenio de asociación bajo los siguientes requisitos: (i) cualquier entidad estatal puede celebrar el convenio con personas jurídicas particulares; (ii) el convenio debe seguir los principios de la función administrativa de que trata el artículo 209 de la Constitución Política; (iii) la finalidad del convenio debe ser el desarrollo*

³⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ. Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00221-00 (2319)

conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones de la entidad estatal; (iv) el convenio debe establecer con toda precisión su objeto, término de duración, obligaciones de las partes, los aportes que cada uno debe hacer y la forma en que coordinarán sus esfuerzos, y (v) el convenio debe celebrarse conforme al artículo 355 superior.

46. Aquí es preciso advertir que a través del convenio de asociación no se pretende trasladar el ejercicio de funciones administrativas, pues de ello se ocupan los convenios previstos en los artículos 110 a 114 de la Ley 489 de 1998. Además, el título del artículo 96 *ibidem* indica que el convenio es "para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares", por tanto, se entiende que la autoridad mantiene el control de la actividad, solo que se asocia con un particular para desarrollarla.

47. Ahora bien, del texto legal, sin adentrarse aún en la remisión al texto constitucional, la Sala advierte que, con apego a los principios de la función administrativa, toda entidad estatal cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, que tenga necesidad de ejecutar una actividad relacionada con los cometidos y funciones que le son propios, **puede hacerlo con la participación de cualquier persona jurídica de derecho privado, siempre que su objeto social guarde relación con la actividad a desarrollar.**

48. En efecto, la actividad estatal que se quiera ejecutar perfila a los posibles participantes de la asociación, pues el objeto social del particular define su idoneidad y la conveniencia de su aporte en la ejecución del convenio. Toda vez que a través de este mecanismo las entidades se apoyan en la habilidad, experiencia, conocimiento, capacidad y destreza del particular para, mancomunadamente, desarrollar una actividad, pues consideran que de esta forma pueden ejecutarla con mejores resultados y aprovechamiento de los recursos. De ahí que la actividad estatal a ejecutar en el marco del convenio deba estar relacionada con el objeto social del particular, sin importar si es una sociedad comercial o una entidad sin ánimo de lucro.

49. El convenio fue previsto para permitir la participación efectiva de las entidades y los particulares en "el desarrollo conjunto de actividades" que se vinculen con un fin o función estatal. De esta forma, se exige que el convenio determine con precisión los aportes y las obligaciones de cada parte, así como la forma de coordinación entre ambas.

50. Entonces, la exigencia legal de pactar estos aspectos permite comprender que la participación debe estar acompañada de la entrega de aportes por cada uno de los interesados, **vale resaltar que el aporte del privado se enmarcaría dentro de**

las obligaciones que le son propias en virtud de su función social.

51. Además, las partes deben conjuntamente desarrollar las actividades establecidas en el convenio. De ahí que sea indispensable concebir los mecanismos de coordinación, los que solo se explican desde la necesidad de adelantar simultánea o sucesivamente tareas para alcanzar la finalidad propuesta.

52. Dichos requisitos dan lugar a concluir que el convenio solo puede comprender las actividades relacionadas con el fin o la función y ello excluye la posibilidad de que exista un intercambio de bienes y servicios entre las partes asociadas. En efecto, el convenio de asociación se celebra para obtener la realización de fines comunes y por ello cada participante asume una parte de lo necesario para alcanzar el propósito colectivo planteado.

53. **En consecuencia, estos convenios no suponen una relación conmutativa, ya que la entrega del aporte o el cumplimiento de alguna obligación no podría considerarse equivalente a lo hecho por la otra parte, pues todo se hace en virtud de una finalidad común y ello impide que se configure esa correspondencia.**

54. **Asimismo, si el aporte de la entidad es en dinero, esta no puede limitarse a entregarlo y transferir la ejecución de la actividad al particular, pues ello daría lugar a un contrato conmutativo, por el cual la primera paga el servicio, actividad o bien proporcionado por el segundo, lo que desdeciría la ejecución conjunta.**

55. **En conclusión, los convenios del artículo 96 se previeron para que las entidades pudieran ejecutar actividades relacionadas con sus cometidos y funciones en asocio con particulares que estuvieren dispuestos a aportarles para alcanzar ese propósito,"** (negritas fuera del texto original)

Ahora bien, efectuada esta precisión, consecuente con el análisis en cuestión, corresponde a la Sala examinar la esencia de cada uno de los convenios investigados a partir de sus particulares características.

Pues bien, se tiene que el **convenio 449 de 2007** suscrito por el acusado CANOSA GUERRERO con la Fundación

FUNARKGO ONG, durante su corto periodo como titular de la Gobernación del departamento del Cesar, según su objeto, estuvo orientado a la *"DOTACIÓN DE MATERIAL BIBLIOGRAFICO PARA LOS CENTROS EDUCATIVOS PÚBLICOS DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR, NIVELES DE PREESCOLAR, PRIMARIA Y BACHILLERATO"* en el que la cooperante FUNARKGO ONG se obligó, entre otras cosas, a la *"entrega del material bibliográfico establecido en los términos de referencia"*³⁹.

Así pues, de su sola lectura, pero además, como lo reconoció el acusado CANOSA GUERRERO tanto en su injurada⁴⁰, como en la ampliación de la misma⁴¹ y las manifestaciones realizadas en la audiencia pública⁴², se advierte que esos fueron los términos en los que se llevó a cabo la celebración de tales convenios, lo cual permite concluir que, sus características corresponden claramente con las de los contratos de compraventa, tal como lo adujo la Fiscalía en su resolución acusatoria.

Es así que, para el cumplimiento del convenio 449, la entidad FUNARKGO ONG tuvo que adquirir a título de compra todos los libros y el material bibliográfico que se comprometió entregar a las instituciones educativas del departamento del Cesar, como se observa con las facturas de compra⁴³ recolectadas y allegadas al proceso como prueba trasladada mediante la Misión de Trabajo No. 3962 del 12 de febrero del

³⁹ Fl. 17-20 Cuaderno Original Anexo Fiscalía No. 8. (Clausula primera y cuarta del convenio 449 de 2007)

⁴⁰ Fl. 294-295. Audio Rec: 22:30:05. 7 de marzo de 2012. Cuaderno original Fiscalía No. 1°

⁴¹ Fl. 254-270 27 de enero de 2015. Cuaderno original Fiscalía No. 2°

⁴² Fl. 130. Cd. Acta Fl. 131-133

⁴³ Fl. 19 a 32. Cuaderno Original Anexo No. 1 de la Fiscalía.

año 2008⁴⁴, suscrito por María Elsa Rojas Díaz en su calidad de Profesional Universitario III, adscrita a la Sección de Información y Análisis de la Fiscalía General de la Nación.

Con ello, se evidencia que i) el hecho de existir una contraprestación directa a favor de la Gobernación del Cesar ii) representada en adquirir un material estudiantil, lo cual se ejecutó a través de un contrato de compraventa y iii) con lo que consecuentemente el ente territorial se liberó de una carga propia de sus funciones, conforme a las atribuciones otorgadas en el artículo 305 de la Constitución Política numerales 1° y 2°, en concordancia con el artículo 67 de la misma obra, le permitía considerar a la entidad contratante y al enjuiciado que la fórmula adecuada de contratación en este caso, era bajo el imperio de la Ley 80 de 1993.

Sumado a ello, en la etapa instructiva se allegó al expediente el Informe de Policía Judicial No. 926527 del 21 de julio de 2014, suscrito por el técnico Víctor Javier Sánchez M adscrito al CTI de la Fiscalía⁴⁵ y con él, el contrato de interventoría No. 401 de 2006⁴⁶ celebrado entre la Gobernación del Cesar y la firma Unión Temporal Interventores Asociados, por cuyo medio se obligó al contratista a ejercer la labor de *"INTERVENTORÍA A LOS PROYECTOS DEL SECTOR EDUCATIVO ADELANTADOS EN EL DEPARTAMENTO DEL CESAR"* conforme se desprende de su cláusula cuarta.

⁴⁴ Fl. 14 a 15 Cuaderno Original Anexo No. 1 de la Fiscalía.

⁴⁵ Fl. 70 a 74 Cuaderno Original Fiscalía No. 2

⁴⁶ Fl. 109 a 121 Cuaderno Original Fiscalía No. 2

Con dicho informe, se anexó el oficio de fecha 18 de febrero de 2009 suscrito por la profesional especializada Aracelly Márquez Contreras⁴⁷ y dirigido a Elvia Zambrano Quiroz, la primera de las mencionadas en su condición de supervisora del contrato de interventoría 401/2006 y la segunda en su calidad de Secretaria General de la Gobernación del Cesar, por medio del cual, le informó el aval otorgado por el cabal cumplimiento de lo pactado en el convenio 449 de 2007, puntualizando en su parte final no haberse llevado *"a cabo liquidación por cuanto se trata de un convenio de compraventa, con efectos instantáneos, para lo cual el estatuto contractual no contempla liquidación..."* (negrilla y subrayado fuera del texto original)

En ese orden, es claro que, el **convenio 449 de 2007** reviste todas las características de un contrato de compraventa y en ese sentido, refulge evidente que la contraprestación directa recibida en virtud de su celebración a favor de la Gobernación dirigida en ese momento por CANOSA GUERRERO se dio de manera onerosa, lo cual desdibuja la teleología altruista del artículo 355 de la Carta y el Decreto 777 de 1992, por lo que, su trámite estaba excluido de ser adelantado por esta última normativa, de acuerdo a lo establecido en su inciso 2°, pese a que el objeto del convenio tiene correspondencia con el plan seccional de desarrollo del Cesar, tal como se verifica con lo preceptuado en las consideraciones del mismo convenio y lo signado en el citado plan de desarrollo⁴⁸, especialmente en el *"Capítulo Dos. Ejes de Desarrollo. I Equidad Social y*

⁴⁷ Fl. 122 cuaderno original Fiscalía No. 2°

⁴⁸ Libro – Plan de Desarrollo Departamental del Cesar 2004-2007 *"Para los buenos tiempos"* Páginas. 50 a 54. Anexo 9 Fiscalía

Solidaridad. 1.1. Talento Humano Competente. 1.1.5. Garantizar la eficiencia del sector educativo”.

Por otra parte, en cuanto al **convenio 500 de 2007**, este se suscribió con la ADMINISTRADORA PÚBLICA COOPERATIVA GRUPO APC con el fin de realizar la *“DOTACIÓN DE EQUIPAMIENTO DE SALAS DE INFORMÁTICA EN LAS SEDES DE EDUCACIÓN BÁSICA PRIMARIA DE LAS INSTITUCIONES Y CENTROS EDUCATIVOS DEL SECTOR OFICIAL DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR”*⁴⁹, cuyo objeto, estuvo relacionado con entregar una serie de elementos de cómputo de acuerdo a los términos de referencia planteados en el convenio, los cuales se detallan (extensivamente) en la cláusula *“cuarta”*.

Ahora, aunque se aportó escaso material probatorio sobre su trámite, pues la Gobernación del Cesar a través de la comunicación de fecha 6 de mayo de 2009 suscrita por la Secretaria General Lorena Hernández Dangond, remitió únicamente la minuta de dicho convenio, su CDP, la resolución No. 000446 del 26 de marzo de 2008 y una certificación de su inscripción en el Banco de Programas y Proyectos bajo el código 07-820000-00463, advirtiendo que *“revisada la base de datos y los expedientes con relación al convenio No. 500 de 2007, no se encontró documentación correspondiente en lo atinente al proyecto y estudios previos”*; la conclusión sobre sus características no dista de las encontradas respecto del convenio 449.

⁴⁹ Fl. 17-20 Cuaderno Original Anexo Fiscalía No. 8. (Cláusula primera del convenio 500 de 2007)

Lo anterior, teniendo en cuenta que la literalidad de la minuta de ese convenio, las consideraciones y el objeto allí estipulado, permiten determinar que el equipamiento de salas de informática para las instituciones educativas del sector oficial del departamento, aunque también tenía correspondencia con el plan seccional de desarrollo del departamento del Cesar, al tratarse del mejoramiento de las condiciones de educación de la población estudiantil; su naturaleza onerosa y, por ende, su contraprestación directa a favor de la entidad contratante, era evidente.

Para la Sala, resulta admisible concluir que, la materialidad de estos convenios estaba ligada estrictamente a la compra de bienes muebles y su retribución en dinero para lograr su adquisición, lo cual, a la luz de lo normado en el Código Civil sobre la materia, deviene en verdaderos contratos de compraventa, como se desprende del tenor literal del artículo 1849 de dicha codificación⁵⁰, pues no queda duda, que en su celebración confluyeron los elementos cosa y precio, esenciales para la configuración del tipo de contrato reseñado en esa disposición legal del derecho privado.

De esta manera, razón le asistió al ente persecutor al afirmar en la resolución acusatoria, que la citada contraprestación directa derivada del trámite contractual de los convenios 449 y 500 de 2007 se constituía en un presupuesto determinante para impedir su celebración a través de las

⁵⁰ Código Civil, Artículo 1849. "La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio."

normativas por las que se llevaron a cabo –artículo 355 de la Carta Política, Decreto 777 de 1992 y artículo 96 de la Ley 489 de 1998-, lo que le permitió concluir que la administración dirigida por el acusado CANOSA GUERRERO omitió la debida aplicación del régimen contractual establecido en la Ley 80 de 1993 y con ello, a su vez, transgredió los principios de legalidad, transparencia, selección objetiva y responsabilidad.

Aunado a ello, con la fórmula de contratación por la que se llevaron a cabo los convenios investigados, se eludieron las directrices señaladas en el numeral 1° del artículo 24° de la mencionada Ley 80 de 1993, vigente para la época de los hechos, pues de acuerdo a lo preceptuado en esa normativa, debieron adelantarse por licitación o concurso público, en razón a que los dineros destinados para su desarrollo⁵¹ superaron la menor cuantía establecida para dicha época⁵², en tanto el presupuesto anual de la Gobernación del Cesar para el año 2007 era de 1.394.166 SMMLV, tal como se aprecia con la prueba allegada por el ente territorial a través del Oficio del 6 de mayo de 2019, suscrito por Lorena Hernández Dangond, en su calidad de secretaria general del ente territorial⁵³.

Así pues, la Sala de Casación Penal de esta Corporación⁵⁴, ha decantado que los “requisitos legales esenciales” para los

⁵¹ Convenio 449 por valor de 3.779.785.800 y una adición por el costo de \$1.889.892.900 y; Convenio 500 de 2007 \$2.258.783.573

⁵² 1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

a) Menor cuantía para la contratación. Corregido por el artículo 1o. del Decreto 62 de 1996. El texto corregido es el siguiente: Para efectos de la contratación pública se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos legales mensuales:

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1'200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

⁵³ Folio 14. Cuaderno Original Corte No. 3

⁵⁴ CSJ SP, 25 sep. 2013, rad. 35344

contratos estatales, corresponden al acatamiento de los principios de legalidad, economía, transparencia y selección objetiva, contenidos tanto en el artículo 209 de la Constitución Política como en la Ley 80 de 1993, que orientan y son aplicables a la actividad contractual en cada una de sus fases, que valga decir, en torno al delito que se analiza, se predicen de la tramitación y celebración, por lo que *"...desconocer los requerimientos mediante los cuales se expresan aquellos axiomas da lugar a la tipificación de la conducta punible"*.

Ahora, dada la connotación de *"tipo penal en blanco"* del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, para la verificación de los referidos requisitos, ineludiblemente se debe acudir a normas ajenas al ordenamiento penal para encontrar el supuesto de hecho y la conducta delictiva, pues si bien posee una descripción concreta de la consecuencia no así de la acción, es un delito de aquellos *"en que el supuesto de hecho se encuentra desarrollado total o parcialmente por una norma de carácter extrapenal"*⁵⁵.

La Corte Constitucional, ha señalado también cuatro requisitos para que la remisión que se hace se adecúe a la ley, como que *"En primer lugar, la remisión debe ser precisa; en segundo lugar, la norma a la cual se remite debe existir al momento de conformación del tipo penal. En tercer término la norma de complemento debe ser de conocimiento público y, finalmente, debe preservar, como cualquier norma del ordenamiento, los principios y valores constitucionales"*.⁵⁶

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-121 de 2012.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-605 de 2006

Por su parte, la Sala de Casación Penal de esta Corporación en providencia CSJ SP, 12 de diciembre de 2005, radicado 23899,⁵⁷ señaló:

“Es preciso distinguir entre el núcleo esencial y el complemento. El primero, corresponde a la libertad de configuración normativa del legislador, en el sentido de señalar con claridad y precisión tanto los elementos básicos de la conducta punible, como la correspondiente punibilidad, además del reenvío expreso o tácito a otro precepto. El segundo, esto es, el complemento, especifica las condiciones en que tiene lugar aquel, ya sea de índole penal o extrapenal, pero siempre que tenga carácter general y sea expedido por quien tiene competencia para proferirlo”.

