



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

Compartido por:



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
BLANCA NÉLIDA BARETO ARDILA
Magistrados Ponentes¹.

SEP 105-2023

RADICADO 00242

CUI 11001024800020190001600

Aprobado mediante Acta Extraordinaria No. 87

Bogotá D. C., once (11) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

1. ASUNTO

Procede la Sala a dictar sentencia dentro del proceso que se adelanta en contra de los exgobernadores del departamento del Magdalena, FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA y OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, por el concurso de delitos de contrato sin

¹ Mediante Acta 68 de la Sala Ordinaria cumplida el 21 de junio de 2023 la ponencia inicialmente presentada por el Magistrado Ariel Augusto Torres Rojas no fue aprobada en su totalidad por la mayoría de sus integrantes, específicamente en lo que tiene que ver con uno de los delitos predicados de INFANTE VERGARA.

cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros.

2. IDENTIDAD DE LOS PROCESADOS

FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, identificado con la cédula de ciudadanía 12.539.940 de Santa Marta, nacido en esa ciudad, hijo de Pedro Antonio Infante Méndez y Alicia Mercedes Vergara Vives, fallecida, casado con Marcela Vives Gutiérrez, padre de Francisco José, Pablo Mateo y Rafael Emilio Infante Vives y de Iván Francisco Infante Roa, ingeniero civil de profesión, oficio empresario de la construcción, ejerció la gobernación del Magdalena desde el 26 de junio hasta el 31 de diciembre de 2007, nombrado por Decreto 2354 de 25 de junio de 2007.

OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, identificado con la cédula de ciudadanía 85.450.739 de Santa Marta, nacido el 10 de julio de 1966, hijo de Manuel y Libia, arquitecto de profesión, casado con Dioselina Carmen Londoño, ejerció la gobernación del Magdalena desde el 1 de enero de 2008 hasta el 13 de diciembre de 2010.

3. HECHOS

Según se señaló en la acusación, la actuación tuvo origen en la compulsión de copias ordenada el 2 de julio de

2015, por la Fiscalía Décima Seccional de Santa Marta² en contra del exgobernador encargado del Magdalena FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, por posibles irregularidades³ derivadas del contrato 363 de 9 de noviembre de 2007, cuyo objeto fue la ejecución de obras civiles para la adecuación y reparación de la piscina olímpica José Benito Vives de Andreis, de la ciudad de Santa Marta.

La Fiscalía Once Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, expuso que INFANTE VERGARA adjudicó mediante Resolución 982 de noviembre 8 de 2007, por contratación directa, el contrato 363 de 2007, a la empresa Unión Temporal Vala Ingeniería⁴, el cual fue suscrito el 9 de noviembre de ese año por valor \$259.702.808.25, con una duración de 30 días calendario contados desde el 30 de noviembre de 2007, una vez el contratista recibió el anticipo del cincuenta por ciento del valor del contrato, según acta de inicio de la obra.

La Federación Colombiana de Natación – FECNA⁵, remitió un oficio describiendo las medidas oficiales de las piscinas olímpicas en cuanto a longitud, ancho y profundidad de cada carril, especificaciones que no habían sido contempladas en el contrato. Para cumplir con las medidas reglamentarias el gobernador encargado, Pedro

² Cf. Cuaderno 1 Fiscalía, fol. 1. Posteriormente, el Fiscal General de la Nación asignó el proceso a la Fiscalía 11 Delegada ante la Corte Suprema de Justicia. *Ibidem*, fol. 1 a 8.

³ *Ibidem*, fol. 2.

⁴ Representada legalmente por la ciudadana Sara Inés Lozano Pérez.

⁵ Según la acusación, el oficio fue emitido el mismo 30 de noviembre de 2007, pero lo recibió la Gobernación el 12 de diciembre siguiente. La suspensión fue registrada en Acta de 14 de diciembre de 2007.

Pablo Pabón Miranda, el 28 de diciembre de 2007, suscribió una adición al contrato por la suma de \$80.509.042.50.

Previamente, mediante Resolución núm. 911 de 23 de octubre de 2007, FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, a la sazón gobernador encargado, había ordenado la apertura de la contratación directa del suministro y adecuación del sistema de tratamiento (filtro, bomba, dosificación de cloro, accesorios, acometidas eléctricas) de la piscina olímpica⁶, que fue adjudicada a la sociedad TECNOAGUAS⁷, con quien suscribió el contrato de suministro núm. 359 de 9 de noviembre de 2007, por valor de \$114.937.270, con plazo de ejecución de 30 días y acta de inicio del 30 de noviembre de 2007, suscrita una vez el contratista recibió el anticipo del cincuenta por ciento del valor del contrato⁸.

Por su parte, OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, quien fue elegido como gobernador del departamento del Magdalena y ejerció el cargo a partir del 1 de enero de 2008 hasta el 13 de diciembre de 2010, pese a estar enterado –como lo afirmó el ente investigador– de las irregularidades técnicas y administrativas que rodearon los contratos, no solo cambió el objeto contractual⁹, sino que autorizó el pago de las actas parciales, del anticipo de la adición y del saldo final del contrato de obra núm. 363 de 2007, todo lo anterior por un valor de \$340.211.850; también

⁶ C. anexo 3 Fiscalía, fol. 184 y 185.

⁷ Empresa representada legalmente por Juan Fernando Arias Cardona.

⁸ Resolución de acusación, fol. 3.

⁹ C. anexo 5 fiscalía a folio 147.

ordenó la cancelación del saldo del contrato de suministro núm. 359 por \$56.010.400, pagando en total \$113.479.035.

Tal como fue expuesto en la resolución de acusación, en los contratos 359 y 363 de 2007 se presentaron distintas suspensiones y aunque fueron pagados, suscritas las actas de entrega final, recibo de obra y liquidación de cada contrato, las obras quedaron inconclusas y abandonadas, y los pocos trabajos ejecutados fueron demolidos para en su lugar construir unas nuevas piscinas que cumplieran los fines para los que estaba proyectado el escenario deportivo¹⁰.

4. ANTECEDENTES

1. Mediante resolución de diciembre 28 de 2016, la Fiscalía General de la Nación abrió investigación preliminar¹¹ y el 18 de septiembre de 2017 dispuso la apertura de la instrucción, vinculando mediante indagatoria¹² a INFANTE VERGARA, PABÓN MIRANDA y DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ.

2. Mediante auto de 26 de enero de 2018 les fue resuelta situación jurídica absteniéndose de imponerles medida de aseguramiento.

3. Resolución de acusación. Una vez agotada la instrucción, el 30 de agosto de 2019, la Fiscalía Once

¹⁰ C. 5 Fiscalía, fol. 2.

¹¹ C. 1 Fiscalía, fol. 9 a 16.

¹² *Ibidem*, fol. 73 a 83.

Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, calificó el sumario con resolución de acusación en contra de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA y OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros.

En la misma decisión precluyó la instrucción a favor de Pedro Pablo Pabón Miranda, de quien la fiscalía refirió que tuvo un papel marginal en todo este devenir, pues solo fue encargado como gobernador del 28 al 31 de diciembre de 2007, suscribió la adición al contrato 363 de 2007 el mismo día en que se posesionó, y aunque incurrió en el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales desde el punto de vista objetivo, no era posible atribuirle el elemento subjetivo, teniendo en cuenta que para ese entonces no contaba con la experiencia laboral que le permitiera conocer cómo se había adelantado la gestión contractual, y que su accionar estuvo mediado por el asesoramiento de funcionarios de la gobernación y del interventor del contrato, por lo que no actuó con conocimiento y voluntad¹³.

Al procesado FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, la fiscalía le atribuyó el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por tramitar los contratos 363 y 359 de 2007, sin la observancia de estos para su formación y celebrarlos sin verificar su cumplimiento.

¹³ C.O. Fiscalía No. 5, fol. 79 a 85.

En cuanto al trámite afirmó que este acusado (i) adelantó el proceso contractual sin licencia de la curaduría para realizar el reforzamiento estructural, (ii) omitió contar con estudios, diseños, presupuesto, necesidad de licitación y requerimientos sobre las características de una piscina, fragmentación de la contratación y necesidad de interventoría independiente, (iii) incurrió en inconsistencias en el manejo de anticipos de los contratos 363, 359 y su adición 01 de 2007, (iv) las obras ejecutadas parcialmente no sirvieron.