Lógicamente, en el caso concreto forzosa resulta la remisión a las normas que regulan la contratación estatal, que conforme a lo descrito en la resolución acusatoria están establecidas en la Ley 80 de 1993, que contiene las reglas y principios que rigen los contratos estatales y de los que se demanda su acatamiento, pues justamente su desconocimiento constituye el complemento al que se aludió anteriormente, y que es reprochable penalmente siempre que tal trasgresión esté relacionada, como se dijo, con un requisito esencial del contrato. Así lo expresó la Sala de Casación Penal⁵⁸:

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

⁵⁷ Reiterado en la SP14190, del 5 de octubre de 2016, rad. 40089.

⁵⁸ CSJ SP, 20 may. 2009, rad. 31654

De esta manera, como se vio con anterioridad, se concluye que en las etapas tanto pre-contractual como contractual en desarrollo de los convenios 449 y 500 de 2007 suscritos por parte del acusado **RODRIGO CANOSA GUERRERO**, se inobservaron los requisitos legales esenciales para su trámite y celebración, pues se llevaron a cabo transgrediendo los lineamientos de la Ley 80 de 1993, lo que condujo a la vulneración de los principios de transparencia y selección objetiva reseñados con anterioridad, determinándose acreditada, desde el punto de vista objetivo, la tipicidad del ilícito de **contrato sin cumplimiento de requisitos legales** endilgado en el escrito de acusación, en concurso homogéneo.

Ahora bien, como de manera adicional la Fiscalía en su acusación adujo que, si en gracia de discusión se aceptara que la forma de contratación adelantada por el acusado CANOSA GUERRERO respecto de los convenios investigados, a través de los decretos 777 de 1992 y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, hubiese sido la correcta, de igual forma se desconocieron los requisitos esenciales dispuestos en dicha normativa, principalmente en lo relativo a la acreditación de la idoneidad de las entidades contratistas.

Al respecto, conviene destacar, que le asiste razón al ente persecutor, como pasará a verse con el análisis de cada uno de los referidos convenios.

• **Convenio 449 de 2007**

Fue celebrado el 19 de diciembre de 2007⁵⁹ entre la Gobernación del Cesar y la Fundación FUNARKGO ONG, precisándose como *"la dotación de material bibliográfico para los centros educativos públicos del departamento del cesar, niveles de preescolar, primaria y bachillerato"* (cláusula primera), con una duración de treinta (30) días contados a partir del perfeccionamiento del mismo (cláusula segunda), precisando las obligaciones de las partes de manera específica (cláusula cuarta las del cooperante y cláusula quinta para las del ente territorial) y especificando claramente los aportes a los que cada contratante se obligó (cláusula tercera, literales a y b).

Asimismo, se detallaron aspectos como: los requisitos previos para la entrega de los desembolsos presupuestales pactados (parágrafo primero de la cláusula segunda), la interventoría del contrato (cláusula sexta), la reglamentación de la garantía contractual a través de las respectivas pólizas (cláusula novena), entre otras más.

Ahora, en este punto, es necesario precisar que, en la acusación no solo se resaltó el incumplimiento del requisito de idoneidad de la entidad FUNARKGO ONG como exigencia del Decreto 777 de 1992, al no elevarse el escrito motivado que así lo certificara, sino que la ausencia de tal requisito, también fue una circunstancia que consolidó la violación de los principios de legalidad, planeación, transparencia, selección objetiva y responsabilidad, establecidos en la Ley 80 de 1993.

⁵⁹ Fl. 17 a 20. Cuaderno Anexo Original Fiscalía No. 8°

Por ende, es claro que la idoneidad de la entidad contratista, sea cual fuere la modalidad contractual estatal analizada, su concurrencia se constituye en un elemento esencial, de cara a la protección de los principios antes reseñados.

Entonces, para abordar esta temática, de la propuesta presentada por la Fundación FUNARKGO ONG⁶⁰, allegada como prueba trasladada a esta actuación procesal, se puede evidenciar a través del certificado de existencia y representación legal, que la misma se encontraba a cargo del señor William Arévalo Ramírez y su denominación es la de ser una entidad sin ánimo de lucro.

De otra parte, el objeto del convenio tuvo su sustento en lo signado en el citado plan de desarrollo⁶¹, especialmente, en el *"Capítulo Dos. Ejes de Desarrollo. I Equidad Social y Solidaridad. 1.1. Talento Humano Competente. 1.1.5. Garantizar la eficiencia del sector educativo"*, lo cual se constituye claramente en una actividad relacionada con los cometidos y funciones asignados por la ley a los entes territoriales.

Empero, revisado con detenimiento el certificado de existencia y representación legal de la mencionada entidad, en el ítem correspondiente a la experiencia allí detallada⁶², solo se aprecia que FUNARKGO ONG la acreditó como constructor, proveedor y consultor.

⁶⁰ Fl. 169 a 296. Cuaderno Anexo Original Fiscalía No. 9A.

⁶¹ Libro - Plan de Desarrollo Departamental del Cesar 2004-2007 *"Para los buenos tiempos"* Pgs. 50 a 54. Anexo 9 Fiscalía

⁶² Fl. 180. Página 5 del Certificado de Existencia y Representación Legal de la Fundación Funarkgo ONG. Cuaderno Anexo Original Fiscalía No. 9A.

En su condición de proveedor, se anotan los grupos de animales vivos y productos del reino animal, carnes y despojos comestibles, pescados y crustáceos, moluscos y otros invertebrados acuáticos, productos lácteos, huevos de ave, miel natural, productos comestibles de origen animal, plantas vivas y productos de la floricultura, legumbres y hortalizas, tubérculos alimenticios, café, té, yerba (sic) mate, especias, cereales, aceites, jabones, productos de limpieza, productos a base de almidón, artículos de pirotecnia, productos fotográficos, cinematográficas, materias plásticas y de caucho, manufacturas en pieles y cueros, peletería, manufacturas de madera, carbón, corcho, instrumentos de música, armas y municiones, mobiliario médico quirúrgico, juguetes y artículos para recreo y deporte, entre muchos otros productos, sin que, a pesar de la inmensa gama de productos en los que aparece como proveedor, se advierta similitud alguna con relación a los materiales bibliográficos para instituciones educativas de educación básica primaria y secundaria, aspecto que permite determinar la ausencia de idoneidad de dicha entidad para el cumplimiento del objeto del convenio 449 de 2007.

De igual modo, así se fundamentó en la resolución acusatoria, pues sobre el particular, la Fiscalía enfatizó que la ausencia del escrito motivado de idoneidad de la entidad FUNARKGO ONG como requisito *sine qua non* de la fase previa para la celebración del convenio 449, violaba los principios de la contratación estatal establecidos en la Ley 80 de 1993.

Con relación a esto, la defensa en sus alegatos conclusivos señaló que, conforme al criterio adoptado por esta Sala Especial

de Primera Instancia en un asunto semejante dentro del radicado (48896), el escrito motivado que certifique la idoneidad de la entidad contratista se constituye en un requisito formal, y que su inexistencia en el trámite contractual puede verse superada objetivamente, de acuerdo a la experiencia que dicha entidad pruebe de forma material.

En efecto, esta Corporación ha aceptado esa tesis en algunos casos similares, así:

*“Como se ha visto con anterioridad, si bien existe un margen de duda considerable en cuanto al cumplimiento o no de los distintos requisitos legales en el desarrollo del citado convenio, como consecuencia de la pérdida de los respectivos soportes, aun si en ese punto se afirmara que tal escrito no fue en efecto elaborado, dicha irregularidad tan solo sería de índole formal, **pues lo cierto es que objetivamente existen unos documentos que permitían a la Gobernación dar por acreditada la idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro.***

*En otras palabras, si bien es una deficiencia significativa en la tramitación del convenio el hecho de no contar con un escrito en el que se motive esa idoneidad de la entidad, **en este caso tal irregularidad no resultaría relevante a efectos penales, por cuanto, materialmente, la Gobernación la comprobó a partir de los distintos documentos ya referenciados.***

En suma, esa presunta inconsistencia ante el contexto descrito por sí sola no tendría un impacto relevante sobre la materialización de los principios de la contratación estatal y no daría pie a la vulneración del bien jurídico que se busca proteger en el delito descrito en el artículo 410 del Código Penal.”⁶³ (Negrillas y subrayas de la Sala)

Como puede verse, pese a la ausencia del requisito formal aludido en el proceso contractual, aunque es de vital importancia su expedición -que no indispensable- es posible que el contratista acredite la idoneidad material y objetiva con base en la experiencia adelantada durante su existencia legal,

⁶³ SEP-00053-21 Rad. 48896. Sentencia del 20 de mayo de 2021. M.P. Blanca Néilda Barreto Ardila

lo cual, lógicamente, debe estar demostrado en el expediente, circunstancia que no acontece en el presente caso.

Basta con revisar la documentación correspondiente a la propuesta presentada por FUNARKGO ONG, especialmente las certificaciones que la entidad sin ánimo de lucro acompañó a la misma y con las que pretendió acreditar la mentada experiencia, entre las que se destacan las certificaciones expedidas por la Administración Pública Cooperativa de Departamentos y Municipios de Colombia CODENCO⁶⁴ las cuales reseñan únicamente actividades relacionadas con temas de salud (prevención oral, talleres de salud visual, capacitación en prevención de enfermedades, pedagogías en técnicas de salud, etc).

En igual sentido, se aprecia copia del contrato No. 082 de 2007 suscrito por la Fundación con el Hospital de Meissen de esta capital⁶⁵, en el que igualmente se observa que el objeto del mismo, estuvo orientado a temas de salud relativos a ayudas visuales para población infantil, así como talleres educativos en salud oral, visual y nutricional dirigidos a ese mismo grupo poblacional.

Y, por último, se evidencia de tal documentación, las certificaciones expedidas por la Universidad de Cundinamarca⁶⁶ en las que se detalla un total de 8 convenios suscritos con la fundación FUNARKGO ONG en el año 2007, cuyas finalidades

⁶⁴ Fl. 263-265. Cuaderno Anexo Original Fiscalía 9A.
⁶⁵ Fl. 266-267. Cuaderno Anexo Original Fiscalía 9A.
⁶⁶ Fl. 268-269. Cuaderno Anexo Original Fiscalía 9A.

estuvieron orientadas a la realización de escuelas de formación deportiva, artística y cultural, feria de oportunidades laborales, entre otras similares.

Bajo ese escenario, la Sala desestima el argumento ofrecido por la defensa en torno a la acreditación material o tácitamente demostrada respecto de la idoneidad de la Fundación FUNARKGO ONG, pues evidentemente, las pruebas obrantes en el expediente no permiten establecer la experiencia exigida al contratista para cumplir con el objeto del convenio y, por ende, no se verifica la postura reclamada por el defensor, pues –se insiste– en el proceso contractual del convenio 449 de 2007 no solo se omitió la expedición formal del certificado de idoneidad de la fundación contratada, sino que, además, no fue posible determinar de manera objetiva que la entidad contaba con dicha experiencia, a través de los diferentes convenios suscritos con anterioridad a los que aquí se juzgan.

Por esa razón, y en ello está de acuerdo la Sala, la Fiscalía consideró en la acusación que RODRIGO CANOSA GUERRRERO suscribió el convenio 449 de 2007 con la Fundación FUNARKGO ONG con desconocimiento del principio de transparencia definido en el numeral 8º artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Dicha norma indica:

"(.) 8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto."

En el mismo sentido, la normativa citada en su artículo 23 estipula:

“De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales: Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

El principio de transparencia, tiene fundamento en el artículo 209 constitucional, donde se expone que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y su desarrollo tiene base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad; así mismo, la Corte Constitucional⁶⁷ ha definido que este garantiza la imparcialidad de la administración y por ende la escogencia objetiva de los contratistas.

De igual forma, el ente requirente afirmó en la acusación que la ausencia del escrito motivado de idoneidad constituye una violación al principio de selección objetiva consagrado en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, adicionando que, no obstante, en el trámite precontractual del convenio 449 de 2007 se efectuó una evaluación financiera sobre las propuestas presentadas por las entidades que participaron en la adjudicación de dicho convenio resultando como ganadora la Fundación FUNARKGO ONG, pese a que en el informe se indicó que *“el oferente no presenta los estados financieros básicos completos”*

⁶⁷ Corte Constitucional. C-128 de 2003

Pues bien, sobre esta temática, es preciso anotar que el trámite contractual del convenio 449 se inició con la inscripción en el banco de proyectos de la Gobernación del Cesar denominado *"DOTACIÓN DE MATERIALES BIBLIOGRAFICOS DE CONSULTA DIDACTICA E INVESTIGACION PARA LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS OFICIALES DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR"* tal como se observa en el oficio de fecha 3 de septiembre del año 2007⁶⁸ suscrito por el Secretario de Educación y Cultura de la época, Remigio Mena Valoyes y las certificaciones elevadas por Atala María Orozco López en su calidad de Coordinadora del Banco de Programas y Proyectos del departamento⁶⁹ y la signada por Yonis Alberto Sajonero Ballesteros en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora de Planeación⁷⁰.

Posteriormente, se observa el diligenciamiento de un estudio de justificación y metas sobre el proyecto, el cual, aunque no se encuentra firmado, aparece presuntamente elaborado por el Secretario Mena Valoyes y Yesenia González Fuentes Coordinadora del Sistema de Información y Cobertura⁷¹, así como el estudio de viabilidad que contiene la evaluación técnica, económica, financiera e institucional del proyecto, igualmente elaborado por Mena Valoyes⁷², quien lo remitió al gobernador CANOSA GUERRERO a través del oficio del 13 de septiembre de aquella anualidad, con el fin de que se le diera vía libre a su trámite⁷³, e igualmente se aprecia la solicitud del certificado de

⁶⁸ Fl. 20. Cuaderno Anexo Original Fiscalía 9A.

⁶⁹ Fl. 21. Cuaderno Anexo Original Fiscalía 9A.

⁷⁰ Fl. 22. Cuaderno Anexo Original Fiscalía 9A.

⁷¹ Fl. 25-38. Cuaderno Anexo Original Fiscalía 9A.

⁷² Fl. 39-41. Cuaderno Anexo Original Fiscalía 9A.

⁷³ Fl. 42. Cuaderno Anexo Original Fiscalía 9A.

disponibilidad presupuestal por valor de \$ 3.599.895.000⁷⁴ y su correspondiente por idéntico valor⁷⁵.

De manera ulterior, el exgobernador CANOSA GUERRERO expidió los términos de referencia del convenio⁷⁶, en los que, entre otros requisitos, llama la atención de la Sala que en el ítem identificado como "3.2.1.2 *Calificación de la experiencia*" se estipuló que la misma sería evaluada de acuerdo a los contratos acreditados por los oferentes en valores convertidos en salarios mínimos mensuales legales vigentes y no de conformidad con lo referido en el Decreto 777 de 1992⁷⁷, es decir, desde un punto de vista puramente económico-contractual.

Asimismo, con base en ello, la Secretaría General de la Gobernación expidió el 2 de noviembre la "*Invitación a Cotizar No. 001 de 2007*"⁷⁸ para que pudieran participar todas las entidades sin ánimo de lucro interesadas en desarrollar los términos del convenio, invitación que fue publicada en lugar visible de las instalaciones del ente territorial, tal como lo adujo el acusado CANOSA GUERRERO tanto en su indagatoria como en la ampliación de la misma, respaldado además en lo mencionado por el testigo Jairo Enrique Calderón Carrero en la testimonial rendida ante esta Corporación⁷⁹.

⁷⁴ Fl. 43. Cuaderno Anexo Original Fiscalía 9A.

⁷⁵ Fl. 44. Cuaderno Anexo Original Fiscalía 9A.

⁷⁶ Fl. 45-66. Cuaderno Anexo Original Fiscalía 9A.

⁷⁷ "Decreto 777 de 1992. Inciso 3°. 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."

⁷⁸ Fl. 74 Cuaderno Anexo Original Fiscalía 9A.

⁷⁹ Fl. 30-32. Audio Rec: 1:48:17

En consecuencia, se presentaron como oferentes las Fundaciones Funhori ONG, Funalcer ONG y la ganadora FUNARKGO ONG, a quienes les efectuaron su respectiva evaluación⁸⁰ por parte del comité integrado por los señores Roberto Carlos Martínez y José Jaime Morales de conformidad con los citados términos de referencia.

Empero, lo que resulta inadmisibles para la Sala, es que en la evaluación efectuada a la entidad FUNARKGO ONG, específicamente con el relativo al requisito de la experiencia, se tuvo en cuenta la ejecución de los contratos de los que ya se hizo alusión con anterioridad, los cuales no tienen relación alguna con el objeto del convenio materia de análisis.