Respecto del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, la acusación refirió que tuvo lugar con ocasión de la tramitación y celebración de los contratos 359 y 363 de 2007 por parte de INFANTE VERGARA, debido a: (i) que las obras contratadas solo se realizaron parcialmente; (ii) lo ejecutado fue menor a lo contratado; (iii) la obra nunca se terminó; (iv) lo poco que se hizo se fue deteriorando y terminó demolido; (v) se cancelaron obras no ejecutadas; (vi) el hierro se cobró doblemente, todo ello condujo a la apropiación de los recursos públicos departamentales en cuantía de \$453.690.885.85 en perjuicio de la entidad territorial¹⁴.

Por estas conductas la fiscalía le imputó los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo por los contratos 359 y 363 de 2007, y peculado por apropiación a favor de terceros en calidad de coautor con

¹⁴ *Ibidem*, fol. 61.

las circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal.

En relación con el exgobernador OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, la acusación refirió que incurrió en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en su liquidación, por: (i) autorizar el pago del acta parcial y del anticipo de la adición del contrato 363; (ii) modificar el objeto de los contratos 359 y 363 de 2007, y (iii) suscribir las actas finales de recibo de suministros y de obras civiles, pagos de los saldos finales y la liquidación irregular de estos contratos, pese a la existencia de faltantes de obra, las cuales no le prestaron ningún servicio a la comunidad¹⁵.

Y respecto al peculado por apropiación a favor de terceros, le fue atribuido por: (i) no vigilar la inversión del anticipo de la adición, y como consecuencia de dicho evento, la (ii) causación de un daño patrimonial”¹⁶ al erario, porque fueron entregados dineros a particulares por obras no ejecutadas y otras realizadas en lugar distinto al contratado¹⁷.

En consecuencia, la fiscalía le imputó la comisión de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo, en calidad de coautor y de peculado a favor de terceros en concurso heterogéneo con las

¹⁵ *Ibidem*, fol. 64.

¹⁶ *ibidem*, fol. 64.

¹⁷ *Ibidem*, fol. 74.

circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal, por recaer sobre dineros destinados a actividades de bien común, por su posición distinguida y haber obrado en coparticipación criminal.

4. El defensor de oficio de DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, interpuso recurso de reposición contra la resolución de acusación, que fue desatado mediante proveído de 15 de noviembre de 2019, en la cual se resolvió no reponer la decisión recurrida.

5.- El procesado a su turno interpuso recurso de reposición contra la acusación y simultáneamente solicitó la nulidad de las diligencias, peticiones respecto de las cuales la fiscalía en la misma resolución se abstuvo de pronunciarse por estimarlas extemporáneas y porque previamente ya había sido negada la nulidad pedida con base en la misma causal.

5. ACTUACIÓN ANTE LA CORTE

Una vez llegado el expediente a la Sala, dentro del término de traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, los sujetos procesales plantearon sus respectivas solicitudes probatorias, las cuales fueron resueltas mediante auto de 29 de julio de 2020¹⁸ notificado en audiencia de 1 de octubre siguiente, contra el cual la defensa de DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ interpuso el recurso de apelación por la

¹⁸ AEP080-2020, radicado 00242 a fol. 127 c. 1 de la Sala.

denegación de la nulidad, y los de reposición y apelación respecto de la negativa de la práctica de algunas pruebas.

En la misma audiencia se concedió en efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto contra la negación de la nulidad. En relación con los de reposición y apelación contra el auto de pruebas, posteriormente, mediante auto de 28 de octubre de 2020, la Sala no repuso la decisión impugnada y concedió en efecto diferido la apelación subsidiaria.

Por auto de 24 de marzo de 2021¹⁹, la Sala de Casación Penal confirmó íntegramente el proveído de 29 de julio de 2020 en lo que fue materia de apelación.

Agotada la fase probatoria del juicio, el 22 de febrero de 2022, las partes presentaron sus alegaciones de conclusión previas al fallo.

5.1 Audiencia de juicio

5.1.1 Alegatos de la fiscalía

Solicitó fallo de condena en contra de los dos enjuiciados por hallar reunidos los presupuestos del inciso segundo del artículo 232 de la Ley 600 de 2000, de acuerdo con los cargos formulados en la resolución de acusación.

¹⁹ CSJ. AP1072-2021, radicado 58587.

Luego de acreditar la calidad de servidores públicos de los procesados procedió a individualizar los hechos y la correspondiente responsabilidad de cada uno, así:

En cuanto a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA señaló que por el mecanismo de la contratación directa en calidad de gobernador suscribió los contratos 359 y 363 de 2007 con las firmas TECNOAGUAS JS LTDA y UNIÓN TEMPORAL VALA INGENIERÍA, en cuyo trámite se presentaron las siguientes irregularidades:

Respecto del contrato 363 de 2007, advirtió la violación del *principio de economía* previsto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, por ausencia de planeación en cuanto no contó con los estudios, diseños y proyectos exigidos para llevar a cabo la adecuación y reparación de la piscina olímpica como lo exige el numeral 12 del referido artículo, documentos que no fueron hallados en la carpeta del contrato como se dejó consignado en el informe de policía judicial a folio 44 cuaderno 1 de la fiscalía.

Dicho principio también fue desconocido en los términos del numeral 7 *ibidem*, en cuanto obliga a la administración a contar con las debidas autorizaciones y aprobaciones necesarias para la contratación, deber que fue omitido por este acusado por no obtener previamente la “licencia de reforzamiento estructural”, que acorde con el objeto contractual era imprescindible según los términos de

la Ley 388 de 1997²⁰ y el Decreto 564 de 2006²¹, normatividad que define las obras en las que es exigible la licencia de construcción cuya expedición está a cargo de los municipios.

Otra irregularidad consistió en el *fraccionamiento* del contrato en razón de que el procesado desde el comienzo sabía que debían mantenerse las medidas reglamentarias, lo que generaba un valor superior al inicialmente contratado, por lo tanto la contratación debió tramitarse por *licitación pública* y no directamente como se hizo, lo que implicó la transgresión de los principios de *transparencia*, ligado al deber de selección objetiva, *economía* y *responsabilidad*, además del de *planeación*, produciendo un daño patrimonial al erario departamental. Esto por cuanto la suma del valor del contrato 363 de 2007 y de su adición superaba el monto de la menor cuantía.

Con base en lo anterior, infirió la fiscalía una cuarta irregularidad que hizo consistir en la violación del mandato del numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en cuanto respecto de los contratos de obra producto de una licitación pública o de un concurso público, impone la obligación de una interventoría independiente de la entidad contratante y de la contratista, mandato que en su sentir fue desacatado por el procesado al designar como interventor a Evaldo Alexis Mejía Villalobos, funcionario adscrito a la secretaría de infraestructura del departamento.

²⁰ Art. 99 num. 1.

²¹ Art. 7, num. 4 y 6

Una quinta irregularidad que en opinión del ente acusador impacta el principio de *planeación* fue el hecho de no haber contratado los estudios y diseños correspondientes, y en su lugar entregar al interventor para el seguimiento de la obra un *bosquejo* elaborado por el procesado a “mano alzada”, prescindiendo de planos, cálculos estructurales y otros elementos de diseño.

Otra anomalía que vincula al principio de *planeación* tiene que ver, en sentir de la fiscalía, con haber contratado la obra en un predio ajeno al departamento de propiedad del Comité Organizador de los VI Juegos Atléticos Nacionales, hecho comprobado con el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente al predio identificado catastralmente con el número 080-52826.

La séptima irregularidad relacionada con los estudios de conveniencia o previos que afecta el principio de *planeación*, apunta a “*las inconsistencias técnicas entre los diseños, el análisis de precios unitarios –APU– y lo finalmente contratado*” circunstancia que tuvo incidencia en el anticipo del cincuenta por ciento, cláusula tercera del contrato, equivalente a \$129.851.404, dinero dilapidado pues la obra jamás se concluyó.

Otra irregularidad, que denomina sustancial, es la relacionada con la *adjudicación* respecto de la cual indicó que para el 23 de octubre de 2007, el procesado dispuso la apertura de la contratación CD-DM-042-07 para el suministro y adecuación del sistema de tratamiento de la

piscina olímpica, que fue adjudicada el 8 de noviembre siguiente por Resolución 876 a la firma TECNOAGUAS con la numeración CD-DM-043-07, que difiere de la dada a la misma en el momento de la apertura, la cual no corresponde con el contenido en los estudios previos.

Esta misma situación se presentó en el caso de la apertura de la contratación directa para la adecuación y reparación de la piscina olímpica a la cual se le asignó inicialmente el número CD-DM-041-07, pero finalmente se adjudicó con el CD-DM-042-07, que fue la plasmada en el contrato con la UNIÓN TEMPORAL VALA INGENIERÍA.

Para la fiscalía estas imprecisiones no son simples errores de digitación, pues ocurrió múltiples veces y en actos trascendentes que terminaron adjudicando y contratando con números diferentes a los que correspondían realmente.

Una nueva irregularidad de la misma naturaleza de la anterior tiene que ver con la suscripción de los contratos cuestionados sin ejercer el debido control, supervisión y vigilancia sobre el trámite que se impartió, es decir, *“sin verificar como era su deber, por ser de su exclusiva competencia, el trámite previo y su conformidad con la ley”*, vulnerando así el principio de *responsabilidad* del numeral 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, que terminó generando fallas en la ejecución de los contratos, especialmente en cuanto a suspensiones y reinicios de obra.

De esta forma estimó probada la responsabilidad de INFANTE VERGARA en la comisión del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales respecto de los contratos 359 y 363 de 2007, comportamiento que calificó de *antijurídico* por atentar gravemente contra el bien jurídico de la administración pública, al contratar una obra que nunca se puso al servicio de la comunidad, y culpable a título de dolo, porque tuvo la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta y de determinarse conforme con ella.

Como corolario la fiscalía reafirmó la responsabilidad de INFANTE VERGARA en el ilícito indicado en concurso homogéneo y sucesivo, por tratarse de dos contratos los cuales “*tramitó y celebró*” sin el lleno de sus requisitos legales esenciales.

Sobre OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, en relación con el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, empezó por señalar que se halla probado que los contratos 359 y 363 de 2007 fueron recibidos por él en “estado de suspensión” a partir del 1 de enero de 2008, fecha en que se posesionó como gobernador, sin que esto sea óbice para afirmar que en el plenario obra la prueba suficiente para asumir la tipicidad del delito y la responsabilidad del procesado en su comisión.

A continuación resumió las irregularidades en que incurrió este sindicado en el proceso contractual, así: (i) autorizó el pago del acta parcial y del anticipo del contrato adicional al 363 de 2007; (ii) modificó los objetos de los

contratos 359 y 363 de 2007; *(iii)* suscribió las actas finales de recibo de suministros que no fueron contratadas; *(iv)* ordenó el pago de los saldos finales de esos contratos y, *(v)* los liquidó irregularmente.

En cuanto a lo primero, a pesar de conocer las irregularidades presentadas en el trámite y la celebración del contrato 363 de 2007, el 13 de marzo de 2008 ordenó el pago a la UNIÓN TEMPORAL VALA INGENIERÍA del acta parcial núm. 1 por valor de \$88.392.849.13, no obstante encontrarse suspendido. Asimismo, ordenó el pago de \$40.254.521.25 por concepto del anticipo del valor de la adición al contrato 363 de 2007, hallándose éste suspendido y sin que estuvieran aprobadas las garantías necesarias para proceder a su cancelación.

Sobre lo segundo, esto es, la modificación del objeto de los contratos 359 y 363 de 2007, el 14 de abril de 2009²² en una reunión, el gobernador tomó la decisión de poner en funcionamiento las piscinas de enseñanza y clavados, fue así como el 22 de julio siguiente se suscribió el acta de reinicio núm. 3 del contrato 363²³ y seguidamente la modificación de la obra²⁴ en aras de poner en servicio dichas piscinas, lo que a juicio de la fiscalía constituyó un verdadero cambio del objeto contractual. Aunque sobre el contrato 359 de 2007 no se dijo nada en el “acta de modificación de la obra”, TECNOAGUAS realizó obras no contratadas.

²² C. anexo 5 fiscalía a folio 147.

²³ *Ibidem* a folio 149.

²⁴ *Ibidem* a folio 150.

En cuanto a la suscripción de actas finales de recibo de suministros y de obras civiles y pago de saldos con ellos se incurrió en liquidación irregular de los contratos 359 y 363 de 2007.

Respecto del primero se efectuó su liquidación mediante acta de 11 de diciembre de 2009, suscrita por el representante legal de TECNOAGUAS y el gobernador DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, con el visto bueno del interventor Evaldo Mejía y del secretario de infraestructura Marcos Bruges Santos, en la que se hace constar que su objeto fue cabalmente cumplido, cuando esto no fue cierto, puesto que la liquidación se hizo sobre obras no contratadas.

En cuanto al segundo contrato, este es, el 363 de 2007, fue recibido a satisfacción el 5 de diciembre de 2009, por acta de la fecha suscrita por el representante legal de UNIÓN TEMPORAL VALA INGENIERÍA, el secretario de infraestructura Marcos Bruges Santos y el interventor Evaldo Mejía Villalobos, sin hacer mención a que la obra finalmente recayó sobre las piscinas de enseñanza y clavados y cuyo saldo de \$3.293.970.87 ya había sido cancelado mediante orden de pago 5462, suscrita por el procesado DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ.

La liquidación del contrato consta en acta de 18 de diciembre de 2009, signada por Sara Inés Lozano Pérez en representación de la UNIÓN TEMPORAL VALA INGENIERÍA y el gobernador DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ con los vistos buenos del secretario de infraestructura, Bruges Santos, y el

interventor Mejía Villalobos, allí se certifica el cumplimiento del objeto del contrato, lo cual a juicio de la fiscalía no se ciñe a la realidad pues lo liquidado no corresponde a lo contratado.

Además de la comprobada tipicidad de la conducta, consideró la fiscalía, que fue también *antijurídica* por lesionar sin justa causa el bien jurídico protegido de la administración pública y, *culpable*, toda vez que las actas citadas prueban que el acusado tenía conocimiento de los defectos que presentaban los procesos contractuales desde su génesis, pero en lugar de ajustar su comportamiento al ordenamiento jurídico, voluntariamente se apartó de él, modificando el objeto de estos y procediendo a su liquidación y cancelación irregulares.

En punto del delito de peculado por apropiación en favor de terceros y en lo que respecta a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, comenzó por señalar que fue este el encargado de tramitar y celebrar los contratos núm. 359 y 363 de 2007 de donde pudo determinar que: “(i) las obras contratadas solamente se ejecutaron parcialmente; (ii) lo ejecutado fue menor a lo contratado; (iii) la obra contratada nunca se terminó y, (iv) lo poco que se hizo con motivo de esta contratación se fue deteriorando y son obras que terminaron demolidas, conforme se estableció a través de la visita que se realizó al complejo acuático por parte de funcionarios del CTI, a efectos de evidenciar el estado actual de la piscina olímpica, objeto de los contratos nro. 359 y 363 de 2007”.

También pudo establecerse por oficio de 26 de octubre de 2017 de la Fiduciaria de Occidente S. A., administradora de los recursos del encargo fiduciario núm. 4-1-154, que con cargo a los contratos 359 y 363 de 2007, se giraron en total las sumas de \$113.479.035 y \$340.211.850.

Asimismo, determinó que los \$187.973.578.25 fueron aplicados a obras distintas de la contratada, cifra que deduce de descontar la suma de \$265.717.307.60, imputada a la piscina olímpica, de la de \$453.690.885.85 que fue el valor total girado por la fiduciaria para atender el pago de los contratos 359 y 363 de 2007.

En cuanto a la estructura en concreto referida en las actas 1 y 2, aparece la cuantía de \$41.994.652.62 y en los ítems 2.1 y 2.2 adicional 1 y adicional 2, la cantidad de \$71.905.118.78 para un total de \$113.849.771.40, pagos que no aparecen relacionados en el acumulado del acta final de obra, lo que permitió concluir que las obras se cancelaron pero no se ejecutaron.

Advirtió que en los ítems sin número del acta final de ejecución de obra figuran por concepto de cobro de hierro las cuantías de \$93.626.456.75 y \$23.676.652.60 para un total de \$117.303.109.35, lo que cotejado con los ítems 2.1 y 2.2 adicional 1 y adicional 2 permite inferir que el hierro fue cobrado dos veces, dinero que necesariamente fue objeto de apropiación.

Sobre el monto del peculado sostuvo la Fiscalía que el análisis contable practicado por un experto del Cuerpo Técnico de Investigaciones a los contratos 359 y 363 de 2007 y la adición de éste concluyó, atendiendo que la piscina olímpica cuya adecuación y reparación fue el objeto de los contratos, que el detrimento equivalió al cien por ciento del valor del contrato 363 y de su adición, es decir, \$340.211.850.75 más el monto del contrato 359 de \$113.479.035.10 para un total de \$453.690.885.85, cantidad que corresponde al valor del peculado.