Debe recalcar, que la idoneidad está estrictamente ligada a la acreditación de experiencia del contratista en relación con la capacidad técnica y administrativa para desarrollar el objeto del convenio, lo cual, como ya se determinó, no acontece en el presente asunto.

Dicho aspecto, permite establecer una clara afrenta a los principios de transparencia y selección objetiva aludidos con anterioridad, pues la Gobernación del Cesar en cabeza de CANOSA GUERRERO, no solo tramitó y celebró el convenio 449 de 2007 inobservando los lineamientos de la Ley 80 de 1993, sino que además, lo adjudicó a una entidad que no cumplía una exigencia sustancial para llevarse la adjudicación del mentado convenio, aspecto que conlleva a la violación de principios

⁸⁰ Fl. 84-97 Cuaderno Anexo Original Fiscalía 9A.

consustanciales como la moralidad administrativa, en tanto tal escogencia -con las irregularidades antes señaladas-, deviene en un ánimo parcializado y desprovisto de objetiva legalidad sobre tal adjudicación.

En se orden de ideas, tal y como se advirtió, es evidente que el inadecuado trámite y celebración del citado convenio, estructura los elementos objetivos del tipo penal acusado y, por ende, debe hacerse el correspondiente juicio de reproche.

• **Convenio 500 de 2007**

Ahora, en relación al **convenio 500 de 2007⁸¹**, suscrito el 20 de diciembre de esa misma anualidad entre el ente territorial dirigido por RODRIGO CANOSA GUERRERO y la entidad sin ánimo de lucro ADMINISTRADORA PÚBLICA COOPERATIVA GRUPO APC, las conclusiones arribadas con anterioridad no son distintas, conforme a los siguientes razonamientos:

De la minuta del convenio analizado se puede observar que se determinó como objeto social la *"dotación y equipamiento de salas de informática en las sedes de educación básica primaria de las instituciones y centros educativos del sector oficial del departamento del Cesar"* (cláusula primera), estipulando una duración de siete (7) meses contados a partir del perfeccionamiento del mismo (cláusula primera), precisando las obligaciones de las partes de manera detallada (cláusula cuarta las del cooperante y cláusula quinta para las del ente territorial) y con

⁸¹ Fl. 51 a 56. Cuaderno Anexo Original Fiscalía No. 8°

expresa especificidad de la forma en que las partes se obligaron a dar sus aportes (*cláusula tercera, literales a y b*).

En el mismo sentido que el convenio anterior, se detallaron circunstancias adicionales que visiblemente resultaban necesarias para el normal adelantamiento de la relación contractual, entre las que se pueden destacar: las exigencias previas para la entrega de los desembolsos presupuestales pactados (*parágrafo primero de la cláusula tercera*), la forma de interventoría del contrato (*cláusula sexta*), y la procedencia de la asignación presupuestal (*cláusula sexta*), entre otras.

Por otra parte, cabe recordar que aunque sobre el **convenio 500 de 2007** se adjuntó escaso material probatorio de acuerdo a lo informado por la Secretaría General de la Gobernación, el referido análisis deberá efectuarse con lo allegado al expediente por medio de esa dependencia⁸², así como con los documentos allegados a través del informe de hallazgo penal H7⁸³ emanado de la Contraloría y los documentos existentes en el Cd aportado por medio del Informe de Policía Judicial – Misión de Trabajo No. 11064 de fecha 20 de diciembre del 2013 elevado por la investigadora Criminalística IV Aura María Jalal Moreno⁸⁴.

Pues bien, el referido convenio fue suscrito con la entidad sin ánimo de lucro denominada ADMINISTRADORA PÚBLICA COOPERATIVA GRUPO APC, cuyo objeto fue establecido para

⁸² Fl. 2-13 Cuademo Original Sala Especial Primera Instancia No. 3

⁸³ Fl. 42-76 Cuademo Anexo Original Fiscalía 8

⁸⁴ Fl. 49-55 Cuademo Original Fiscalía No. 3

la *"dotación y equipamiento de salas de informática en las sedes de educación básica primaria de las instituciones y centros educativos del sector oficial del departamento del Cesar"* del cual puede decirse, se encuentra en correspondencia con los cometidos y actividades asignadas por la ley al ente territorial, como lo es el mejoramiento de la calidad de la educación de la población infantil del respectivo departamento.

Ahora, en cuanto al requisito del escrito motivado de idoneidad, la Fiscalía (al igual que con el convenio 449) respaldó su acusación en este punto con base en la inexistencia del referido documento, sumado a que la Gobernación del Departamento del Cesar mediante la resolución No. 00446 del 26 de marzo del año 2008 hizo constar una revisión sobre algunos trámites contractuales de la administración anterior (la del acusado CANOSA GUERRERO) entre los que se encontraba el del convenio 500, ordenando en ese momento requerir a las unidades sectoriales del ente territorial, para que rindieran un informe sobre el tema de la idoneidad encontrada en el mismo.

Es así que, efectuado lo anterior y encontrando la ausencia del mentado requisito legal, el ingeniero Amilkar Sierra Romano, profesional especializado de la Gobernación, informó lo relativo a la inexistencia del requisito de idoneidad a través del oficio No. 003970 del 6 de mayo de 2008⁸⁵, advirtiéndolo lo siguiente:

".. En atención a lo solicitado mediante oficio recibido el 29 de abril de 2008, me permito manifestarle que una vez revisada la

⁸⁵ Fl. 88. Cuaderno Anexo Original Fiscalía No. 8°

*carpeta contentiva de los convenios números... 500 del año 2007, se observa, que no se encuentra acreditada la idoneidad técnica de las empresas: **ADMINISTRADORA PÚBLICA COOPERATIVA GRUPO APC**, y... para la ejecución de los objetos contractuales, teniendo en cuenta que no aparece soportado contrato alguno que demuestre su reconocida idoneidad técnica en los términos del artículo 1° del decreto 777 de 1992...*

De esta manera, le reitero que no existe documento alguno en las carpetas contractuales que permita efectuar tal proceso de verificación, advirtiéndole que en los términos del decreto 777 de 1992, la reconocida idoneidad debe evaluarse de forma previa a la suscripción de los convenios, y no con posterioridad al mismo."

Asimismo, en el interrogatorio practicado al ingeniero Sierra Romano⁸⁶, quien afirmó haber laborado en la administración de la Gobernación del Cesar desde el 11 de enero de 1995 hasta aproximadamente los meses de junio o julio del año 2011, desempeñándose en labores relacionadas con el área de informática, al ser profesional en la materia y contar con un posgrado sobre la misma, siendo jefe de informática para la época de los hechos investigados; cuando se le puso de presente el oficio acabado de citar, efectuó las siguientes manifestaciones:

"... como uno es jefe de informática, actúo como interventor en esas cuestiones. Entonces tuvo que haber llegado un documento para revisión o algo o me pidieron algún concepto... Uno en la parte de informática era un apoyo a la parte técnica. O sea, normalmente yo actuaba como interventoría, ya después que el contrato se adjudicaba... Tuvo que haber una respuesta a una carta. Debe haber una carta previa a esa... me imagino que ahí en el documento debe estar la carta que la antecede a ella..."

Seguidamente, cuando se le indagó en que consistió el concepto emitido en aquel documento, el testigo afirmó:

⁸⁶ Fl. 30-32. Rec: 2:47:24. Cuaderno Original Corte No. 4°

"yo me imagino que obedeció a una carpeta para verificación de idoneidad de algo, me imagino yo, esa es la respuesta... sobre la idoneidad de la empresa que estaban solicitando... Yo me imagino que en ese momento me entregaron unos documentos para contratar a algo o a alguien, una empresa o un servicio o algo, y si lo iban a contratar para que hiciera algo, no cumplía con esos requerimientos que estaban verificándose para eso me imagino yo. O sea, lo que yo escribí ahí es que no cumplía con la idoneidad, era porque yo viendo los documentos que estaban allí que me tuvieron que haber presentado en su momento no cumplían, de pronto la cámara de comercio no tenía el objeto no sé, la experiencia para ejecutar... no podía yo ser ciego en ese documento diciendo que si cumplía y no cumplía, lo que yo miré prácticamente intenté contestar, objetivamente... en su momento tuvieron que haberme presentado una documentación anexa con una carta para yo poder emitir ese concepto. Me imagino, porque no voy a presentar un concepto sin verificar algo... Tuvo que haber sido una carpeta con documentos. Así tal cual. Porque me imagino que mandaron unos documentos de la secretaría de educación para que revisara eso y emitiera ese concepto. Me imagino que debe haber una carta previa a esa carta respuesta mía."

Pese a que, por el paso del tiempo, el testigo no recordó perfectamente y en detalle lo suscitado respecto del convenio 500 de 2007, es evidente que una vez le fue puesto de presente el oficio que suscribió el 6 de mayo de 2008 dirigido al secretario de educación de la Gobernación del Cesar en ese momento, la respuesta allí contenida obedeció a que luego de revisada la carpeta contentiva de dicho convenio, pudo determinar que la entidad ADMINISTRADORA PÚBLICA COOPERATIVA GRUPO APC no cumplía con el requisito de idoneidad, en tanto no observó ningún contrato celebrado por aquella que avalara el cumplimiento de tal exigencia normativa.

Sumado a ello, el ente territorial del Cesar profirió la resolución 01658 de 9 de junio de 2008⁸⁷, por cuyo medio decretó la terminación unilateral del convenio 500 de 2007, al encontrar una causal de nulidad absoluta, por cuanto no se

⁸⁷ FI. 138 Cuaderno Anexo Original Fiscalía No. 6°

consignaron las razones por las cuales no se realizó licitación pública al adelantar este convenio, así como tampoco se acreditó la experiencia, solidez financiera, capacidad técnica, administrativa y jurídica de la entidad contratista. Dicha decisión, fue confirmada en la resolución No. 04430 del 16 de septiembre del mismo año, a través de la cual, la Gobernación resolvió negar el recurso de reposición interpuesto por esta última, quedando en firme la terminación unilateral referida.

Sobre este punto y conforme al desarrollo que la Sala ya ha efectuado en torno al requisito de idoneidad que extraña la Fiscalía y que fue motivo de acusación, tanto en la resolución de la misma como en las alegaciones de cierre, es claro que en el trámite precontractual del convenio 500 de 2007 no se elevó un escrito motivado certificando la idoneidad del cooperante en este caso.

Amén de lo anterior, surge evidente que la entidad contratista ADMINISTRADORA PÚBLICA COOPERATIVA – GRUPO APC, tampoco cumple con el requisito de idoneidad de manera material u objetiva, tal como se examinó con el convenio anterior, que permitiera superar la inexistencia del escrito motivado de aquella exigencia.

Al respecto, obran en el expediente algunos documentos contentivos de la etapa contractual del convenio 500 de 2007 allegados por la Gobernación del Cesar a través del correo electrónico de fecha 9 de noviembre del 2016, en respuesta al requerimiento elevado por la Sala de Casación Penal de esta Corporación (previo a la creación de esta Sala Especial de

Primera Instancia) mediante el oficio No. 33385, de los que, basta con observar los aportados con la propuesta presentada por la entidad en mención rotulados como "experiencia", destacándose con facilidad varios que, aunque tienen relación con el objeto del convenio 500, no logran demostrar la idoneidad para llevar a cabo el objeto del mismo, a saber: 1) *el contrato 109-2007 suscrito con el municipio de Cota - Cundinamarca el 27 de junio de 2007, cuyo objeto fue la dotación de mobiliario educativo y el suministro de material y equipo pedagógico para la nueva sede educativa departamental Enrique Pardo Parra y 2) la dotación de un aula multimedia educativa y bilingüismo para las instituciones educativas del sector oficial del municipio del Espinal.*⁸⁸

Como se dijo, estos contratos tienen cierta relación con el objeto del convenio en cuestión, sin embargo, para la Sala no resultan suficientes para demostrar la idoneidad, pues, recuérdese que tal exigencia impone a la entidad contratista con o sin ánimo de lucro el deber de demostrar resultados satisfactorios, obviamente relacionados con el objeto del convenio, de los cuales se pueda extraer su capacidad técnica y administrativa para desarrollar, ejecutar y cumplir el mismo.

A dicha conclusión arriba la Sala, en tanto la prueba antes reseñada solo enuncia la participación de la entidad ADMINISTRADORA PÚBLICA COOPERATIVA GRUPO APC en esas actividades contractuales, empero, no permite extraer el desempeño o desarrollo satisfactorio en la ejecución de las

⁸⁸ Fl.16 a 25 Cuaderno Original Corte No. 2

mismas, como lo pregona la defensa. Es decir, con esa simple enunciación, no es posible conocer si tales eventos contractuales se culminaron o no, o de haberse culminado, lo fue de manera satisfactoria; por lo que dicho documental no logra un alcance eficaz desde el punto de vista probatorio, que permita a la Sala advertir que tal labor concluyó con resultados satisfactorios como lo reclama la normativa.

Por tanto, queda claro que en la celebración del convenio 500 de 2007 al igual que en el 449, se desconocieron los requisitos legales esenciales, pues además de no haberse expedido el escrito debidamente motivado de idoneidad de la empresa sin ánimo de lucro ADMINISTRADORA PÚBLICA COOPERATIVA GRUPO APC, tampoco se encontró que la entidad contara con tal condición materialmente probada y que en el trámite solo se careciera la existencia del referido escrito.

De esta manera, se reitera, que los convenios 449 y 500 de 2007 suscritos por parte del acusado **RODRIGO CANOSA GUERRERO**, desconocieron los requisitos legales esenciales para su trámite y celebración, pues como ya se dijo, además de no adelantarse conforme a los lineamientos dispuestos por la Ley 80 de 1993 como era debido, se acudió al modelo de contratación del artículo 355 de la Constitución Política, en armonía con el Decreto 777 de 1992 y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, inaplicables para esa clase de contratos.

Además, pese a celebrar dichos convenios a través de ese proceder ilegal, también fueron desconocidos los requisitos esenciales descritos allí, particularmente en cuanto a la

idoneidad que se exigía por parte de las entidades contratistas, en tanto la ajenidad de sus objetos sociales de cara a los establecidos en cada uno de los convenios aludidos, quedó plenamente demostrada.

En ese orden de ideas, ha quedado acreditada, la tipicidad objetiva del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* endilgado a CANOSA GUERRERO, en concurso homogéneo.

5.1.2. Tipicidad subjetiva

- **Convenio 449 de 2007**

El delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* solo admite la modalidad dolosa y según el artículo 22 de la Ley 599 de 2000, frente al concepto de dolo directo "*la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización*", de ahí que el dolo impone valorar dos aspectos: uno cognitivo asociado a la comprensión de la conducta típica y otro volitivo con el que se exterioriza la intención de la realización de aquella.

Cabe anotar, que la mayoría de las veces, para la acreditación del dolo no surge prueba directa, en tanto la intención del agente solo la conoce él mismo, luego, salvo la confesión, resulta poco probable lograr una evidencia de tales características, lo cual impone que ese elemento intencional se deduzca a partir tanto de inferencias, como de prueba indirecta

que permita colegir el factor subjetivo de esa forma de conducta punible.

Dicho esto, se tiene que la Fiscalía General de la Nación indicó tanto en el llamado a juicio contra el aforado CANOSA GUERRERO como en los alegatos de conclusión, que en su calidad de gobernador para el momento de los hechos, era de su competencia como ordenador del gasto ejercer control sobre el trámite y celebración de todo el tema contractual, de acuerdo a los principios de delegación administrativa de las entidades estatales.

Además, advirtió que el acusado desde su indagatoria afirmó que el convenio 449 de 2007 tuvo que adelantarlo bajo la normatividad del Decreto 777 de 1992 y no por otro tipo de contratación por falta de tiempo, por cuanto al momento de asumir la dirección del ente territorial se encontraba en vigencia la "ley de garantías", decisión que la Fiscalía consideró como una simple conveniencia por parte del acusado, que lo llevó a celebrar ese convenio con la inobservancia de los requisitos legales esenciales señalados en la Ley 80 de 1993 de manera consciente y voluntaria.

En el mismo sentido, destacó que frente al convenio 500 de 2007, no se evaluó en debida forma lo concerniente al requisito de idoneidad de la entidad ADMINISTRADORA PÚBLICA COOPERATIVA GRUPO APC, pues además que no se expidió el escrito motivado que así lo certificara, la prueba recaudada sobre el particular ningún vestigio arrojó en ese sentido.

De otro lado, recalcó la imposibilidad de considerar la teoría defensiva en torno a que el procesado actuó amparado en el principio de confianza, al haber delegado todo lo concerniente al trámite de dichos convenios al gabinete de la Gobernación del Cesar y a los asesores que para tales efectos contrató, pues insistió en que el acusado CANOSA GUERRERO suscribió los convenios investigados con conocimiento del incumplimiento de los requisitos legales esenciales, traducidos específicamente en la ausencia de la idoneidad de las entidades sin ánimo de lucro a quienes se les adjudicó.