De esta cifra, a INFANTE VERGARA, de acuerdo con los pagos efectuado por él entre el 27 de junio y 31 de diciembre de 2007, corresponde la suma de \$187.320.039 que actualizada a enero de 2018 alcanza los \$246.545.094.92.

Ahora bien, en cuanto al delito de peculado en relación con DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, adujo que el detrimento proviene del hecho de que las obras no fueron ejecutadas, pero sí pagadas en su totalidad.

Sobre el monto del peculado atribuible a éste señaló que del mismo informe citado se desprende documentalmente que los pagos efectuados por él ascendieron a \$266.370.846.75, cuantía que resulta de sumar los \$56.010.400 girados a TECNOAGUAS más los \$210.360.446.75 de la UNIÓN TEMPORAL VALA INGENIERÍA, y que actualizada a enero de 2018 equivale a \$350.589.429.98 correspondiente al monto del peculado atribuible a este encausado.

Bajo esas consideraciones la fiscalía estimó demostrada la existencia y comisión de los delitos descritos en los artículos 410 y 397 del Código Penal, sin que exista causal de exoneración de responsabilidad, por lo que solicitó se emita fallo de condena en contra de los exgobernadores por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo, y heterogéneo con el punible de peculado por apropiación a título de *coautores*, conductas agravadas por los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 *ibidem* en los términos reseñados en la resolución de acusación.

Finalmente, acorde con lo establecido en el juicio, pide se condene a INFANTE VERGARA al pago de perjuicios en cuantía de \$390.356.887.888 y a DIAZAGRANADOS VELÁSQUEZ de \$555.091.144.10 a favor de la gobernación del Magdalena.

5.1.2 Intervención de la Procuraduría

Luego del análisis del acervo probatorio solicitó se profiera sentencia de condena en contra de los ciudadanos FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA y OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, como *coautores* responsables de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso con el de peculado por apropiación en favor de terceros.

En relación con el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, luego de hacer algunas consideraciones de índole dogmática, abordó el aspecto de su materialidad de

cara a la conducta de INFANTE VERGARA, que dada la naturaleza de la obra proyectada en el contrato 363 de 2007 requería para su implementación de la previa licencia de construcción expedida por la curaduría urbana, requisito que fue omitido.

Acerca de los estudios previos, diseños y proyectos exigidos para el cumplimiento del principio de planeación, adujo que estos fueron omitidos en el caso que nos ocupa, pues fue el interventor quien indicó que para la realización de su labor, aparte de un bosquejo del diseño elaborado por el propio INFANTE VERGARA, no recibió planos, cálculos estructurales ni elementos de diseño que le permitiera hacer seguimiento a la obra. De esta forma a juicio del ministerio público está probado el incumplimiento del principio de planeación.

La falta de planeación incidió directamente en el trámite del contrato, pues de haber tomado en cuenta todas las circunstancias técnicas que ameritaba la obra necesariamente habrían advertido que su contratación debía adelantarse bajo la modalidad de licitación pública, toda vez que su valor, tomando en cuenta las medidas reglamentarias advertidas por la Federación Colombiana de Natación, ascendía a \$340.212.210.75 y por ende superaba el monto máximo establecido para contratar directamente vigente para el año 2007, que oscilaba entre \$26.022.000 y \$260.219.999, materializándose de esta manera un fraccionamiento de contrato por presentarse una unidad de objeto.

En síntesis, para el delegado de la Procuraduría la evidencia analizada le permite asumir como probada la tipicidad objetiva del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en relación con el contrato 363 de 2007 y su adición, por omisión del principio de planeación y del trámite bajo la modalidad de la licitación pública.

En punto de la tipicidad subjetiva estimó que existen elementos que acreditan la responsabilidad penal de INFANTE VERGARA como *coautor* a pesar del alegado principio de confianza, pues existen razones que impiden su reconocimiento.

En primer término, recuerda que fue el encartado quien tuvo la iniciativa de celebrar el contrato y haciendo gala de sus conocimientos como ingeniero civil resolvió, sin estudios previos, adelantar la obra.

Esto le permite asumir que este exgobernador no podía ampararse en las actuaciones de las oficinas de infraestructura y jurídica, pues lo que se advierte es una actitud proactiva frente a la intención de adelantar la obra y omisiva en su deber de atender el principio de planeación.

En lo atinente al ciudadano DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ señaló que el reproche a su conducta consiste en que, no obstante conocer las irregularidades y la ausencia de ejecución del objeto contractual que implicaba la reparación y puesta en funcionamiento de la piscina

olímpica, resolvió liquidar los contratos sin el lleno de los requisitos legales previstos para tal propósito.

En punto de la antijuridicidad indicó que faltó al deber que el cargo le imponía de ajustar sus actuaciones a derecho, vulnerando el bien jurídico de la legalidad de la contratación administrativa, esta es, la “tramitación, celebración y liquidación” de los contratos investigados con sujeción a los principios de la contratación estatal.

Sobre el delito de peculado por apropiación en favor de terceros sostuvo que en el plenario su configuración tiene como fundamento el manejo indebido que se realizó al conjunto de anticipos pagados en los contratos 359 y 363 y su adición, todos del año 2007, en cuanto no se ejecutó íntegramente la obra pactada y, por el contrario, los dineros entregados se desviaron para otros escenarios ajenos a su objeto, y se liquidaron los contratos ordenando el pago de los saldos en favor de los contratistas sin haberse ejecutado debidamente.

De acuerdo con lo establecido a través del informe entregado por el profesional especializado Bernardo Ramírez, los contratos no fueron ejecutados en un valor de \$187.973.578.25, que implicó la pérdida de dicha suma junto con la de la totalidad de lo girado por la Gobernación en cuantía de \$453.690.885.85, debido al deterioro que las hizo inservibles.

En lo que concierne al contrato 359 de 2007, los equipos adquiridos a TECNOAGUAS fueron reemplazados por otros destinados a las piscinas de clavados y enseñanza en la gobernación de DIAZGRANADOS, lo que implicó la pérdida del rubro establecido con el fin de adecuar y reparar la piscina olímpica.

El informe de policía judicial 10-139925 de 1 de marzo de 2018, determinó la cuantía de dinero girado por concepto de cada contrato, concluyendo que durante el período de INFANTE VERGARA autorizó pagar la suma total de \$187.329.039 con cargo a los contratos 359 y 363 de 2007, que actualizada a la fecha del informe equivale a \$246.545.094.92, y durante el mandato de DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, se pagaron con cargo a estos mismos contratos y a la adición 01 al 363 de 2007, \$266.370.846.75 que actualizados corresponden a \$350.589.429.98.

La responsabilidad de los procesados en el peculado la sustentó en el control de los procesos contractuales que tenían y en la experiencia, capacidad y formación con la que contaban para saber que los hechos eran constitutivos de delitos sin que exista causal eximente de responsabilidad, pues su actuar estuvo dirigido hacia intereses distintos del ejercicio transparente de la función pública, a pesar de tener la posibilidad de actuar conforme a derecho y evitar acciones que implicaran la apropiación de dineros.

5.1.3 Intervención de la parte civil

En términos generales el abogado representante de la parte civil a nombre del departamento del Magdalena, comienza por señalar que la entidad territorial fue afectada por la comisión de las conductas punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en los contratos 359 y 363 de 2007 y su adición, lo que representó un detrimento patrimonial cuantioso porque no se finalizaron las obras de la piscina olímpica cuyo propósito era ponerla al servicio de la comunidad.

Afirmó que los contratos 359 y 363 de 2007 de cuyos objetos contractuales dan cuenta las diligencias, fueron suscritos por el entonces gobernador INFANTE VERGARA y en su trámite se cometieron una serie de “errores”, pudiéndose establecer que se incurrió en los delitos de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y peculado.

Las acciones que se le reprochan a este exgobernador que fueron probadas a lo largo del proceso, en primer lugar, consistieron en haber contratado la obra sin la respectiva licencia de construcción expedida por la curaduría urbana. Aunque se alegó que por tratarse de una obra menor esta no era necesaria, lo cierto es que las características del proyecto sí imponían contar con este requisito.

En segundo lugar, se reprochó la falta de planeación para adelantar el proyecto por no contar con los estudios,

diseños y planos necesarios, además de las inconsistencias en el presupuesto de obra y la omisión de verificar la necesidad de convocar una licitación pública para adelantar la contratación.

Se le cuestionó también el posible fraccionamiento del contrato y por tanto la necesidad de una interventoría independiente. Esto sumado a lo anterior, generó graves consecuencias económicas para el departamento.