Pues bien, para resolver la disyuntiva originada de las tesis presentadas por Fiscalía y defensa en este punto, deviene imperioso analizar la figura de la delegación administrativa, para luego llevar su análisis bajo al tamiz del denominado principio de confianza, lo cual permitirá a la Sala establecer cuál de las referidas tesis quedará demostrada.

Previo a ello, es necesario recordar, que el delito por el que se procede -contrato sin cumplimiento de requisitos legales-, establece tres formas alternativas para su materialización, a saber: (i) *inobservar los requisitos legales sustanciales en la tramitación del contrato, lo que incluye todos los pasos que la administración debe realizar hasta su celebración*, (ii) *omitir la verificación de los presupuestos previstos en la ley de contratación estatal al momento de su perfeccionamiento* y (iii) *desconocer las exigencias relacionadas con la liquidación del contrato*⁸⁹, de las que, cabe

⁸⁹ CSJ SP 9 Feb 2005. Rad. 21547.

anticipar, en el caso concreto deberá analizarse la segunda de tales modalidades.

De acuerdo a lo interior, es evidente que la intención del legislador con la tipificación de la conducta consagrada en el artículo 410 del Código Penal, fue la de buscar la separación de las conductas punibles que puedan recaer entre los funcionarios públicos que tengan a cargo el desarrollo de la actividad contractual, con la ejecutada por parte del ordenador del gasto⁹⁰.

Ahora, retomando el examen de la problemática jurídica propuesta, sobre la delegación administrativa, esta Sala Especial de Primera Instancia⁹¹ ha dicho:

**En la administración pública es imposible que el ordenador del gasto pueda realizar todo el proceso contractual, razón por la cual la ley establece la posibilidad de adelantarlo en conjunto con diferentes órganos en una relación concatenada de trámites⁹² a través de las figuras de delegación y desconcentración, regladas en la Ley 489 de 1998.*

La delegación es la posibilidad de transferir competencia, no la titularidad de la función. Se perfecciona con la manifestación positiva del funcionario delegante de su intención de hacerlo a través de un acto administrativo motivado, en el que determina si su voluntad de delegar la competencia es limitada o ilimitada en el tiempo, o general o específica⁹³. La transferencia se realiza a través de un acto administrativo expreso, debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede siempre y en cualquier momento reasumirla. Procede cuando hay relación de subordinación entre delegante y delegatario⁹⁴.

(...)

En virtud de tal relación, el delegante conserva y ejerce la facultad

⁹⁰ CSJ SP 20 may. 2003, rad. 14.669; SP, 24 may 2017, rad. 49.819.

⁹¹ SEP-00079-2021. Rad. 47494.

⁹² Cfr. CSJ SP, 7 julio 2010, rad. 28508.

⁹³ Cfr. CC C-372-2000.

⁹⁴ Cfr. *ibidem*.

para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario, y revocar el acto de delegación, particularidades que se desprenden del principio de unidad de acción administrativa, de la aplicación de los principios de la función administrativa a que hace referencia el artículo 209 de la Carta, y del deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al jefe de la entidad u organismo estatal⁹⁵.

Debe constar por escrito y a la autoridad delegante le asiste la obligación de informarse en todo momento sobre el desarrollo de las funciones otorgadas e impartir orientaciones generales sobre su ejercicio, tal como lo dispone el canon 10 de la Ley 489 de 1998.

*Además, en principio exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponde exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Carta Política, el delegante pueda en cualquier momento reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo (artículo 11 *ibidem*⁹⁶).*

(...)

Si bien el artículo 211 superior establece que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, ello no significa que no lo haga por sus propias acciones u omisiones respecto a los deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento, las cuales serán fuente de responsabilidad cuando impliquen infracción a la Constitución y a la ley, por medio de la pretermisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los principios de la función administrativa⁹⁷.

Por esas razones en materia contractual el acto de la firma expresamente delegada no exonera de la responsabilidad civil y penal al agente principal⁹⁸, ya que no envuelve la transferencia o el traspaso de la competencia.⁹⁹

Bajo ese panorama, es evidente que el ordenador del gasto tiene la facultad de adelantar los procesos contractuales a través de figuras como la delegación, dada la imposibilidad humana y material de llevarse a cabo dicha labor únicamente

⁹⁵ Cfr. *Ibidem*.

⁹⁶ Ley 489 de 1998.

⁹⁷ Cfr. CC C-372-2000.

⁹⁸ Cfr. Ley 489 de 1998, artículo 11.

⁹⁹ Cfr. CC C-727-2000.

en cabeza de aquel, de ahí que la figura complementaria de la competencia administrativa le permite realizar, en conjunto, con los órganos adscritos a la entidad territorial tal responsabilidad, conforme lo prevé la Ley 489 de 1998.

Sin embargo, dicha delegación no opera por sí sola o de manera automática, pues debe mediar un acto administrativo motivado que así lo indique, especificando aspectos tan relevantes como la voluntad del funcionario delegante respecto de la intención del asunto materia de delegación, la temporalidad de la competencia, la cual puede ser reasumida por el delegante en cualquier momento, ostentando siempre la facultad de reformar o revocar las actividades realizadas por el delegatario, en virtud del deber de dirección y administración establecidos en los principios de la función administrativa (Artículo 209 de la Carta Política).

Ahora, en cuanto a responsabilidad penal se refiere, en principio se ha considerado que el delegante está eximido de la misma por las actuaciones exclusivas del delegatario conforme se desprende del canon 211 de la Carta, empero, ello no opera *ipso iure*, pues el delegante sí es sujeto de reproche punitivo desde el punto de vista de las actuaciones omisivas respecto a sus deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento, siempre que sus consecuencias transgredan la Constitución y la Ley.

Visto así, en el caso concreto, no obra elemento de convicción que determine la existencia de la figura de la delegación reiterada por la defensa como fórmula exculpatoria,

bajo la cual afirma que su prohijado adelantó los trámites contractuales investigados.

A lo que acude el profesional del derecho es a una especie de delegación tácita, figura ajena a nuestra codificación legal, pues como se dijo, la delegación exige, por parte del delegante, la emisión del acto administrativo motivado, por cuyo medio disponga la transferencia de competencias, acto que no profirió el acusado.

De todas maneras, la Sala de Casación Penal de esta Corporación, en decisión proferida dentro del radicado 30677, de 21 de junio de 2010, ha sostenido sobre los deberes del ordenador del gasto lo siguiente:

“En todo caso, la contratación estatal demanda del servidor público ordenador del gasto y representante legal del ente oficial, una tutela estricta, un control en todas las fases de la contratación -tramitación, celebración y liquidación-, lo cual implica la verificación del cumplimiento de las exigencias legales esenciales en cada una de esas etapas. Valga decir, a través del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 410 del Código Penal, se tutela el principio de legalidad de la contratación administrativa.”

En este punto, es preciso abordar la figura del principio de confianza bajo el cual, advierte la defensa, el acusado CANOSA GUERRERO actuó en el trámite de los convenios investigados. Sobre este tópico, la misma Corporación ha señalado lo siguiente¹⁰⁰:

“Sobre el principio de confianza, ha precisado esta Sala que es un instrumento normativo integrado a la teoría de la imputación objetiva

¹⁰⁰ SP-3754-2022. Rad. 61464. Sentencia del 2 de noviembre de 2022. M.P. Myriam Ávila Roldán

y que opera dogmáticamente como un límite normativo de la norma de conducta, según el cual no es posible atribuirle el resultado típico a una persona si ésta ha obrado convencida de que otras -de quienes se espera una actuación fundada en el principio de autorresponsabilidad o autodeterminación frente al cumplimiento de las normas- no han incurrido en riesgos jurídicamente desaprobados, a menos que hayan tenido motivos suficientes para dudar o suponer lo contrario¹⁰¹

Como consecuencia práctica, de acuerdo con el principio de confianza, quien se comporta adecuadamente no tiene que prever que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro¹⁰², pues por su propia definición «no viola el deber de cuidado la acción del que confía en que el otro se comportará correctamente, mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario¹⁰³

Aunque el principio de confianza ha desempeñado un papel esencial en el ámbito de la imprudencia como criterio de determinación del deber de cuidado (especialmente cuando se trata de acciones que forman parte de una actividad compartida o que implica una distribución de trabajo, como pueden ser acciones propias del tráfico automotor o de la intervención quirúrgica¹⁰⁴), lo cierto es que como criterio normativo en otros ámbitos de la teoría jurídica del delito se extendió a las conductas dolosas en virtud del proceso de normativización de la tipicidad¹⁰⁵.

Ahora bien, esta Corporación ha relevado que el principio de confianza está sujeto a limitaciones.

En primer lugar, no es procedente su aplicación cuando la persona posee un especial deber de vigilancia o cualquier otra función de control dentro del ámbito de sus competencias, pues en tales eventos no es posible afirmar que la conducta del actor ha quedado supeditada a la intervención de los demás¹⁰⁶.

En segundo lugar, no es posible acogerse al principio de confianza cuando, dentro de sus propios deberes de observación, de acuerdo a las circunstancias objetivas que lo rodean, pueda el individuo inferir que los otros no se comportan conforme a lo esperado: «cuando una persona conozca o deba conocer (elemento de imputación personal) una situación en la que ya no le es posible confiar -existen motivos

¹⁰¹ CSJ SP, 28 sep. 2006, rad. 24031

¹⁰² FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmática, en: Derecho Penal y Criminología, Vol. 21, N° 69, Madrid, 2000, p. 46.

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, Derecho penal. Parte general, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 532 y s.

¹⁰⁴ ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid, 1997, p. 1004 y s.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, op. cit., p. 532.

¹⁰⁵ Cfr. En este sentido, CSJ SP, 12 ago. 2009, rad. 32053.

¹⁰⁶ Entre otras, CSJ SP 9 feb. 2005, rad. 21547; CSJ SP 28 sep. 2006, rad. 24031.

*objetivos concretos o evidencias de que otra persona no quiere respetar las normas o carece de capacidad para ello- ya será posible imputar el hecho típico a esa persona a título de dolo o imprudencia en función de sus niveles de conocimiento sobre la situación*¹⁰⁷.

*Así, tratándose de delitos dolosos en régimen de actividades compartidas o en equipo de trabajo, le serán atribuibles objetivamente las acciones activas o pasivas a aquel que teniendo el deber de evitar el resultado o de vigilar la conducta de quienes colaboran en la ejecución de las labores a él encomendadas, permita que, ya sea mediante contribuciones esenciales o secundarias para la producción del resultado, vulneren el bien jurídico llamado a proteger*¹⁰⁸.

De lo anterior, se tiene que el *principio de confianza* resulta ser un concepto de carácter normativo que determina un obrar legítimo del agente, amparado en la expectativa puesta en función de los demás, asumiendo la actuación idónea de quienes intervienen en su mismo contexto de riesgo en el tráfico jurídico, impuesto por las labores propias del entorno donde se produjo el resultado antijurídico, de ahí que el agente debe responder por sus propias acciones y no por aquellas en las que incurra un tercero, que funge como depositario de dicha expectativa.

Dicho de otra manera, el referido principio se fundamenta bajo la premisa de la autorresponsabilidad, en la medida que el ámbito de responsabilidad de cada sujeto se limita a su propia gestión, pero le asiste el deber insoslayable de ejercer los respectivos actos de control y vigilancia que sobre la conducta objeto de reproche le estaban legalmente atribuidos.

Bajo esa óptica, es claro que el principio de confianza no opera de manera automática, pues para su aplicación debe

¹⁰⁷ FEJOO SÁNCHEZ, op. cit., p. 75. En ese sentido, SP CSJ SP 28 sep. 2006, rad. 24031.
¹⁰⁸ CSJ SP, 12 ago. 2009, rad. 32053.

observarse previamente, por parte de quien pretende amparar su conducta antijurídica en dicha prerrogativa, una serie de actos preventivos de dirección, vigilancia y control sobre el hecho generador del riesgo jurídicamente desaprobado, que le permitan al fallador determinar la imposibilidad de endilgar responsabilidad penal al agente, en tanto pese a ejercer tales actos de supervisión, el resultado típico escapa de su esfera volitiva.

Pues bien, conforme lo anterior, para el caso concreto, la Fiscalía en su acusación adujo que las manifestaciones expresadas por el acusado CANOSA GUERRERO en su indagatoria, respecto a que el convenio 449 de 2007 se adelantó bajo las directrices del Decreto 777 de 1992 ante el poco tiempo con el que contó debido a la vigencia de la *"ley de garantías"* para el momento en que dirigió la Gobernación del Cesar, fueron consideradas en el llamado a juicio como un argumento de conveniencia, pues fue un aspecto incriminatorio que el ente acusador observó respaldado en la declaración rendida por Yesenia María González Fuentes, quien en su calidad de Coordinadora de Estadística Educativa Departamental y pese a que fungía como supervisora de contratos, formulación de proyectos, elaboración de estudios de necesidad y conveniencia; aseguró que dicho convenio no pasó por su dependencia, en razón a que el exgobernador delegó esa función en unos asesores externos que había contratado para tales fines.

De igual manera, el ente acusador recalcó que, la testigo González Fuentes señaló que el asesor llamado *"Jairo"* le había

presentado un estudio previo relacionado con la compra de bibliotecas para que lo suscribiera, pero presentó su negativa a ello al observar la ausencia de una justificación sobre la compra de los textos que allí se trataba y afirmó no haber estado de acuerdo con el modelo de contratación adoptado como convenio para dicha compra, enfatizando en que no se fundamentó el tema de la necesidad del proyecto.

Posteriormente, la Fiscalía apoyó su tesis de responsabilidad subjetiva del acusado precisamente con el testimonio del señor Jairo Enrique Calderón Carrero quien, pese a definir el convenio 449 de 2007 como una compra, pero en beneficio de la comunidad, solo se limitó a revisar el informe de evaluación existente, conforme a la designación como asesor del despacho de la Gobernación del Cesar efectuada por parte de CANOSA GUERRERO.

Para el ente acusador, dicha prueba testimonial resultó ser un elemento de juicio suficiente para concluir que el exgobernador RODRIGO CANOSA GUERRERO confió la decisión sobre el trámite previo de los contratos a un asesor desconociendo sus competencias, con lo cual se desligó de su obligación de verificar la legalidad en el procedimiento contractual del convenio, dándole prevalencia a la necesidad de acelerar la ejecución de los proyectos adoptando la modalidad contractual que más le convenía para llevarlos a cabo previo a la terminación de la vigencia fiscal del momento, por lo que de forma dolosa, asumió la decisión de adelantar ese trámite contractual desconociendo los requisitos legales que regían

para ello y en consecuencia violando los principios de la contratación pública.

Sobre este crucial aspecto de la tipicidad, encuentra la Sala, en primera medida, que el acusado CANOSA GUERRERO en todas sus salidas procesales, especialmente en la ampliación de indagatoria¹⁰⁹ y en el interrogatorio absuelto en la audiencia pública¹¹⁰, resaltó su desconocimiento en cuanto a los trámites contractuales dada su poca escolaridad y preparación en la materia, recalcando que todo el proceso contractual surtido sobre los convenios aquí investigados se adelantó a través de sus asesores.

Por ello, señaló que a causa de la información suministrada a través de sus asesores, en comienzo por parte de Remigio Mena Valoyes, quien ostentaba la calidad de secretario de educación para la fecha de los hechos, y era el encargado de realizar todo lo concerniente a la presentación del proyecto y la sustentación de la necesidad del mismo para llevar a cabo su adelantamiento, fue que como primer mandatario decidió continuar con su desarrollo.