Esa ausencia de planeación cuya importancia destaca la jurisprudencia de la Corte hizo que no se tomaran en cuenta las medidas reglamentarias de la piscina olímpica, lo que posteriormente dio lugar a la suspensión del contrato y a una cuantiosa adición.

También fueron cuestionados los manejos de los anticipos en la contratación y el hecho de que las obras no permitieron cumplir con la finalidad prevista.

Acerca del peculado refiere que los contratos fueron pagados, pero las obras no se ejecutaron de conformidad con lo estipulado en el objeto contractual. En el periodo en el cual gobernó INFANTE VERGARA se pagó el cincuenta por ciento de sus valores por obras no ejecutadas, incluso el hierro se canceló doblemente.

En relación con DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ señaló que *“entró a fungir como gobernador el primero de enero de 2008*

debiendo actuar referente a las irregularidades y errores cometidos en la génesis de los contratos 359 y 363 de 2007, así como su adicional”.

Según dijo, lo expuesto ha producido un daño patrimonial que se demostró dentro del proceso toda vez que el departamento del Magdalena pagó la totalidad de los contratos, pese a las irregularidades ampliamente debatidas en el proceso.

Por parte de INFANTE VERGARA se hicieron pagos por \$187.320.039 y por DIAZAGRANADOS VELÁSQUEZ \$266.370.846.75.

De acuerdo con el avalúo pericial de perjuicios núm. 6017196 se establecieron los perjuicios ocasionados a la gobernación y los montos indexados.

Finalmente, pidió condena a los procesados por los delitos imputados por la Fiscalía General de la Nación.

5.1.4 Intervención del procesado DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ

Luego de hacer un recuento del estado caótico en el que recibió la obra de la piscina olímpica por la ausencia de estudios previos con la que se contrató por su antecesor, y la falta de respuesta a las irregularidades que con su equipo de empalme advirtió a la administración que le precedió, sostuvo que al iniciar su mandato el 1 de enero de 2008 la encontró paralizada y en estado crítico.

Ante este panorama consideró la necesidad de liquidar unilateralmente el contrato de manera inmediata, según consta en el acta de consejo de gobierno de 4 de febrero de 2008. No obstante, el jefe jurídico le expresó la inviabilidad de su decisión, pues podría generar un detrimento adicional en atención a que el contratista había cumplido con el contrato inicial y su adición y en esas condiciones no era procedente la terminación o liquidación unilateral y tampoco la declaratoria de caducidad. Por el contrario, los contratistas requirieron al interventor con el fin de aprobar los avances de obra conforme con lo contratado, al tiempo que alertaban sobre el incumplimiento de los pagos por parte de la gobernación.

En esa época el departamento no contaba con recursos que le permitieran adelantar los estudios especializados de la obra y menos celebrar un nuevo contrato que lograra poner en funcionamiento la piscina, máxime que se encontraba vigente un contrato *“en el que el contratista había cumplido con todas las obligaciones a su cargo y había ejecutado las obras que le había encomendado la administración anterior”*.

Estas circunstancias hicieron imposible continuar con la ejecución de la obra como fue concebida por su antecesor y solamente quedaba la opción de construir una nueva que conforme con los estudios pertinentes tenía un costo de \$1.200.000.000. A pesar de su interés por conseguir los recursos, la crisis financiera del departamento y su sometimiento a Ley 550 de 1999, le impedía girar recursos para obras.

Dado este escenario, con la asesoría de su equipo jurídico, la secretaría de infraestructura, la interventoría de la obra, el Instituto Departamental de Deportes INDEPORTES y la Liga de Natación del Magdalena, con los recursos restantes del contrato inicial y de su adicional decidió “adecuar y reparar” las piscinas de enseñanza y clavados ubicadas dentro del mismo complejo deportivo de la olímpica.

Todo esto consta en el expediente junto con el respectivo estudio jurídico que concluyó la viabilidad de la decisión y la improcedencia de declarar la terminación unilateral o la liquidación y la caducidad del contrato, pues esto generaría un perjuicio tanto para él como gobernador como para el departamento.

Aclaró que su formación de arquitecto le impedía controvertir o cuestionar las distintas posiciones jurídicas propuestas para resolver la problemática. En su opinión, quien ordena a su asesor jurídico abordar un riguroso análisis legal y sustentar la solución conforme con el ordenamiento jurídico *“no actúa con la intención de cometer un delito y su conducta lejos está de ser considerada como un comportamiento doloso dirigido a afectar la administración pública”*. Además, su intención siempre fue la de defender el interés general, la que finalmente se materializó permitiendo que durante siete años los jóvenes del departamento disfrutaran de las “piscinas olímpicas de calentamiento y clavados”.

Por eso, afirma, le llama la atención que la fiscalía le atribuya la comisión de un delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en la etapa de liquidación y además asegure la comisión de uno de peculado por el valor de los contratos 359 y 363 de 2007 “bajo el falso argumento de que la obra nunca prestó servicio y que incluso fue demolida”, cuando por el contrario, como lo revela el informe final de interventoría, “las dos piscinas olímpicas” intervenidas adecuadas y reparadas de clavados y de entrenamiento y calentamiento se entregaron en funcionamiento y perfecto estado.

5.1.5 Intervención de la defensa técnica de DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ

Luego de hacer un recuento de los hechos y antecedentes del proceso, afirmó la imposibilidad de atribuir responsabilidad a su defendido en atención a que las conductas imputadas carecen de relevancia penal por no adecuarse a sus descripciones típicas. En consecuencia, deprecó su absolución.

En primer término, cuestionó que no obstante habersele atribuido a su defendido su intervención en los delitos en calidad de coautor, jamás la fiscalía probó la existencia de un acuerdo común, ni con quiénes se concertó y cuál fue su aporte al objetivo común en la fase de ejecución de las conductas. Dice que tal omisión fue un pretexto empleado por la fiscalía con el fin de investigar y juzgar a su representado bajo el marco de la Ley 600 de 2000, pese a que

al momento en que tuvieron ocurrencia las conductas por las que se lo juzga ya operaba la Ley 906 de 2004 en el departamento del Magdalena.

Destacó también que no obstante habersele atribuido a su representado las circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal, la fiscalía no sustentó su imputación. En cuanto a la causal 10 citada relacionada con la coparticipación criminal aseguró que esta causal no fue probada y ni siquiera se dijo con quién acordó la comisión de las conductas.

Aunque reconoce que lo anterior no genera nulidad como ya lo decidió en este caso la Sala, insiste en que no es posible atribuirle la calidad de coautor de los delitos y por ende tampoco la causal de mayor punibilidad referida.

De otro lado, imputarle las circunstancias de los numerales “1 y 9” es violatorio del principio *non bis in idem*, por referirse a circunstancias inherentes a las conductas imputadas y que se derivan del bien jurídico amparado. Es el caso de la posición distinguida que ocupa el sentenciado en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio, aunque la acusación no aclara a cuál de estas circunstancias se refiere, es indudable que los delitos atribuidos exigen para su configuración la calidad de servidor público, de tal manera que, si esto es así, no puede al mismo tiempo agravarse la conducta por la misma causa.

En punto de la circunstancia descrita en el numeral 1, adujo que no es imputable al punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Y en cuanto a su aplicación al delito de peculado la considera violatoria del principio referido, porque justamente el objeto material del peculado son bienes y dineros destinados al bien común o a la satisfacción de necesidades básicas de la colectividad *“y de incluirse en el delito de peculado la mencionada circunstancia de mayor punibilidad, se impondrían a mi defendido dos consecuencias jurídicas por un mismo supuesto de hecho”*.

Acerca del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, señaló que de las cinco circunstancias que imputó la fiscalía a su defendido, la única que tiene relación con este punible es la relativa a la supuesta liquidación irregular de los contratos 359 y 363 de 2007, las demás referidas a la ejecución, según la jurisprudencia de la Corte, escapan a su tipicidad.

En consecuencia, el reproche por este punible consistió en que en el acta de liquidación se indicó que el objeto del contrato se había satisfecho pese a que las obras, finalmente, recayeron en las “piscinas olímpicas de entrenamiento y de clavados” y no en la olímpica como se pactó originalmente, vulnerando los principios de planeación, transparencia y responsabilidad.

Contario a lo argüido por la fiscalía, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, impone a los servidores públicos tomar en consideración que con la *ejecución* de los contratos las

entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, siendo esto último el más importante *principio axiológico* de la función administrativa.