Asimismo, en cuanto a las manifestaciones realizadas por la testigo Yesenia María Gonzáles Fuentes relativas a si fue informado por parte de sus asesores sobre la posible equivocación en cuanto a la modalidad contractual adoptada para el convenio 449, el acusado respondió negativamente, agregando que *"[ni] el asesor me expresó eso, nunca supe de*

¹⁰⁹ Fl. 254 a 270. Cuaderno Original Fiscalía No. 2

¹¹⁰ Fl. 131-133 Audiencia pública. Rec 00:12:40

eso.¹¹¹ Y respecto a que le fuera comunicada dicha situación por el señor Mena Valoyes adujo que “[.] no señor., Remigio no me comentó, en realidad eran los encargados el señor Jairo Calderón, el asesor, que tenía mucho conocimiento o tiene mucho conocimiento como lo expresó en la última declaración que hizo sobre contratación y el señor Remigio Mena que era el secretario de educación, de sacar adelante este proyecto. Cuando este proyecto me llega, llega ya con todos los documentos o todas las cosas y dependiendo de lo que a mi me habían dado para revisar entonces ya firmaba dependiendo de eso y con toda la confianza necesaria de que ellos habían hecho todo conforme a la norma o conforme a la ley las cosas.”¹¹²

Más adelante, cuando se le indagó sobre el conocimiento que tenía en relación con el trámite contractual realizado al convenio 449 de 2007, sintetizó: “El trámite era general, para todos era que los proyectos deberían estar desde un comienzo en el banco de prueba y seguir luego a priorizarlos, y luego de priorizarlos ya pasarlos a lo siguiente, que fuera revisado por el jurídico de la Gobernación el cual debería dar el visto bueno y luego pasar a la siguiente Secretaría, que me acuerde yo en general. Pero señor magistrado, le repito, yo tenía un listado de qué debería llevar la contratación y yo revisaba uno por uno el documento, **pues de manera superficial**, de manera que si estaba en el proyecto, estuvo en el proyecto, que fue priorizado, que fue priorizado, que la fundación es tal fundación, todo lo que tenía que llevar de esa manera y una vez firmaba, además esto era presentado por el asesor Jairo Calderón, quien recibía el

¹¹¹ Audiencia pública. Rec 00:21:30

¹¹² Audiencia pública. Rec 00:22:10

*paquete, todo lo que tenía que llevar el convenio en este caso y de esa manera era únicamente que yo firmaba.*¹¹³ (negritas propias)

Tales afirmaciones, se acompañan con lo manifestado en los testimonios de Edgar Rincón Castilla y Jairo Enrique Calderón Carrero, vertidos tanto en la etapa instructiva como en la de juicio. En esta última oportunidad, cabe resaltar lo manifestado por el primero de ellos ante la Corte¹¹⁴, cuando en principio negó su conocimiento sobre los convenios 449 y 500 de 2007, aduciendo que su participación en esos trámites contractuales solo se circunscribía al deber de expedir las pólizas correspondientes, aspecto que quedó desvirtuado en el curso del interrogatorio, pues al turno de la defensa esta le puso de presente el oficio suscrito por él de fecha 28 de noviembre del año 2007¹¹⁵, dirigido al secretario de educación del momento Remigio Mena, mediante el cual le otorgaba la facultad de coordinar la interventoría del convenio 449 de 2007.

Sin embargo, en el curso de la audiencia, luego de que el testigo leyó textualmente el mencionado documento, tuvo que cambiar su versión, para señalar que, en algunos contratos - como en el caso del 449-, tenía la potestad de delegar la interventoría como sucedió con este.

De otra parte, el testigo Rincón Castilla mencionó haber ingresado a la Gobernación como secretario general desde el 28

¹¹³ Audiencia pública. Rec 00:23:10

¹¹⁴ Fl. 140 Cuaderno Original Corte No. 2

¹¹⁵ Fl. 109 Cuaderno Anexo original Fiscalía No. 1.

de octubre al 23 de diciembre de 2007, advirtiendo que CANOSA GUERRERO no confiaba en él y que por eso no era de su conocimiento las actuaciones contractuales llevadas a cabo dentro del ente territorial. Sin embargo, tal aspecto también fue desvirtuado, pues cuando la defensa le indagó sobre cómo llegó a la administración del acusado a ocupar dicho cargo, manifestó que, evidentemente, fue RODRIGO CANOSA GUERRERO quien efectuó su nombramiento, lo cual evidencia la confianza que depositaba en él.

De esta forma, aunque el testigo pretendió desligarse de la responsabilidad y conocimiento que tenía de acuerdo a las funciones propias de su cargo, queda en evidencia su conocimiento en los trámites contractuales de la Gobernación en el tiempo que ejerció su cargo.

No lejos de dicha realidad se encuentran las manifestaciones realizadas por el testigo Jairo Enrique Calderón Carrero, el cual resulta relevante para la Corte en cuanto a la temática abordada, pues nótese que desde su primera versión presentada ante la Fiscalía¹¹⁶ y la ampliación de la misma rendida ante esta instancia¹¹⁷, en las que explicó de manera detallada y con gran fluidez, cómo desde su cargo de asesor externo de la Gobernación en el periodo ejercido por el aforado CANOSA GUERRERO se encargó de poner a su disposición todo su conocimiento en materia contractual, gestión de la que, obviamente, no escapó el convenio 449 de 2007.

¹¹⁶ Fl. 6 a 21. Cuaderno Original Fiscalía No. 3°

¹¹⁷ Fl. 31-33. Audio Rec: 1:48:17

Como quedó acreditado al momento de escuchar su testimonio, tanto en la parte instructiva¹¹⁸ como en la versión rendida ante la Sala¹¹⁹ el deponente Calderón Carrero es profesional en Administración de Empresas con amplia trayectoria en el sector público, como lo reflejan los cargos que ocupó; sobre la responsabilidad adquirida al interior de la Gobernación del Cesar para la época de los hechos, sostuvo ser un asesor externo del Despacho regentado por el procesado CANOSA GUERRERO, advirtiendo que el convenio 449 de 2007 fue un proyecto que se encontraba *“inscrito en el banco de proyectos y había sido priorizado en un comité... de junio de ese año (2007)”* y de allí se realizó todo el proceso contractual sobre el mismo.

Advirtió que al ex gobernador CANOSA GUERRERO se le socializaban todos los proyectos en trámite *“casi que a diario”* a través de reuniones periódicas que se realizaban en su despacho y allí, cada secretario de despacho *“le informaba el estado de cada proceso que se estaba adelantando, si era precontractual, cuales (sic) en desarrollo, cuales (sic) en contratación y cuales (sic) en ejecución para poder ajustarnos a los cronogramas de la contratación”*.

Posteriormente, en la versión rendida ante la Corte fue más enfático en describir el rol principal del acusado en todo lo concerniente a los procesos contractuales, detallándolo así: *“El señor gobernador lo que estaba era dirigiendo la Gobernación, pero lógicamente el proceso la responsabilidad de adelantar el*

¹¹⁸ Fl. 6 a 24. Cuaderno Original Fiscalía No. 3

¹¹⁹ Fl. 29 a 32. Cuaderno Original Corte No. 4°

*proceso pre contractual y contractual recaía en las diversas instituciones que forman parte de la Gobernación. La oficina de planeación con su banco de proyectos... cada una de las entidades en este caso de la secretaria de educación que fue la encargada de hacer el estudio de conveniencia, la secretaria de hacienda tenía que expedir el CDP y luego poder expedir el registro, y la oficina jurídica hacer el sustento jurídico y revisar que todos los pasos se cumplieran. Lo mismo que el comité evaluador, adelantar lo pertinente a la evaluación de las propuestas y definir cuál era el más indicado. Pero la decisión que tomaba finalmente el gobernador prácticamente **tenía que firmar el contrato porque le llegaba todo adelantado por la institución**. Él formaba sí, parte del comité de priorización, lo presidía y ahí se presentaba, pero contaba con el respaldo de la oficina jurídica y de las diversas oficinas y secretarías de la Gobernación”.*

En efecto, todo lo anterior guarda coherencia con el trámite contractual del convenio 449 de 2007 que se encuentra en el expediente, pues recuérdese que luego de iniciado el trámite con la inscripción del proyecto del convenio en el banco de proyectos de la Gobernación del Cesar¹²⁰ suscrito por el Secretario de Educación y Cultura de la época, Remigio Mena Valoyes, se prosiguió con el trámite contractual restante, que terminó con el desarrollo del convenio y la escogencia de FUNARKGO ONG como contratista .

¹²⁰ Fl. 20. Cuaderno Anexo Original Fiscalia 9A.

Posteriormente, se observa el diligenciamiento de un estudio de justificación y metas sobre el proyecto, el cual, aunque no se encuentra firmado, aparece presuntamente elaborado por el mencionado Mena Valoyes y Yesenia González Fuentes en su calidad de Coordinadora Sistema de Información y Cobertura¹²¹, así como el estudio de viabilidad que contiene la evaluación técnica, económica, financiera e institucional del proyecto igualmente elaborado por Mena Valoyes¹²², quien lo remitió al gobernador CANOSA GUERRERO a través del oficio del 13 de septiembre de aquella anualidad, con el fin de que se le diera vía libre a su trámite¹²³.

Sobre este punto, militan como prueba trasladada las exposiciones rendidas por Mena Valoyes ante la Fiscalía 11 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Valledupar¹²⁴, quien, a la sazón, en su primera injurada vertida el 16 de junio de 2008, negó rotundamente haber tenido participación alguna en el convenio 449 de 2007, señalando incluso, haber rechazado la labor de interventoría.

Empero, ya en la ampliación de la misma, admitió que, efectivamente, había elaborado todo lo concerniente al análisis de conveniencia del referido convenio 449, su remisión ante la oficina del banco de proyectos a través del citado oficio de fecha 3 de septiembre de 2007, junto con todos los documentos que soportaban su factibilidad, tanto administrativa como presupuestal.

¹²¹ Fl. 25-38. Cuaderno Anexo Original Fiscalía 9A.

¹²² Fl. 39-41. Cuaderno Anexo Original Fiscalía 9A.

¹²³ Fl. 42. Cuaderno Anexo Original Fiscalía 9A.

¹²⁴ Fl. 260-265 y 288-291. Cuaderno Anexo Fiscalía 8ª

Asimismo, se tiene que la modalidad contractual definida para el convenio 449 de 2007, emerge del análisis efectuado por el comité de evaluación del proyecto, integrado por Jose Jaime Morales Fuentes, quien evaluó únicamente los aspectos financieros, y por el abogado Roberto Carlos Martínez Ávila.

Pues bien, no desconoce la Sala que la preparación académica y el poco nivel profesional del acusado, principalmente en materia contractual, lo llevó a apoyarse, inicialmente, en el gabinete que encontró para adelantar un convenio que ya estaba inscrito en el banco de proyectos desde la administración que lo antecedió.

Tampoco puede desconocerse que su llegada a la dirección de la Gobernación del Cesar, obedeció a una coyuntural circunstancia acaecida con el gobernador anterior, el cual tuvo que abandonar su cargo y por ello el aquí procesado fue nombrado para culminar los últimos 6 meses del periodo gubernamental del año 2007.

Entonces, en principio, resulta cierto que ante la falta de ese conocimiento profesional, el exgobernador CANOSA GUERRERO tuvo que depositar su confianza en los miembros del gabinete y además nombrar asesores externos, como fue el caso del administrador de empresas Jairo Enrique Calderón Carrero, quien -se itera- explicó con gran conocimiento y elocuencia todo lo relacionado al trámite contractual adelantado durante la administración del encartado.

No obstante, todos estos elementos de convicción no logran desvirtuar el ánimo libre, consciente y voluntario de CANOSA GUERRERO de querer celebrar el convenio 449 de 2007 con la inobservancia de los requisitos señalados en la Ley 80 de 1993, pues, en primer término, como ya se estableció, en este caso no se comprobó la existencia de una delegación administrativa, en tanto ningún acto de tal naturaleza expidió el procesado que así lo estableciera.

Además, si en gracia de discusión se admitiera la endeble tesis de la referida delegación, ello tampoco apuntaría a excluir la responsabilidad penal del procesado, pues conforme lo señala el artículo 211 de la Carta Política, si bien el delegante, en principio, no responde por las actuaciones del delegatario, ello no aplica irreflexivamente, en tanto al primero siempre le será atribuible las violaciones a la Constitución y a la Ley en que incurra el segundo, en virtud a los deberes de dirección, instrucción y seguimiento, a los cuales está obligado el delegante, toda vez que, la delegación administrativa no presupone el traslado de la titularidad de la función.

Ahora, aunque la defensa insistió en que su defendido obró conforme al ordenamiento jurídico, para esta Corporación, vale recordarlo, al momento de efectuar el análisis objetivo de la conducta aquí investigada, quedó establecido que pese a la aplicación mixta del Decreto 777 de 1992 y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 en la que se celebró el convenio 449 de 2007, este se enmarca legalmente conforme a las reglas señaladas en la Ley 80 de 1993, al tratarse de un acuerdo de voluntades de carácter conmutativo.

De este modo, independientemente de la normativa que se haya seleccionado para la suscripción del convenio, es evidente que el acusado orientó su voluntad para celebrarlo inobservando dichas reglas, pues dado el objeto del mismo y su elevada cuantía, era obvio que se trataba de un contrato de compraventa y por ende, no era posible su trámite y celebración bajo la normativa por la que finalmente se adelantó, lo que permite inferir con claridad, que la intención siempre estuvo encaminada a eludir las modalidades contractuales señaladas en el numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, reitérese, vigente para la época de los hechos, infringiendo con ello los postulados del principio de transparencia.

Por lo tanto, no es posible admitir la tesis defensiva, dirigida a señalar la inocencia del acusado bajo la figura del principio de confianza analizado con anterioridad, pues en este caso, la ejecución de la conducta endilgada no se materializó ante la ineludible confianza que advierte tuvo que depositar en sus subalternos, bajo el tamiz de una delegación administrativa que no fue probada en este asunto, sino por no haber ejercido los respectivos actos de vigilancia, seguimiento y control sobre el proceso contractual del convenio 449 de 2007, los cuales de acuerdo a la prueba recaudada, simplemente decidió no realizar.

Aunado a lo anterior, es claro que la idoneidad del contratista, entendida no como requisito del Decreto 777 de 1992 o de la Ley 489 de 1998 para contratar, sino como un elemento de lógica confluencia para la legalidad de cualquier

contrato estatal, en tanto este implica que el adjudicatario o contratista debe ser apto para desarrollar el objeto contractual, es de obligatorio análisis en este caso, de cara al actuar doloso del aquí acusado frente a la conducta delictiva enrostrada, aunque se haya formulado como un cargo hipotético y adicional en la acusación.

Así, como se estableció en el tipo objetivo, la entidad FUNARKGO ONG era a todas luces inidónea para adelantar el convenio 449, porque los innumerables objetos sociales que como proveedor se aprecian del certificado de existencia y representación legal aportado al expediente¹²⁵, lo era de múltiples productos, insumos y mercaderías, ninguno de los cuales se relacionaba con el objeto del convenio.

Incluso, el procesado ni siquiera echó de menos la inexistencia del escrito motivado que certificara tal idoneidad que debió expedirse por parte de su administración, o a falta de él, haberla determinado a través de la experiencia contractual y administrativa de dicha entidad a partir de los diferentes resultados satisfactorios que hubiese demostrado con los soportes incluidos en su propuesta, los cuales, como ya se estableció, no se encuentran acreditados, arrojando con claridad la falta de experiencia para llevar a cabo el objeto del convenio.

En ese orden de ideas, CANOSA GUERRERO estaba obligado a observar la debida diligencia, vigilancia y gerencia

¹²⁵ Fl. 180. Página 5 del Certificado de Existencia y Representación Legal de la Fundación Funarkgo ONG. Cuaderno Anexo Original Fiscalía No. 8A.

propias de su cargo como ordenador del gasto del departamento del Cesar, que le demandaban identificar esa ausencia de idoneidad, lo cual era perceptible a través del simple examen de la documentación presentada por FUNARKGO ONG.

Cabe recordar, que el objeto del convenio estaba encaminado a proveer de material didáctico a los niños del Departamento Cesar en sus fases de primaria y bachillerato y su cuantía era bastante elevada, pues tuvo un primer valor de \$3.779.785.800, y una adición de \$1.889.892.900; aspectos que, para el caso concreto, debieron alertar en mayor medida esos deberes de control y vigilancia por parte del encausado, los cuales observa la Corte ausentes en la conducta desplegada por el acusado, como se dijo líneas atrás.

De este modo, el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales exige precisamente el deber de verificar que el contrato suscrito cumpla los requisitos propios de su celebración de acuerdo a la normativa correspondiente, por lo que el acusado CANOSA GUERRERO no puede eludir esa exigencia con la simple manifestación de haber obrado bajo la confianza absoluta hacia sus dependientes, para de esta forma evadir el reproche penal que le es enrostrado, mucho menos cuando la viabilidad de la aplicación del principio de confianza está supeditada a que, quien lo invoca, haya llevado a cabo todas las normas de comportamiento que para el caso preciso se esperaban de él, circunstancia que -se itera- no ocurrió en los eventos investigados.

En conclusión, es claro que RODRIGO CANOSA GUERRERO no solo suscribió el convenio 449 de 2007 bajo una normativa que no le era aplicable, eludiendo dolosamente las directrices de la Ley 80 de 1993 dado su carácter conmutativo, sino que, además, pretermitió intencionalmente los actos de vigilancia y control que le eran atribuibles sobre dicho trámite contractual e, inclusive, adjudicó el mismo a una entidad claramente inidónea.

• **Convenio 500 de 2007**

Nada distinto ocurrió con el convenio 500 de 2007, pues, de la literalidad de la minuta del mismo, se tiene que CANOSA GUERRERO suscribió este convenio el 20 de diciembre de la misma anualidad, de cuyo escaso material probatorio allegado a esta actuación, se pudo evidenciar que, se trató igualmente de un contrato de compraventa, al ser su objeto social la *"dotación y equipamiento de salas de informática en las sedes de educación básica primaria de las instituciones y centros educativos del sector oficial del departamento del Cesar"*.