Lo anterior se traduce en que la imposibilidad de modificación de los contratos estatales sostenida en la resolución acusatoria es apenas aparente, pues en contraposición los conceptos 1439 de 18 de julio de 2002 y 1920 de 9 de septiembre de 2008 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, descartan esa tesis porque en esos casos prevalecen el interés público y el servicio a la comunidad, y estos no pueden supeditarse o someterse al error inicial de la administración o a un cambio de las circunstancias consideradas originalmente al momento de contratar.

Ese criterio acogido en los dos conceptos anteriores tiene fundamento en los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993, que con el fin de evitar la paralización o grave afectación de los servicios públicos que prestan, faculta a la entidades públicas para *“introducir modificaciones a lo contratado o incluso de manera unilateral si la modificación no supera el 20% del valor inicial del contrato”*, criterio que coincide con la jurisprudencia constitucional²⁵ que enseña que por regla general los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea

²⁵ Sentencia C-300 de 2012.

necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado a los cuales sirve el contrato.

En ese orden de ideas, atendiendo la situación concreta y en especial la inviabilidad de declarar el incumplimiento de los contratos 359 y 363 de 2007 o su caducidad o la terminación unilateral o su nulidad, pues cualquiera de estas decisiones hubiera comportado un perjuicio mayor al departamento, no le resulta explicable al defensor que el ente acusador le reproche a su representado un presunto incumplimiento del deber de tomar las determinaciones pertinentes sin consideración de las situaciones planteadas y de la difícil situación financiera por la que atravesaba el ente territorial que se encontraba sometido a los condicionamientos financieros y presupuestales de la Ley 550 de 1999.

Todas estas difíciles circunstancias a las que, según dijo, la fiscalía les ha restado importancia son las que en opinión del defensor impidieron la destinación de mayores recursos para la terminación de las obras de la “piscina olímpica de competencias” y le impusieron a su poderdante el deber de reorientar los recursos comprometidos a las dos restantes “piscinas olímpicas” del complejo acuático, con el fin de satisfacer las necesidades de la juventud magdalenense.

Para la defensa estas fueron las razones que sustentaron la “modificación del contrato” y el cambio de la destinación de los recursos aún sin ejecutar para poner en

funcionamiento las otras dos piscinas, motivo por el cual la pretensión del ente fiscal pierde soporte pues desconoce las reglas y principios del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sin atender que la decisión asumida era la única jurídicamente posible dada la situación concreta y la normatividad vigente.

De ahí que no esté probado que con la suscripción de las actas de liquidación su representado hubiera conculcado los principios que rigen la contratación pública y, por el contrario, la decisión de modificar el alcance del objeto del contrato se ajusta a los fines estatales del interés general y de la salvaguarda de los principios de economía y responsabilidad. Por esta razón se pactó por las partes la modificación de los contratos 359 y 363 de 2007 y de esto dan cuenta el acta correspondiente, suscrita entre las partes y las actas de liquidación de los contratos en donde se discriminaron las obras realizadas y sus respectivos valores, motivo que impide considerar que su poderdante incumplió los requisitos legales de la contratación al suscribirlas, pues estas son reflejo fiel de lo ocurrido y de las modificaciones pactadas para la inversión de los recursos no ejecutados que, finalmente se destinaron a las piscinas de entrenamiento y clavados.

En conclusión, para esta defensa lo anterior desvirtúa la tipicidad objetiva del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en la fase de liquidación, pues no se desconocieron las exigencias previstas en la ley ni los principios que rigen la actividad contractual pública.

Además de todo lo anterior, expresó el abogado que la fiscalía no probó que su prohijado hubiera actuado con dolo, para él las pruebas “demuestran todo lo contrario”.

Según sostuvo, la actuación acredita la debida diligencia con la que obró el procesado y su compromiso de solucionar la situación presentada con los contratos 359 y 363 de 2007, actuar que se refleja en las acciones adelantadas por él y su gabinete en los consejos de gobierno para superar los inconvenientes que se presentaron en el desarrollo de los citados contratos.

Su actuación se encuentra además respaldada en un estudio jurídico elaborado por un asesor de su despacho que concluyó la viabilidad de modificar los contratos con la posibilidad de “reinvertir” los recursos no ejecutados en la “piscina de competencias”, en las piscinas de entrenamiento y clavados con el fin de garantizar el interés general. Este estudio le dio elementos de juicio para estimar que la decisión que finalmente adoptó se ajustaba al ordenamiento jurídico y que, como se dijo allí, no había lugar a considerar la existencia del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales a consecuencia de la modificación y tampoco de la liquidación de los contratos.

Como corolario afirmó la atipicidad objetiva y subjetiva del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por los que fue acusado el exgobernador DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ.

En punto de la antijuridicidad señaló que este tema no fue tratado por la Fiscalía, pero que de haberlo hecho habría concluido que todas las gestiones desarrolladas relacionadas con los contratos 359 y 363 de 2007, fueron motivadas por el interés de no afectar al departamento y garantizar la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

Sobre los delitos de peculado por apropiación sostuvo que ninguna de las circunstancias descritas en la resolución de acusación fue irregular y menos puede afirmarse que facilitó la apropiación de recursos públicos en favor de los contratistas.

Para el defensor el dinero girado a los contratistas fue destinado a la ejecución del objeto contratado y a las modificaciones de las obras realizadas, incluso, fueron insuficientes para asumir los costos generados a los contratistas como consecuencia de la indebida planeación, según lo infiere de los testimonios del interventor Evaldo Mejía, la representante legal de VALA INGENIERÍA, Sara Inés Lozano Pérez y, de Juan Fernando Arias Cardona, representante legal de TECNOAGUAS.

Concluyó afirmando que contrario a lo aseverado por la Fiscalía, en la acusación los contratos cuestionados sí prestaron utilidad pues las piscinas de entrenamiento y clavados pudieron operar tal como lo prueban las fotografías aportadas por su defendido. Esto, además de desvirtuar los dictámenes contables, desdice de la tesis de la fiscalía en cuanto señala que las piscinas no funcionaron. Distinto es

que posteriormente la “piscina olímpica de competencias” hubiera sido demolida, lo que no ocurrió con las de clavados y enseñanza, pues éstas fueron sometidas a cambios de enchapes y otras obras no relacionadas con la estructura de los escenarios deportivos, debido a que las gestiones realizadas en ejecución de estos dos contratos estuvieron acordes con las exigencias técnicas.

A partir de esto arriba a la conclusión de que los pagos realizados por su representado respecto de las obras ejecutadas en las dos piscinas referidas, cumplieron con el propósito y garantizaron la estabilidad de la obra hasta la renovación completa del complejo deportivo, por lo que es imposible considerar la existencia del punible de peculado por apropiación.

En cuanto a los pagos destinados a la “piscina olímpica de competencias” estos obedecieron al cumplimiento de los compromisos adquiridos por el gobernador que precedió a su cliente, los cuales no podían dejar de reconocerse y que se originaron en la falta de planeación del contrato inicial y su adición, por tanto, no imputables a su prohijado.

Para reafirmar su postura en relación con la configuración de los delitos de peculado, además de lo planteado, aseguró, refiriéndose al informe de policía judicial 10-139925, a través del cual se determinó el monto del peculado, y al dictamen pericial 6017196 de perjuicios; adolecen de error grave, pues establecieron la cuantía de la apropiación con base en los pagos realizados para la

ejecución de los contratos, es decir, que para el ente fiscal el monto del peculado corresponde a los pagos autorizados por su defendido durante la ejecución de ambos contratos.

Tanto en el informe como en el dictamen se asumió que alguno de los pagos no se destinaron a la ejecución del contrato y otros no prestaron ninguna utilidad por no haber puesto en funcionamiento la “piscina olímpica de competencias”, por lo que concluyeron equivocadamente que los pagos para las obras de las piscinas de enseñanza y clavados constituían una apropiación de recursos públicos por destinarse a un objeto diferente del contratado, pero no porque no hubieran sido ejecutadas.

Para el abogado la falta de planeación de la administración no podía ser pretexto para no cumplir con los pagos, pues el contratista no era responsable del mantenimiento de las medidas de la “piscina de competición” y tampoco de los daños causados con ocasión de la ejecución de la obra adicional contratada por la administración precedente.

En síntesis, todos los pagos efectuados por su poderdante tuvieron como destino la ejecución de la obra y por esto no es posible predicar la apropiación de dinero.

Para finalizar, sostuvo que la Fiscalía no aportó ningún elemento que probara el dolo en la conducta del exgobernador y tampoco demostró por qué su actuación

afectó la administración pública, tras haber puesto en funcionamiento las piscinas de entrenamiento y clavados.