Es más, sobre este convenio, ni siquiera se allegó al expediente la forma en la que previamente se adelantó el trámite contractual, sino que su adjudicación a la contratista ADMINISTRADORA PÚBLICA COOPERATIVA GRUPO APC, se materializó sin mediar una convocatoria o un acto gubernamental que le diera publicidad y transparencia al proceso, similar al expedido en el convenio analizado con anterioridad, circunstancia que le hubiese permitido a cualquier otro oferente la participación en la ejecución del

contrato, lo que constituye un aspecto indicativo para inferir de manera razonada, que el procesado CANOSA GUERRERO deliberadamente lo adjudicó eludiendo de manera dolosa las modalidades de la contratación estatal, señaladas en el numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, transgrediendo de esta manera los principios de transparencia y selección objetiva de la contratación administrativa.

Al igual que el convenio anterior, no es posible admitir la hipótesis defensiva orientada a señalar la ausencia de responsabilidad del acusado, aduciendo que este también se celebró al amparo de las figuras de la delegación y el principio de confianza, pues si las exigencias que configuran dichos axiomas no se lograron acreditar con la prueba recaudada frente al convenio 449, mucho menos se demuestran sobre el 500, pues además que fue aportado un exiguo material probatorio sobre su celebración, no se evidenció por parte del procesado CANOSA GUERRERO la expedición del acto administrativo que soportara la delegación tantas veces aludida en su defensa.

Asimismo, sobre el negocio jurídico analizado, el acusado en su ampliación de indagatoria, manifestó que:

"[...] de este convenio lo que sé es que lo dejé firmado el 20 de diciembre a eso de las 9 de la mañana, y a eso de las 10 me llegó la suspensión de la Contraloría, tuve que dejar el despacho inmediatamente, la protección se tenía que compartir con el gobernador que llegara y como estaba amenazado tuve que venirme para Bogotá y no volví a saber sobre este convenio... por alguna razón no obran documentos sobre este convenio, aunque si era de educación, debió ser en la secretaría de educación."

Seguidamente, aseguró que no recordaba quién definió la modalidad de contratación aplicada y puntualizó que no podía decir mucho sobre su desarrollo, porque advirtió que, de mala fe, extraviaron toda la documentación como lo hicieron con otros contratos o convenios.

Sobre la misma temática, el testigo Jairo Enrique Calderón Carrero dijo¹²⁶:

"yo no tuve la misma cercanía con ese convenio, lo impulsó más la secretaría de educación, los procesos que se estaban surtiendo eran muchos, yo no podía revisarlos todos."

Y en el mismo sentido, los demás testigos, a saber: Yesenia María González fuentes¹²⁷, Edgar Rincón Castillas¹²⁸, José Jaime Morales Fuentes¹²⁹ y Roberto Carlos Martínez Ávila¹³⁰, afirmaron no tener ningún conocimiento sobre la celebración del convenio materia de análisis.

En ese orden, se infiere con claridad el ánimo inequívoco por parte de CANOSA GUERRERO para adjudicar este convenio a la ADMINISTRADORA PÚBLICA COOPERATIVA GRUPO APC, inobservando los lineamientos señalados en la Ley 80 de 1993, pues direccionó el mismo hacia esta entidad sin verificar el proceso de selección o licitación pública como era debido.

Sumado a ello, como ocurrió con el convenio 449 de 2007, el monto del convenio 500 de 2007 que, dicho sea de paso,

¹²⁶ Folio 6 a 21. Cuaderno Original Fiscalía No. 3°

¹²⁷ Folios 81-85 Cuaderno Original Fiscalía No. 3°

¹²⁸ Folios 86-88 Cuaderno Original Fiscalía No. 3°

¹²⁹ Folios 91-95 Cuaderno Original Fiscalía No. 3°

¹³⁰ Folios 96-108 Cuaderno Original Fiscalía No. 3°

ascendió a \$2.258.783.573 millones de pesos y el objeto dirigido a dotar de equipos y salas de computo a la población estudiantil del Cesar en sus niveles de básica primera y secundaria, constituían circunstancias que confluían para prevenir al acusado del especial cuidado que debía imprimirle a la celebración de este convenio, lo cual, de haberse llevado a cabo con la razonable diligencia y control que el asunto exigía, también se hubiese percatado de la falta de idoneidad de la entidad ADMINISTRADORA PÚBLICA COOPERATIVA GRUPO APC.

De esta manera, iguales consideraciones a las del convenio analizado con anterioridad (449 de 2007) deben observarse en torno a la responsabilidad penal de RODRIGO CANOSA GUERRERO respecto de la irregular celebración del convenio materia de análisis, pues ningún acto de control idóneo materializó el acusado dirigido a observar la correcta actuación que le era exigible a sus subalternos en el desarrollo de la contratación referida, por lo que, una vez más, las condiciones que dan lugar a la aplicación del principio de confianza insistentemente aludido por la defensa, no logran su acreditación.

Ahora, en cuanto a la real celebración del convenio 500 de 2007 que echa de menos la defensa, en tanto considera que su nacimiento a la vida jurídica no se efectivizó dado que su defendido si bien lo suscribió el 20 de diciembre del mismo año, esto es, en su último día como gobernador encargado del Cesar, su perfeccionamiento se produjo hasta el 17 de abril de 2008, en el momento que se expidió el cumplimiento del registro

presupuestal proferido por el gobernador de ese departamento para esa fecha, afirmando con ello que, dicho convenio no nació a la vida jurídica porque no fue celebrado por aquel.

Al respecto, vale recordar, que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 estipula *“Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”*

Asimismo, la Sala de Casación Penal de esta Corporación, en torno a la connotación jurídica que sobre los axiomas de tramitar, celebrar y liquidar se ha decantado. A la sazón, la Corte ha puntualizado¹³¹:

“1.1.1. Las fases del proceso de contratación en que puede materializarse el delito consagrado en el artículo 410 del Código Penal

Recientemente (CSJ SP, 24 Nov. 2016, Rad. 46037), esta Corporación, basada en sus propios precedentes, reiteró que el delito consagrado en el artículo 410 del Código Penal solo es predicable de las fases de trámite, celebración y liquidación. Por tanto, las actuaciones realizadas durante la fase de ejecución no pueden subsumirse en este tipo penal. Dijo:

Por otra parte, en lo que atañe al ámbito de aplicación del art. 410 del CP, según la fase en que se encuentre el contrato, ha de clarificarse que la punibilidad de la conducta del servidor público no se predica de la totalidad de las etapas contractuales. Tal como lo ha precisado la Corte (CSJ SP, 9 feb. 2005, rad. 21.547 y CSJ SP, 23 mar. 2006, rad. 21.780), las formas de comisión de este delito se refieren a comportamientos distintos; así, una es la conducta aludida en la primera modalidad, donde se reprocha el hecho de tramitar el contrato sin observar sus requisitos legales esenciales; y otra, la de quien lo celebra o liquida, pues en estos casos la prohibición se hace consistir en no verificar el cumplimiento de los requisitos legales inherentes a cada fase.

Es decir, en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la inobservancia de formalidades inherentes a la ejecución del contrato no comporta reproche penal. Esta tesis fue acogida por la jurisprudencia

¹³¹ CSJ SP-7322-2017. Rad. 49819 24 de mayo de 2017.

de la Sala (CSJ SP, 20 may. 2003, rad. 14.669) y, desde entonces, ha venido siendo reiterada.¹³² Por expresa disposición legal, la mencionada conducta punible se limita a las etapas de tramitación, celebración o liquidación, sin que pueda entenderse que todo lo que tenga que ver con la contratación administrativa pertenece al trámite del contrato.

La tramitación, en sentido estricto, corresponde a la fase precontractual, comprensiva de los pasos que la administración debe seguir desde el inicio del proceso hasta la celebración del contrato. Celebrarlo significa formalizar el convenio para darle nacimiento a la vida jurídica, a través de las ritualidades legales esenciales. Mientras la liquidación es una actuación administrativa posterior a la terminación de contrato, por cuyo medio las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto derivado de su ejecución¹³³.

Esa comprensión del limitado ámbito de aplicación de la conducta punible descrita en el art. 410 del CP, según las aludidas fases de la contratación, descartando su ampliación a otras etapas contractuales, es corolario de la vigencia del principio de legalidad, en su componente de estricta tipicidad (art. 10 inc. 1° ídem). Al respecto, la Sala (CSJ SP 11 jul. 2012, rad. 37.691) puso de presente:

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

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

¹³² Cfr., entre otras, CSJ SP 09 feb. 2005, rad. 21.547; SP 16 feb. 2005, rad. 15.212; SP 08 nov. 2007, rad. 26.450; SP 13 may. 2009, rad. 30.512; SP 18 nov. 2009, rad. 25.650; AP 10 may. 2011, rad. 34.282 y SP 11 jul. 2012, rad. 37.691.

¹³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 3ª, Sub. B, sent. 29.02.2012, exp. 19.371.

De acuerdo a lo anterior, uno de los aspectos que debe analizarse a efectos de determinar la tipicidad de la conducta establecida en el artículo 410 del Código Penal es el verbo rector, el cual está inescindiblemente relacionado con la etapa contractual respecto de la cual se predique el acaecimiento de la inobservancia de los requisitos legales esenciales.

Ahora, claro es que, en materia contractual, una es la etapa que la precede (precontractual), correspondiente al **trámite**; la segunda se ocupa de la **celebración** del mismo, de cuya ocurrencia se predica su nacimiento a la vida jurídica y; la tercera, aborda la fase de su liquidación.

Para el asunto en concreto, conforme al argumento del defensor en este punto, confunde el libelista los términos *celebrar y ejecutar* el contrato, pues el hecho que el acusado CANOSA GUERRERO haya firmado el convenio 500 de 2007 el día 20 de diciembre de ese mismo año y no haya estado presente en su ejecución en razón a que el registro presupuestal fue expedido por la administración siguiente, no significa que el convenio no haya nacido a la vida jurídica.

Al respecto, por remisión, válido resulta acudir al artículo 864 del Código Civil el cual estipula que: "***Definición de contrato. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.***" (negritas y subrayas fuera del texto original)

Lo anterior, permite extractar que, la celebración de un contrato -cualquiera sea su naturaleza- nace a la vida jurídica una vez producida la aceptación de la propuesta. Es decir, que la celebración del negocio jurídico se entiende perfeccionada con la suscripción y firma del mismo por las partes.

El Consejo de Estado, en decisión del 30 de julio de 2008, Radicado 15079, sobre el particular sostuvo:

"El Consejo de Estado en varias providencias al evaluar los cambios introducidos por la ley 80 de 1993 respecto de la existencia y ejecución del contrato estatal, afirmó que este nace a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal.

Sin embargo, la anterior posición fue modificada por la Sala en providencias proferidas a partir del auto del 27 de enero de 2000, en el que se afirmó que el registro presupuestal era un requisito de "perfeccionamiento" del contrato estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996.

En sentencia proferida el 28 de septiembre de 2006, expediente 15.30, la Sala retomó la posición asumida antes del precitado auto de 2000 y advirtió que la condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su "perfeccionamiento", porque es un requisito necesario para su ejecución."

En ese orden, es claro que no le asiste razón a la defensa en este aspecto, en tanto el registro presupuestal no resulta ser una condición o requisito *sine qua non* para dar por perfeccionado el contrato estatal, siendo una condición necesaria para su ejecución, por lo que la Sala desestima la postura de la defensa sobre la cual pretende cimentar que el convenio 500 de 2007 no nació a la vida jurídica.

Conclusión

De acuerdo a lo anterior, se concluye que el encausado RODRIGO CANOSA GUERRERO celebró los convenios 449 y 500 de 2007 sin cumplir con los requisitos legales, lo cual materializó sin llevar a cabo los mínimos actos de dirección, control y vigilancia para que se tramitaran y celebraran conforme a la ley, pese a que el mismo acusado afirmó e insistió en todas sus salidas procesales, no solo haber estado presente sino dirigir varios comités o reuniones donde supuestamente se socializaban, entre otros, los convenios investigados, sin que se haya aportado constatación de la ocurrencia de los mismos.

Así mismo, a pesar de estar tramitando dos convenios que demandaban la destinación de cuantiosos recursos del departamento, dirigidos a la sensible misión de mejorar la calidad del servicio de educación de la población estudiantil Cesareense, no dispuso acto alguno de verificación para comprobar la idoneidad de las empresas contratantes, en especial si su objeto social guardaba relación con el cometido contractual, lo cual condujo a celebrarlos con ONG'S no idóneas para el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos.

Ahora, si en gracia de discusión se apreciara demostrada la delegación reclamada -así fuere tácita [forma de delegación prohibida por la ley] - debe insistirse en que, pese a ello, ha quedado decantado que dicho escenario de traslado de funciones *per se* no implica la exoneración de responsabilidad penal del titular de la persona jurídica delegante, en tanto, el no

ejercer esos actos de dirección y vigilancia de manera idónea sobre el trámite contractual de los convenios materia de acusación, no da lugar a la aplicación del principio de confianza aludido en la tesis defensiva y abordado con suficiencia en las consideraciones precedentes, pues recuérdese que, para la configuración de dicha prerrogativa, el criterio de autorresponsabilidad sobre la gestión inherente al cargo desempeñado por quien tiene el deber de gerencia, es de forzoso acatamiento.

Así, es claro entonces el actuar doloso de **RODRIGO CANOSA GUERRERO**, pues como gobernador del Cesar suscribió los convenios 449 y 500 de 2007 sin el lleno de los requisitos esenciales que para ellos confluían, especialmente porque sabiendo el carácter conmutativo de los mismos, decidió de manera dolosa adelantarlos bajo una normativa inaplicable, distinta a la Ley 80 de 1993, que como ya quedó decantado, era el Estatuto Contractual por el cual debieron celebrarse, desencadenando con ello, la violación a los principios de legalidad, transparencia y selección objetiva, por lo que, no asiste duda a la Sala de la presencia de este aspecto subjetivo de la tipicidad.

Además de lo anterior, el acusado llevó a cabo la adjudicación de los convenios investigados a las fundaciones FUNARKGO ONG y ADMINISTRADORA PÚBLICA COOPERATIVA GRUPO APC, las cuales no cumplían con la idoneidad requerida, en tanto no desplegaban actividades relacionadas con los objetos contractuales, aspecto que auspicia de manera adicional, la intención del procesado de

inobservar los principios aludidos y de direccionar a su amaño la adjudicación de los convenios.

Finalmente, debe precisarse que, todo lo anterior deja sin sustento la configuración de un error de tipo igualmente alegado por la defensa, fundado en que su defendido asumió que estaba actuando conforme a la ley, precisamente por tener que confiar totalmente en su equipo de trabajo de la Gobernación del Cesar en la celebración de los convenios materia de enjuiciamiento, en razón a su desconocimiento en materia contractual.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte ha sostenido frente al error de tipo lo siguiente¹³⁴:

"Acerca de la figura la jurisprudencia de la Sala refiere que, se caracteriza por el desconocimiento de una circunstancia objetiva (descriptiva o normativa) perteneciente al tipo, que deja impune la conducta cuando es invencible y también cuando es superable y la respectiva modalidad delictiva sólo está legalmente establecida en forma dolosa.

Con mayor precisión, dice la jurisprudencia de la Sala, "en el error de tipo, la persona o autor desconoce el alcance de sus actos en la medida en que supone erróneamente la ausencia de circunstancias constitutivas del delito que sí están presentes en la realidad objetiva donde se desarrolla su acción. Por consiguiente, tal error se configura cuando el sujeto activo de la acción desconoce que su comportamiento se adecúa a un delito y por lo mismo, excluye el dolo porque afecta su aspecto cognitivo, incidiendo así en la responsabilidad. Clásicos ejemplos, el que se apodera de cosa mueble ajena (hurto, artículo 239 C.P.), suponiendo que se trata de cosa propia; penetra en habitación ajena (artículo 189 C.P.), creyendo entrar en la propia; o realiza acceso carnal con persona menor de 14 años (artículo 208 C.P.), creyendo que es mayor de edad."¹³⁵

¹³⁴ CSJ SP 2404-2022. Rad. 51824
¹³⁵ CSJ SP 30 Jun 2021 Rad. 49686

A lo cual agrega que, "la equivocación será invencible cuando no le sea exigible al autor ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa, es decir, que la errada interpretación o comprensión no dependa de su culpa o negligencia, circunstancia que produce la atipicidad subjetiva; y, vencible, en caso de que el agente lo pueda superar con un esfuerzo factible y que le era exigible con arreglo a las circunstancias de posibilidad de conocimiento, oportunidad y demás que rodearon la ocurrencia de los hechos."¹³⁶

Sobre la materia, para lo que interesa al caso concreto, el error de tipo tiene lugar cuando hay una discordancia entre lo representado y lo realmente ocurrido, de modo que si el yerro recae sobre el elemento subjetivo de la tipicidad se excluye el dolo por comprometer su aspecto cognitivo. En este error, aunque el autor obra voluntariamente, ignora que su comportamiento se adecua a un tipo penal¹³⁷.