5.1.6 Intervención de la defensa técnica de INFANTE VERGARA

Anuncia, en primer lugar, que del análisis y estudio de las pruebas de cara a la acusación puede concluirse la ausencia de responsabilidad penal de su defendido en los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, por los que fue llamado a juicio y, en consecuencia, solicita se dicte fallo absolutorio.

En cuanto al primero de los ilícitos, refiere que la Fiscalía le atribuyó la comisión de este a título de dolo en razón de su competencia funcional para ordenar y liderar el trámite de los contratos 359 y 363 de 2007.

Comenzó por destacar la escasa complejidad de la obra a ejecutar que consistía en la reparación locativa de la piscina olímpica orientada a sellar algunas grietas por donde se filtraba el agua y a la reposición de los equipos de tratamiento de aguas, lo que implicaba una inversión poco significativa para el departamento, propósito que se reflejó en la descripción del objeto del contrato 363 de 2007, este fue, “adecuar y reparar” la piscina olímpica.

De la dimensión inicial del proyecto dan cuenta los testimonios de José Gregorio Sánchez Pinedo, secretario de

infraestructura; Evaldo Mejía Villalobos, funcionario de esa secretaría e interventor de la obra; Juan Fernando Arias Cardona, representante legal de TECNOAGUAS y Sara Inés Lozano, representante legal de la UNIÓN TEMPORAL VALA INGENIERIA, adjudicataria del contrato 363 de 2007.

Así, ante la escasa disponibilidad presupuestal se optó solamente por reparar la piscina olímpica con el propósito de que los jóvenes deportistas retomaran sus prácticas y no se desperdiciaran sus habilidades natatorias.

Lo anterior, a juicio del defensor, desvirtúa el cargo de la necesidad de obtener previamente la licencia de construcción de la curaduría debido a la sencillez de la obra que, como se consideró, se reducía a reparaciones locativas.

La fiscalía señaló en la acusación que las obras no eran menores al punto de que hubo la necesidad de adicionar el contrato, afirmación que desconoce la dimensión del proyecto inicial y la razón de la adición que fue causada por la imprevisión advertida por la Federación Colombiana de Natación sobre la necesidad de conservar las medidas reglamentarias de una piscina olímpica.

Resaltó, entonces, que el proyecto originalmente concebido y contratado tenía el propósito de la impermeabilización de las filtraciones y reposición de los equipos de tratamiento de aguas, lo que no impactaba su capacidad volumétrica, ni su diseño estructural que es el fundamento de la fiscalía para negar que la obra se reducía

a una reparación locativa, y por ende asumir como necesaria la obtención de la licencia de construcción.

Para la defensa el objeto del contrato 363 de 2007 se ajustó al concepto de reparaciones locativas del artículo 10 del Decreto 564 de 2006, por lo que no era necesaria la licencia y, en consecuencia, su prohijado no incurrió en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales respecto de ese contrato. Tampoco puede sostenerse que la obtención de la licencia se omitió deliberada o dolosamente, porque como lo advierten los testigos citados, tanto él como estos consideraron que la licencia no era requisito para el desarrollo de la obra.

En lo relacionado con la ausencia de estudios y diseños que tradujo la fiscalía en una violación al principio de planeación, además de las inconsistencias de los presupuestos, necesidad de licitación pública, fraccionamiento de contrato, exigibilidad de interventoría independiente y de análisis de precios unitarios, destacó la necesidad de definir el alcance del concepto de estudios previos para la época de los hechos, o sea antes de la reforma de la Ley 1150 de 2007 y su decreto reglamentario.

De acuerdo con el contenido de los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 en consonancia con el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002, los estudios previos están orientados a establecer la conveniencia y oportunidad de la contratación y deben contemplar al menos la definición de la necesidad a satisfacer; la definición técnica de la forma

en la que la entidad pretende satisfacer esa necesidad que puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño; las condiciones del contrato como el objeto, plazo y lugar de ejecución; soporte técnico y costo estimado del contrato y el análisis de los riesgos que debe amparar el contratista.

Según afirmó, en la carpeta del contrato 363 de 2007 obra el “estudio de conveniencia del objeto a contratar” consistente en “la adecuación y reparación de la piscina olímpica José Benito Vives de Andreis en Santa Marta, Magdalena”, que contiene un análisis de conveniencia de reparar la piscina; un acápite que define la necesidad; la definición técnica de la forma en que se puede satisfacer ésta, destacando lo necesario que se hacía contratar la adecuación de la piscina incluidas las especificaciones técnicas del proyecto; dentro de los anexos del pliego de condiciones o términos de referencia obran las especificaciones técnicas de la construcción con bocetos y cálculos para ejecutar las reparaciones; las condiciones de ejecución del contrato tales como objeto, plazo y lugar de ejecución y modalidad de contratación, soporte técnico del valor del contrato y análisis de riesgos y garantías a constituir, además de un anexo donde se amplían los requerimientos de orden técnico, económico y jurídico, estudios que fueron entregados a los encargados de la ejecución del contrato tal como lo acreditan los testimonios rendidos en el proceso de responsabilidad fiscal²⁶ de Evaldo Alexis Mejía, José Gregorio Sánchez

²⁶ Radicado 311 de la Contraloría General del Departamento del Magdalena. Fallo con responsabilidad fiscal a folio 269 c. anexo 1 Fiscalía.

Pinedo, Sara Inés Lozano, Virginia Isabel Bustamante Cifuentes y Jaime Manuel Cárdenas González, asesor jurídico de la subsiguiente administración.

Este proyecto de adecuación y reparación de la piscina olímpica fue registrado en el Banco de Programas y Proyectos de Inversión Departamental habiéndose revisado los aspectos técnicos, institucionales, socioeconómicos, ambientales y financieros y establecido su viabilidad, según lo certificó Álvaro Cañate, jefe de la Oficina Asesora de Planeación Departamental el 25 de septiembre de 2007.

A continuación, cuestionó el dictamen pericial IP0006728170 rendido a instancia de la Sala por no concluir si la intervención de la piscina correspondía a una reparación locativa o no. Tampoco tuvo en cuenta el hecho de que originalmente no se pretendió intervenir la estructura de la piscina por lo que sus conclusiones tienen esta falencia, que hace que sea falso que el proyecto requería de un estudio patológico de la estructura, pues inicialmente no se previó derrumbar muros.

La exigencia del perito de un ingeniero civil calificado desconoce la experiencia de 25 años de FRANCISCO INFANTE como ingeniero calculista en diseños estructurales y construcción de estructuras, que le permitió elaborar un boceto dada la simplicidad de la obra. El alcance del principio de planeación no es el mismo para una reparación locativa que para una compleja obra de ingeniería. La planeación debe ser proporcional y acorde con la tarea a desarrollar.

Calificó de inexacta la acusación de que el departamento no era titular del predio donde estaba la piscina, y como prueba de esto citó la anotación núm. 7 de 30 de diciembre de 2014 del certificado de libertad y tradición del inmueble, donde consta que el departamento cedió a título gratuito la propiedad al distrito de Santa Marta.

Sobre las inconsistencias en el presupuesto de obra inferidas por la fiscalía del dictamen pericial IP0006728170, dedicó su argumentación a cuestionar la idoneidad del perito por no contar con experiencia relacionada con la construcción o mantenimiento de piscinas, para concluir que su opinión carece de credibilidad y por tanto no se lo puede reconocer como una persona con el criterio técnico necesario para aportar al esclarecimiento del objeto de debate.

Respecto del fraccionamiento del contrato con el propósito de eludir la licitación pública, acude a la definición doctrinal y del Consejo de Estado de esta figura señalando que para su configuración deben concurrir circunstancias como: el ánimo de evadir el proceso licitatorio público y la existencia de más de un proceso de contratación con un mismo objeto, lo que no ocurre en este caso en el que se previó la menor cuantía dada la magnitud de la obra inicialmente concebida, pero la necesidad de adicionar el contrato surgió después por recomendación de la Federación Colombiana de Natación para ajustar la piscina a las medidas reglamentarias internacionales, tratándose de un “hecho sobreviniente” o “caso fortuito” que impuso la adición del contrato, la cual cumplió todos los requisitos de ley en

cuanto se hallaba vigente el contrato original, se ampliaron las garantías y no superó el cincuenta por ciento. Además, su poderdante no estuvo al tanto de la adición por encontrarse gozando de un permiso para ese tiempo.

La imputación de la fiscalía sobre el particular surge a partir del supuesto que desde el principio se pretendió construir una piscina, desconociendo que la administración no contaba con los recursos y por esto se planeó únicamente su reparación lo que no comprendía derribar sus muros, hecho confirmado por el jefe de la oficina jurídica, Paul Corrales Silva, quien descartó la posibilidad de un fraccionamiento, porque se trataba de una reparación.