Recuérdese que, sobre este aspecto, la defensa acudió también a la figura eximente de responsabilidad penal de error de tipo, bajo el entendido que, dado el desconocimiento de su prohijado sobre las normas de contratación estatal, sumado a la confianza que sin alternativa tuvo que depositar en sus asesores, suscribió los convenios investigados sin conocer cuál era la norma legalmente admitida para su correcta celebración.

En este punto, cabe recordar, que la Sala de Casación Penal de esta Corporación, adujo¹³⁸:

"Hay que aceptar que en temas administrativos de relativa complejidad la posibilidad de incurrir en error es una opción admisible y el derecho penal no se puede marginar de esa realidad. Sin embargo, también es evidente que el servidor oficial adquiere una posición de garante por su vinculación con el

¹³⁶ Ver por ejemplo CSJ SP 28 May 2021 Rad. 56015

¹³⁷ CSJ AP, 26 ene. 2009, Rad. 30847.

¹³⁸ CSJ SP 4903-2018, Rad. 47385

manejo de lo público y que por razón de esa cláusula especial de sujeción, no puede argumentar siempre y con relativa simpleza, que ignora o no conoce los pormenores del manejo del Estado, para alegar un error que excuse su comportamiento, sobre todo si los términos de la decisión y de sus implicaciones jurídicas se pueden analizar con relativo cuidado."

Bajo ese entendido, aunque en principio la labor de dirección administrativa propia de un ente territorial, puede llegar a representar cierta complejidad que permite incurrir en error en alguna de las labores desarrolladas como ordenador del gasto, por ejemplo. No obstante, tal margen de error no puede sustentarse bajo la premisa pura y simple de desconocer la normativa que rige la contratación estatal, pues esta es una tarea cotidiana del gobernador.

Así lo ordena el literal B del numeral 3° del artículo 11 de la Ley 80 de 1993 que asigna al jefe de la entidad la competencia para ordenar y dirigir la celebración de los contratos y la escogencia de los contratistas, deber de inexcusable cumplimiento.

Tan cierto es lo anterior, que el mismo acusado en sus salidas procesales, manifestó que fueron muchos los contratos que tuvo que tramitar y celebrar durante el tiempo de su gestión, e incluso señaló que por estar en ley de garantías debían celebrarse los convenios acá examinados una vez superado este periodo de restricción contractual, lo cual denota su información respecto del tema y que tales asuntos no le eran ajenos.

Esto permite concluir, que además de la asesoría que le pudieren brindar sus colaboradores al interior de la administración, sus funciones le demandaban un conocimiento suficiente de los procesos contractuales para cumplir las exigencias básicas de los mismos, como el mero hecho de contratar con entidades que reunieran los elementales presupuestos de idoneidad y experiencia para cumplir los compromisos adquiridos.

En consecuencia, la Sala no encuentra acreditado que la conducta delictiva desplegada por RODRIGO CANOSA GUERRERO esté amparada en un error de tipo, pues como ha quedado advertido en precedencia, el acusado tenía conocimiento de las regulaciones normativas que gobernaban el trámite de los convenios 449 y 500, deber de inexcusable observancia al asumir el cargo de Gobernador, máxime cuando no resultan aplicables para el caso concreto, las figuras de la delegación administrativa y el principio de confianza, ampliamente analizadas, que hubieran podido dar cabida a una eventual tesis de inducción a error proveniente de sus asesores, la cual ha sido descartada.

5.2. De la antijuridicidad

La afectación al bien jurídico tutelado de la Administración Pública se acredita, por una parte, con la evidente demostración de la comisión de RODRIGO CANOSA GUERRERO respecto del ilícito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, conducta que se halla consignada en el Código Penal (Artículo 410) como una de

aquellas que lesiona el adecuado desarrollo de la actividad estatal, cuyo fin, no es otro que satisfacer el interés general.

Recuérdese que la administración pública encarna la finalidad de satisfacer las necesidades colectivas, conforme a una actividad ajustada al orden jurídico por parte del servidor público, por lo que este debe responder a varios pilares constitucionales asociados a los fines del Estado como son la prevalencia del interés general, mantener la vigencia de un orden justo, servir a la comunidad y proteger a las personas residentes en Colombia -entre otros- en sus bienes.¹³⁹ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁴⁰, citando su propia jurisprudencia ha señalado que:

"En los delitos contra la administración pública, ésta se tutela como un interés al servicio de la comunidad y los gobernados, de tal manera que aparezca protegido a algo funcional y dinámico, pues, de lo contrario, se sancionaría como delito la mera desobediencia a la ley (violación de prohibiciones o mandatos) y no la real transgresión de bienes jurídicos. El ius puniendi, por su naturaleza extrema, no puede disponerse para aislados quebrantamientos de deberes profesionales o para la protección de una vaga pureza de la administración pública, pues ello se traduciría en una visión totalitaria de la actividad administrativa, sino que es preciso establecer que la conducta juzgada pone en riesgo concreto los procedimientos que los miembros de la colectividad tienen para resolver sus conflictos" (Segunda instancia, radicación número 13.827, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

La administración pública es una organización, una estructura, un andamiaje en movimiento permanente, que cumple sus funciones con base en un orden previamente establecido, disposición que es la observada, percibida y esperada por la comunidad. Cuando esa organización o estructura se resquebraja, se modifica o altera y, por tanto, se torna en disfuncional, las consecuencias las padece el ciudadano, como miembro de un grupo social que, a su vez, es

¹³⁹ Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2

¹⁴⁰ CSJ SP, 22 feb. 2012, rad. 35606

elemento esencial del ente conocido como Estado. En este sentido, aunque respecto del delito de peculado, pero con la misma base, se ha pronunciado la Corte, por ejemplo en sentencia de única instancia del 31 de enero del 2001 (radicación número 6593, M. P. Mario Mantilla Nougués), decisión que recuerda e incorpora en su texto pensamientos similares de la Sala perceptibles en pronunciamientos del 30 de septiembre de 1975 (M. P. Federico Estrada Vélez) y del 7 de junio de 1983 (M. P. Alfonso Reyes Echandía).

En general, como importante punto de partida, se puede admitir que el bien jurídico tutelado que se estudia es ofendido cuando se atenta contra la buena marcha de la administración pública, es decir, cuando su organización, estructura o funcionalidad son distorsionadas o víctimas de otros rumbos.*

En el caso concreto, a **RODRIGO CANOSA GUERRERO** por cuenta de su designación como gobernador del Cesar, se le encomendó proveer por la buena marcha del ente territorial y adoptar decisiones que beneficiaran a la comunidad, pero en su lugar a través de la contratación estatal, adjudicó el convenio administrativo 449 de 2007 a la entidad FUNARKGO ONG y el 500 del mismo año a la entidad Administrado Pública Cooperativa Grupo APC, sin que estas cumplieran el requisito esencial de idoneidad, conforme ha quedado ampliamente decantado al interior de esta decisión.

Entonces, se produjo una efectiva y grave lesión al bien jurídico tutelado, pues el aforado en ejercicio de su función atentó contra el Estado que representaba y causó así una defraudación a la administración pública y en especial a la confianza de la comunidad del departamento del Cesar, en especial a los niños y adolescentes escolarizados, al suscribir dichos convenios que violaron principios de la administración como los de transparencia y selección objetiva, con la

adjudicación de los mismos a entidades contratistas que no llenaban las exigencias de ley para ejecutarlos de manera idónea.

5.3 Culpabilidad

Con relación a la culpabilidad, como elemento de la responsabilidad penal, es evidente que el comportamiento de **CANOSA GUERRERO** resulta reprochable, pues actuó con conciencia de su antijuridicidad ya que no se acreditó durante la actuación procesal evento, padecimiento o condición alguna que tuviere la potestad para afectar su autodeterminación, especialmente para el momento de los acontecimientos, incluso, desde su injurada expuso conocer los pormenores del trámite contractual de los convenios celebrados ilegalmente y que por ende son objeto de reproche.

Por otra parte, como se expuso *ut supra*, se estableció que el acusado es una persona adulta, con formación académica superior y además, que contaba con experiencia laboral en entidades públicas, pues en el interrogatorio absuelto ante la Sala¹⁴¹, aunque en principio no aceptó haberse desempeñado como asesor del señor Jairo Calderón Martínez cuando este fungió como edil en el Concejo Municipal de Bogotá, posteriormente, ante los cuestionamientos que sobre el particular le hizo la Fiscalía, terminó corroborando dicha situación, aspecto que, sumado a lo anterior, permite determinar sin dificultad que podía comprender la ilicitud de su

¹⁴¹ Interrogatorio. Folios 130-133. Rec: 52:38

comportamiento y que pudo determinarse conforme a esa comprensión.

Se concluye entonces que RODRIGO CANOSA GUERRERO, conocía con suficiencia la ilicitud del comportamiento que estaba desplegando y contando con la posibilidad de determinar el mismo de manera distinta, esto es, con acatamiento de las normas constitucionales y legales que juró proteger, optó de manera voluntaria por apartarse de aquellas y contrariar la ley al avalar el trámite y posterior celebración de los convenios 449 y 500 de 2007 a pesar de su evidente incumplimiento de los requisitos legales esenciales, hecho este que se probó en grado de certeza, acreditándose así la responsabilidad penal del acusado en torno a este concurso delictivo.

6. Dosificación punitiva

En este asunto, RODRIGO CANOSA GUERRERO fue hallado penalmente responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo, concurso delictual que se desarrollará sin el aumento general de penas contenido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 como ya se explicó¹⁴². Veamos:

6.1 Del contrato sin cumplimiento de requisitos legales

¹⁴² Ver página 26 y ss. de esta providencia

El delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en la forma señalada en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000 contiene un marco punitivo de cuatro (4) a doce (12) años -o lo que es lo mismo 48 a 144 meses- de prisión y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como una pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

De conformidad con lo indicado en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, para establecer los cuartos punitivos se debe restar la pena mínima a la máxima y este resultado dividirlo en cuatro. Veamos el ejercicio:

$144 \text{ meses} - 48 \text{ meses} = 96 \text{ meses}$ (ámbito punitivo de movilidad)

$96/4 = 24 \text{ meses}$ (cuartos)

Conforme a lo anterior se obtienen los siguientes cuartos de movilidad:

PENA	PRIMER CUARTO	SEGUNDO CUARTO	TERCER CUARTO	CUARTO FINAL
PRISIÓN	48 a 72 meses	72 meses 1 día a 96 meses	96 meses 1 día a 120 meses	120 meses 1 día a 144 meses
MULTA	50 a 87.5 smlmv	87.6 a 125 smlmv	125.1 a 162.5 sml	162.6 a 200 smlmv
INHABILIDAD	60 a 81 meses	81 meses 1 día a 102 meses	102 meses 1 día a 123 meses	123 meses 1 día a 144 meses

Ahora, como quiera que a **RODRIGO CANOSA GUERRERO** no le fueron imputadas circunstancias de mayor punibilidad y le concurre la atenuante consagrada en el artículo

55-1 del Código Penal, toda vez que, carece de antecedentes penales, la fijación de la pena deberá ser ubicada en el primer cuarto señalado, mismo dentro del cual, atendiendo lo señalado en el inciso 3° del artículo 61 del Código Penal¹⁴³, la Sala se apartará del extremo mínimo en 2 meses, lo que equivale a 8,33 % del cuarto de movilidad, en atención a que, los convenios materia de investigación, tuvieron relación sobre dineros del erario que estaban destinados al sistema escolar de los niños del Departamento del Cesar, lo cual genera una mayor gravedad de la conducta y consecuente grado de reproche ante la necesidad que se pretendía atender con tales rubros y el sector poblacional al cual estaba dirigida, por lo que se impondrá al condenado **CANOSA GUERRERO** la pena de **50 meses** de prisión.

La dosificación de la pena de multa se sujeta a las mismas reglas anotadas, esto es que se apartará del extremo mínimo del primer cuarto (cuarto mínimo) un porcentaje del 8,33% del cuarto de movilidad para un total de cincuenta y tres punto doce salarios mínimos legales mensuales vigentes (**53,12 smlmv**)¹⁴⁴, para la época de los hechos, es decir, lo correspondiente a veintitrés millones treinta y ocho mil ciento cuarenta y cuatro pesos (\$23.038.144).

En torno a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, ubicándonos también en el

¹⁴³ Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad 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 preferintención la culpa concurrente, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

¹⁴⁴ De acuerdo al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2007 \$433.700.

primer cuarto, aplicando la misma regla arroja un resultado de la sanción a imponer corresponde a sesenta y uno punto setenta y cinco (61.75) meses.

Ahora, es de aclarar, que estas tasaciones resultan idénticas para los dos delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por los que se emite condena, atendiendo las circunstancias y naturaleza de los rubros sobre los cuales versó la contratación.

6.2 Del concurso de conductas punibles

El artículo 31 del Código Penal, alusivo al **concurso de conductas punibles** señala que *"el que con una acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética"*.

Como quiera que, en este asunto, el concurso de conductas punibles por el que se halla responsable penalmente a CANOSA GUERRERO corresponde a la misma infracción, conforme a la regla fijada por el artículo 31 del Código Penal, deberá aumentarse la pena hasta en otro tanto partiendo de la más grave respecto de tales conductas. Empero, como se trata del concurso homogéneo (contrato sin cumplimiento de requisitos legales), el mencionado aumento comenzará a partir del monto punitivo tasado para uno de los dos delitos objeto de condena.

Por lo tanto, la Sala considera aumentar la pena en cuantía de 4 meses *-correspondiente a un aumento del 8%-* respecto del monto del delito que concursa homogéneamente. Así, en definitiva, se le impondrá a RODRIGO CANOSA GUERRERO una pena de **cincuenta y cuatro (54) meses de prisión.**

Iguales consideraciones deben tenerse en cuenta para el incremento en razón del concurso analizado para la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que regula el artículo 44 del Código Penal, por lo que teniendo como pena mínima 61.75 meses, esta será aumentada en idéntica fracción a la de la pena de prisión *-correspondiente a un aumento del 8%-*, para un total de 66,69 meses, lo que equivale a **sesenta y seis (66) meses veintiún (21) días de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.**

Finalmente, atendiendo lo indicado en el numeral 4° del artículo 39 de la codificación sustantiva¹⁴⁵, se deben sumar las penas de multa aritméticamente, por lo que en definitiva se impondrá como pena de **multa** la correspondiente a **106,24 smmv**, lo que equivale a **cuarenta y seis millones setenta y seis mil doscientos ochenta y ocho pesos (\$46.076.288).**

7.- De los mecanismos sustitutivos de ejecución de la pena

¹⁴⁵ Artículo 39 C.P. La pena de multa de sujetará a las siguientes reglas: 4. Acumulación. En caso de concurso de conductas punibles o acumulación de penas, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, pero el total no podrá exceder del máximo fijado en este artículo para cada clase de multa

7.1 Del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena

El artículo 63 del Código Penal en su texto original, aplicable para la fecha de los hechos dictaba como requisito objetivo para su concesión *“que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años”* por lo que, conforme a dicho mandato, de plano se descarta la posibilidad de otorgar tal mecanismo sustitutivo al aforado, en tanto la pena impuesta supera esa cifra.

Ahora bien, el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014 modificó el artículo 63 del Código Penal y entre otros aspectos el anotado requisito objetivo, para en su lugar disponer la viabilidad del beneficio en tanto *“... la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro años”* presupuesto que tampoco se acredita en este asunto, toda vez que la pena impuesta es equivalente a **4 años y 6 meses de prisión**, lo que hace intrascendente el análisis de otros requisitos fijados en la norma para la concesión del subrogado y conlleva la negativa *in limine* de la misma.

7.2 De la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena intramural.

El artículo 38 de la Ley 599 de 2000 en su texto original, igualmente vigente para el momento de los hechos, señalaba lo siguiente:

La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

- 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.*
- 2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.*
- 3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:*
 - 1) Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.*
 - 2) Observar buena conducta.*
 - 3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo.*
 - 4) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello.*
 - 5) Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC.*

El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el Juez o Tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará, entre otros, un sistema de visitas periódicas a la residencia del penado para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.

Cuando se incumplan las obligaciones contraídas, se evada o incumpla la reclusión, o fundadamente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, se hará efectiva la pena de prisión.

Transcurrido el término privativo de la libertad contemplado en la sentencia, se declarará extinguida la sanción.»

De lo anterior, es claro que el requisito objetivo para la concesión de este subrogado, estriba en que la sentencia se imponga por conducta cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos, requisito que se cumple a cabalidad en este asunto, pues recuérdese que el delito de la especie *-contrato sin cumplimiento de requisitos legales-* conforme a lo indicado en el artículo 410 del Código Penal, contiene una pena mínima de 4 años. Por lo tanto, en primera medida, dicha circunstancia habilita el otorgamiento a favor del acusado CANOSA GUERRERO del subrogado en mención.

Establecida la exigencia normativa anterior, seguidamente, la norma transcrita exige el cumplimiento de un requisito de carácter subjetivo, relacionado con *"Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena..."*

Al respecto, cabe recordar, la Sala de Casación Penal de esta Corporación ha definido una línea jurisprudencial en torno a la valoración de los aspectos señalados en el numeral 2° del artículo 38, en orden a analizar la procedencia del sustituto analizado, debiéndose tener en cuenta las funciones de la pena previstas en el artículo 4° del Código Penal, las cuales serán observadas no solo en la individualización de la pena sino en su ejecución, extendiéndose a la figura de la reclusión domiciliaria.

Así, el alto tribunal ha dicho¹⁴⁶:

¹⁴⁶ CSJ SP4134-2016

"Exige igualmente la norma que "el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena", conclusiones que no pueden obtenerse sin estudiar los fines de la pena.

El artículo 4° del Código Penal señala que la pena cumplirá funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado y que la prevención especial y la reinserción operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

La Corte interpreta que cuando allí se declara que las funciones de prevención especial y reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión (sea esta domiciliaria o carcelaria) no se excluyen las demás funciones como fundamento de la misma pena, sino que impide que sean la prevención especial y la reinserción criterios incidentes en la determinación o individualización de la pena privativa de la libertad.

Significa lo anterior, que tanto para imponer, como para ejecutar la prisión domiciliaria en sustitución de la prisión carcelaria deben tenerse en cuenta también las funciones de la pena que tienen que ver con la prevención general y la retribución justa.

Independientemente de las afinidades teóricas que se tengan sobre los conceptos básicos que integran las funciones de la pena, la decisión de política criminal del Estado Colombiano en cuanto a los principios y los fines de la pena es la adoptada en los artículos 3 y 4 del Código Penal. Desde esa óptica, la función de "retribución justa" puede abordarse de manera general en dos estadios claramente diferenciados del proceso penal. Como criterio que influye en la determinación judicial de la pena, en cuanto es en tal momento que se define la medida de la retribución y se determina su contenido de justicia, de mano de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y, como función vinculada a la ejecución de la pena que no puede ser dejada de sopesar cuando vaya a enjuiciarse la adopción de providencias que anticipen material y condicionalmente una parte de la privación efectiva de la libertad o la subroguen por un periodo de prueba.

Igual cosa ocurre con la función de "prevención general", a través de la cual se advierte a la sociedad de las consecuencias reales que puede soportar cualquiera que incurra en una conducta punible: paradójicamente el hombre se ve compelido a proteger la sociedad mediante la amenaza a los individuos que la componen. Porque el orden jurídico es un sistema que opera bajo la fórmula acción - reacción, supuesto - consecuencia jurídica. Ese fin de "prevención general" es igualmente apreciable tanto para la determinación judicial de la pena como para el cumplimiento de la misma, pues se previene no solo por la imposición de la sanción, sino y sobre todo, desde la certeza, la ejemplarización y la motivación negativa que ella

genera (efecto disuasivo), así como desde el afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva)¹⁴⁷.

De acuerdo a lo anterior, aunque la Sala no puede desconocer que la conducta punible desplegada por CANOSA GUERRERO reviste gravedad, pues el bien jurídico afectado es el de la administración pública y fue desarrollada cuando este ostentaba la calidad de servidor público, tal circunstancia no releva el análisis de las particularidades de naturaleza subjetiva que puedan confluir en las situaciones personales del condenado.

De la misma manera, es menester aclarar que, al momento de evaluar el desempeño laboral o social del sentenciado de cara a la repercusión social de la conducta, no es posible efectuar una doble valoración acerca de la gravedad del daño ocasionado con el injusto.

Así lo ha decantado esta Corporación, en un caso adelantado por el mismo delito contra la administración pública por el que se procede en este asunto -*contrato sin cumplimiento de requisitos legales*-, en el que se unificó la postura anunciada con anterioridad, relativa a analizar con independencia la gravedad de la conducta atribuida al infractor penal frente al desempeño laboral o social del sentenciado. Sobre el particular, la Corte adujo:

"En tal sentido la Corte ha girado en torno a dos posturas: una que sostiene que la gravedad de la conducta está por fuera de toda consideración cuando se trata de evaluar el "desempeño, laboral o social del sentenciado." Así, en la SP del 9 de julio de 2014, Rad. 43711, sostuvo:

¹⁴⁷ CSJ SP, 28 nov. 2001, rad. 18285, reiterado en CSJ SP15528-2016, rad. 40383.

Ahora bien, desestima la Corte el argumento del Tribunal al negar la prisión domiciliaria, cuando afirmó que dada la calidad de servidora pública de la acusada ésta merecía un tratamiento más severo por parte de la administración de justicia, frente a infractores de la ley penal que no ostenten dicha condición, pues tal circunstancia es atendible pero al momento de fijar el quantum punitivo, más no para establecer la viabilidad de sustituir o suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad, pues su procedencia se limita a los aspectos fijados, en lo que se refiere a la prisión domiciliaria, en el artículo 38 del Código Penal, los cuales aluden a la conclusión de que el procesado no representa peligro para la comunidad ni evadirá el cumplimiento de la sanción.

La otra tesis, por el contrario, afirma que la intensidad del injusto, más allá del cumplimiento del factor objetivo, es un factor a analizar al apreciar "el desempeño, personal, laboral y social del sentenciado." Así, en la SP, del 9 de octubre de 2013, Rad. 40536¹⁴⁸, la Corte sostuvo:

"Para fijar el contenido y alcance que de acuerdo con el precepto 38.2 del C.P., posibilita que la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumpla en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto del que el juez determine y de acuerdo con el cual es presupuesto indispensable "Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena", esto es, en el proceso de su decantación, la Corte ha señalado que sólo es posible valorar este requisito dentro del ámbito subjetivo que entrañan sus elementos condicionantes, bajo el entendido que la sustitutiva (colmado el factor objetivo referido a la penalidad no superior a 5 años), sólo es viable cuando la gravedad del comportamiento, atendida la repercusión social intrínseca y las funciones de la pena desde la perspectiva de la retribución justa, prevención especial y reinserción social, lo posibilita."

Esta última interpretación lleva a la conclusión de que la conducta se debe apreciar desde una doble perspectiva: una, que corresponde a una mirada desde el factor objetivo, que se sustenta en una consideración de orden legal sobre la base del quantum de la pena, y otra que mira a la conducta en su expresión concreta, en su repercusión social intrínseca desde la perspectiva de los fines de la pena.

Es necesario entonces unificar esa interpretación y optar por la primera alternativa que articula la gravedad del injusto, la finalidad del instituto y los fines de la pena.

¹⁴⁸ Se cita: «En la decisión indicada se mencionó como antecedentes las SP 16519/02, 18455/05, 21620/08, 26794/07, 29676/08, 31058/09, 35153/11, 32571/12 y 40159/13, entre otras».

En ese orden, para lo que ahora corresponde, se debe señalar que no existe ninguna prueba que indique que el procesado ha cometido conductas del mismo tipo, ni antes ni después de la comisión de la conducta que se le imputa, ni que haya evadido las citaciones o llamados judiciales¹⁴⁹."

Por lo tanto, no es plausible pensar que, únicamente, con la privación de la libertad intramural se cumplen las finalidades de la pena y no con la prisión domiciliaria, la cual restringe derechos fundamentales puesto que en ambos operan las funciones de prevención especial¹⁵⁰.

Aunado a lo anterior, el comportamiento procesal asumido por CANOSA GUERRERO revela que no eludirá el cumplimiento de la sanción, pues siempre ha atendido a todos los llamados que la administración de justicia le ha efectuado, desde la etapa instructiva hasta la actualidad del juzgamiento, circunstancia que permite inferir fundadamente que no eludirá el cumplimiento de la sanción.

Además, en el expediente hay constancia de su arraigo familiar y social puesto que es de estado civil casado, es padre de 4 hijos, registró como última dirección de residencia la Calle 54 C Sur No. 88 -04 Bosa de esta ciudad, teléfono móvil 3144622572, siendo citado en esta dirección para la audiencia pública, lo cual demuestra su atención a los llamados de la judicatura.

A su vez, no se han registrado anotaciones adicionales de una mala conducta posterior a los hechos investigados por

¹⁴⁹ CSJ SP2294-2019, rad. 47475.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

parte del condenado, siendo esta una circunstancia que permite realizar un pronóstico favorable, orientado a que CANOSA GUERRERO observará buena conducta durante el cumplimiento de la pena restrictiva de la libertad aquí impuesta. De esta manera, examinada la situación del condenado CANOSA GUERRERO encuentra la Sala un pronóstico favorable para que este cumpla la sanción impuesta en su lugar de su residencia.

En ese orden, al encontrarse acreditados los requisitos objetivos y subjetivos señalados en el artículo 38 del Código Penal, la Sala concluye que el condenado CANOSA GUERRERO es acreedor del derecho al sustituto de la prisión domiciliaria, como mecanismo idóneo para cumplir la pena y la función que en el condenado debe cumplir, bajo los compromisos fijados en el numeral 3° *ibidem*, previa caución por la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad en el domicilio, el procesado suscribirá diligencia de compromiso, una vez este en firme esta decisión, luego de lo cual, se coordinará con el INPEC la vigilancia de la prisión domiciliaria, criterio que viene siendo aplicado por esta Sala en CSJ SEP-2020, rad. 49761.

De igual manera, como en este asunto no se impuso medida de aseguramiento alguna en contra del justiciable RODRIGO CANOSA GUERRERO, conforme a lo señalado en el artículo 188 de la Ley 600 de 2000, el cumplimiento de la pena en su lugar de residencia se dará, igualmente, una vez adquiera

firmeza el presente fallo.

8. Condena en perjuicios

Con fundamento en lo estipulado por el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso en que se haya probado la existencia de perjuicios con fuente en la conducta punible, el juez procederá a liquidarlos con arreglo a lo demostrado en el proceso y en el fallo condenará al responsable a indemnizar los daños causados con el injusto penal. Adicionalmente, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar.

Sobre el particular, cabe recalcar que el departamento del Cesar, como tampoco ninguna otra entidad encargada de velar por el correcto manejo y destino de los recursos públicos manifestó su interés de hacerse parte en estas diligencias, por lo que no existe constitución de demanda de parte civil, lo cual permite determinar que en la actuación procesal no se acreditó que con la celebración de los convenios objeto de acusación se hubiese causado directamente perjuicios al citado ente territorial o a otra persona natural o jurídica. Por lo tanto, la Sala se abstendrá de condenar al enjuiciado al pago de perjuicios.

Igual decisión se adoptará en lo que concierne a las expensas, costas y agencias en derecho, por no acreditarse que se hubiesen causado en el proceso.

10. Otras determinaciones

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 469 de la Ley 600 de 2000, la vigilancia de la ejecución de las penas aquí impuestas corresponde al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad -Reparto- del lugar donde se fije la privación de la libertad del procesado. Así, una vez en firme esta providencia, por Secretaría se remitirá la actuación a la citada autoridad, para lo de su cargo.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONDENAR a RODRIGO CANOSA GUERRERO identificado con cédula de ciudadanía No. 12.501.687 de Pelaya (Cesar), como autor penalmente responsable del delito de CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES, en concurso homogéneo.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, **IMPONER a RODRIGO CANOSA GUERRERO** las penas principales de **cincuenta y cuatro (54) meses de prisión; inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de sesenta y seis (66) meses veintiún (21) días y multa correspondiente a 106,24 smlmv**, para le época de los hechos, esto es, **cuarenta y seis millones setenta y seis mil**

doscientos ochenta y ocho pesos (\$46.076.288) de pesos, que deberá cancelar a favor del Tesoro Nacional - Consejo Superior de la Judicatura.

TERCERO.- CONCEDER a RODRIGO CANOSA GUERRERO el sustituto de la prisión domiciliaria, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva. En consecuencia, para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad en su domicilio, deberá suscribir diligencia de compromiso, una vez adquiriera firmeza esta sentencia, luego de lo cual se coordinará con el INPEC la vigilancia de la prisión domiciliaria.

De igual manera, como a lo largo de este asunto no se impuso medida de aseguramiento alguna en contra del justiciable RODRIGO CANOSA GUERRERO, conforme a lo señalado en el artículo 188 de la Ley 600 de 2000, el cumplimiento de la pena en su lugar de residencia se dará una vez quede en firme esta decisión.

CUARTO.- No condenar a **RODRIGO CANOSA GUERRERO**, al pago de perjuicios extrapatrimoniales ni expensas judiciales, ni agencias en derecho conforme a lo indicado en la parte motiva.

QUINTO.- Una vez en firme la presente sentencia, remítase copias de la misma a las autoridades a las que alude el artículo 472 de la Ley 600 de 2000 y de las piezas procesales pertinentes al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad -Reparto- para lo de su cargo.

SEXTO.- Contra esta decisión procede el recurso de apelación (artículos 1, 2 y 3 num. 6° del Acto Legislativo 01 de 2018), para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario



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

ACLARACIÓN DE VOTO

Los suscritos Magistrados Ariel Augusto Torres Rojas y Blanca Nérida Barreto Ardila, procedemos a consignar las razones que nos llevaron a aclarar el voto en relación con la decisión adoptada en el presente asunto, por cuyo medio se condenó a RODRIGO CANOSA GUERRERO como autor penalmente responsable del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

Aunque estamos de acuerdo con la decisión condenatoria al haber sido acreditada la tipicidad objetiva y subjetiva del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* endilgado al aforado, en concurso homogéneo, la afectación a la Administración Pública con tal comportamiento, así como su compromiso penal, consideramos que el análisis de la materialización o no del principio de confianza —alegado por la defensa como causal de exclusión de la responsabilidad penal—, ha debido abordarse al analizar el tipo objetivo y el subjetivo, no solo en este último, pues, sin desconocer la discusión sobre su ubicación sistemática en la teoría del delito, estimamos que esta figura se erige en un criterio normativo a valorar en la imputación objetiva, en concordancia con el criterio

jurisprudencial que al respecto ha asumido la Sala de Casación Penal¹.

La consecuencia práctica del principio de confianza cuya aplicación, valga aclarar, no se encuentra restringida solo para eventos de delegación administrativa², radica en que, quien se comporta adecuadamente, no tiene que prever que su conducta puede provocar un resultado típico como consecuencia del comportamiento antijurídico de otro, valoración que precisamente tiene lugar en la parte objetiva del tipo.

En este sentido, pese a compartir la conclusión a la que arribó la Sala en cuanto a la no aplicación del principio de confianza en el presente asunto, como consecuencia de la inobservancia de CANOSA GUERRERO de los deberes de control y vigilancia que le asistían como representante y ordenador del gasto del ente territorial, consideramos necesario aclarar que, si dicho análisis hubiese sido abordado en la tipicidad objetiva habría implicado sostener, contrario al pedimento defensivo, que el hecho típico sí resultaba imputable objetivamente al aforado, siendo necesario abordar de manera subsiguiente lo atinente a la tipicidad subjetiva. Por el contrario, al analizarse el principio de confianza en el tipo subjetivo, estimamos que se fusionaron valoraciones que ameritaban distinción.

¹ CSJ. SP 2 nov. 2022, rad. 61464.

² Tal y como se advierte en la decisión antes citada, el principio de confianza " (...) ha desempeñado un papel esencial en el ámbito de la imprudencia como criterio de determinación del deber de cuidado (especialmente cuando se trata de acciones que forman parte de una actividad compartida o que implica una distribución de trabajo, como pueden ser acciones propias del tráfico automotor o de la intervención quirúrgica)", criterio normativo que se ha extendido a otros ámbitos de la teoría jurídica del delito, incluyendo las conductas dolosas, en virtud del proceso de normativización de la tipicidad.

Más allá de tal descuerdo, lo cierto es que en el fallo se consignaron las razones (adicionales a la valoración efectuada sobre el principio de confianza), por las cuales se dio por acreditada a su vez la tipicidad subjetiva tras haberse demostrado que el acusado de manera dolosa adelantó los convenios reprochados bajo una normativa inaplicable, distinta a la Ley 80 de 1993, por el cual debieron celebrarse, desencadenando con ello, la violación a los principios de legalidad, transparencia y selección objetiva, de manera que, reiteramos, al estar de acuerdo con la decisión condenatoria, así como con la gran mayoría de los razonamientos que la fundamentan, tan solo resulta procedente aclarar nuestro voto en los términos anteriormente consignados.

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada

Fecha *ut supra*.