En cuanto a la necesidad del proceso de licitación pública destacó que para el momento del contrato regía la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios y aún no había entrado en vigencia la Ley 1150 de 2007, hecho que considera de relevancia pues a partir de esto se determinan los límites para la contratación directa previstos en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que para el caso, según circular 001 de la secretaría jurídica departamental, la menor cuantía oscilaba entre 26.022.000 a 260.219.999, luego el contrato 363 por valor de \$259.702.808 se podía contratar directamente y por ende no requería de interventoría independiente.

La imputación relacionada con las inconsistencias en el manejo de los anticipos en los contratos cuestionados quedó desvirtuada con el testimonio de Sara Inés Lozano Pérez,

quien declaró que con el anticipo del contrato 363 de 2007 se adquirieron materiales y se aseguró la mano de obra, tesis que encuentra respaldo documental en el oficio de 6 de diciembre de 2007, suscrito por el interventor y la testigo contratista, donde constan los soportes de los gastos en cuantía equivalente al 25% del valor del anticipo. Lo mismo en cuanto al contrato 359 de 2007 cuyo titular, Juan Fernando Arias Cardona, dijo que una vez le giraron el anticipo suministraron los equipos.

Acerca de los errores de digitación en la denominación de los procesos de contratación, dijo que se trata de aseveraciones genéricas sin la debida referencia a las normas vulneradas que, por lo mismo, carecen de relevancia penal, tal como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia en el radicado 44609 de 11 de octubre de 2017, al definir el concepto de hechos jurídicamente relevantes atinentes al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, para indicar que no es admisible una acusación que se contraiga a poner de manifiesto “violaciones genéricas” de los principios que rigen la contratación administrativa.

Sobre la imputación relativa a que las obras ejecutadas no sirvieron para el fin previsto, pues finalmente quedaron en el abandono y tuvieron que demolerse, aseguró que los estudios previos del contrato 363 de 2007 fueron idóneos atendidas las características del proyecto que se estaba ejecutando adecuadamente hasta que llegó la recomendación de la federación para que se ajustara a las medidas reglamentarias, lo que a juicio del apoderado se convirtió en

un serio imprevisto debido a los escasos recursos disponibles.

Concluyó pregonando la inexistencia de los elementos objetivos del tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En lo que atañe al tipo subjetivo afirmó que su prohijado no obró con el propósito de desatender los requisitos esenciales de la contratación, por el contrario, siempre quiso cumplir rigurosamente con la normatividad relacionada con lo que pretende sugerir que en su caso no es posible predicar la existencia del dolo en su actuar.

Respecto del delito de peculado la fiscalía adujo que con su intervención en la contratación dio lugar a que terceros se apropiaran de recursos del erario departamental, básicamente porque la obra contratada se ejecutó parcialmente; lo hecho fue menor a lo contratado; la obra nunca se culminó y porque lo hecho se deterioró y finalmente tuvo que demolerse.

La imputación surge entonces de las conclusiones plasmadas en el informe de policía judicial 10120138 que fijó la cuantía del peculado en \$453.690.885 que corresponde al monto total de los contratos 359 y 363 y su adición, pero que indujo a error a la fiscalía al incluir el valor total del contrato de suministro, es decir, \$114.937.270, dentro del daño emergente, a pesar de que el testimonio del contratista Juan Fernando Arias Cardona demuestra que el contrato 359 de

suministro se ejecutó íntegramente, el anticipo se invirtió conforme al plan, los equipos se adquirieron y recibieron a satisfacción por parte de la administración, todo antes de que se decidiera habilitar la piscina de clavados y entrenamientos, pues entonces acordó cambiar los equipos instalados en la piscina olímpica por los apropiados para las otras piscinas.

De acuerdo con lo anterior expresó el abogado que en el caso del contrato 359 no hubo pérdida de recursos públicos, por lo que no se configura el delito de peculado.

Lo mismo opina respecto del contrato 363 de 2007 en el que tampoco se presentó pérdida de dinero oficial porque hasta cuando finalizó la administración de su cliente no se presentaron dobles pagos, el contrato se ejecutó plenamente y los anticipos se invirtieron debidamente. Los imprevistos que paralizaron la obra se presentaron con posterioridad y por esto no es posible imputárselos objetivamente al procesado.

De todas maneras, agregó, la conducta de INFANTE VERGARA no estuvo dirigida al propósito de permitir que terceros se apoderaran de recursos públicos, por lo que no es posible afirmar que con su conducta hubiera ocasionado daños que le generen la obligación de reparar perjuicios.

Finalmente, hace referencia al aspecto de la coautoría para señalar, sin analizarlas, que las pruebas obrantes no permiten establecer la existencia de un plan criminal

preexistente dirigido a incumplir los requisitos legales esenciales de la contratación estatal para favorecer a terceros.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Sistema procesal aplicable

Previamente a entrar en el análisis que concita la atención de la Sala, se estima pertinente precisar que el procedimiento aplicable en el caso es el rituado en la Ley 600 de 2000.

Sea lo primero señalar que los hechos materia de juzgamiento se iniciaron a principios del segundo semestre de 2007, luego de la posesión de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA el 26 de junio de ese año, una vez designado como gobernador por Decreto 2354 de 25 de junio de 2007.

En esa época se gestó por parte de la administración de INFANTE VERGARA el proyecto de adecuación y reparación de la piscina olímpica José Benito Vives de Andreis, que se concretó en la suscripción de los contratos 359 y 363 de 2007 y la adición de éste.

De acuerdo con el artículo 530 de la Ley 906 de 2004, corregido por el Decreto 2770 de 2004, en el distrito judicial de Santa Marta el sistema penal oral acusatorio rige desde el 1 de enero de 2008, luego, acorde con el principio de legalidad procesal los hechos relacionados con el trámite,

celebración y liquidación y los demás derivados de los procesos contractuales aquí cuestionados, es decir, conexos que llegaren a constituir delito deben someterse al trámite de la Ley 600 de 2000, los primeros por haberse iniciado bajo su vigencia y antes de la entrada en vigor del sistema penal oral acusatorio, y los segundos por razón de la conexidad que impone su investigación conjunta.

En síntesis, las normas procesales se aplican con el propósito de investigar y juzgar, pero el rigor en su aplicación debe atender diferentes fenómenos que se presentan como cambios legislativos, coparticipación criminal, clases de delitos, etc., sin que eso signifique en ningún caso que los preceptos instrumentales pueden ser fuente de transgresión de garantías fundamentales²⁷.

Sobre esto también ha de expresarse que este aspecto ya fue decidido por la Sala de Casación Penal²⁸, al confirmar el proveído de esta Sala de 29 de julio de 2020 dentro de este radicado, mediante el cual se negó la solicitud de nulidad propuesta por la defensa de DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ contra la decisión de aplicar en este caso el procedimiento de la Ley 600 de 2000.

Lo relevante es que el procedimiento que se seleccione tenga vocación de aplicabilidad, y que en su desarrollo se

²⁷ CSJ., AP3466-2021, radicado 56068 de 11 de agosto de 2021.

²⁸ CSJ. AP1072-2021, radicado 58587 de 24 de marzo de 2021.

respeten el debido proceso y las demás garantías fundamentales del proceso penal²⁹.

6.2 Competencia

Pese a que los acusados FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA y OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, actualmente no desempeñan el cargo de gobernador del departamento de Magdalena, la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala Especial de Primera Instancia es competente para juzgarlos, de conformidad con los artículos 235-5 de la Constitución Política y su parágrafo, en consonancia con el Acto Legislativo 01 de 18 de enero de 2018, y el Acuerdo PCSJA18-11037 de 5 de julio de 2018 del Consejo Superior de la Judicatura, en razón a que las conductas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación por las cuales se los acusó, guardan relación con las funciones de gobernadores y ordenadores del gasto que para la época de los hechos ejercían, es decir, se trata de los denominados *delitos propios*, que como se ha venido entendiendo, solamente pueden ser cometidos por servidores públicos en relación con las funciones del cargo asignadas por el ordenamiento jurídico.

En punto del carácter de delito propio y la prórroga del fuero al exfuncionario procesado, la Corte tiene dicho que:

Ahora, la Sala tradicionalmente ha concebido esta modalidad de delitos, como aquella que solo puede ser cometida por servidores en relación con las funciones a ellos asignadas por el ordenamiento

²⁹ CSJ. radicado 41187 de 11 de diciembre de 2013.

jurídico³⁰. El enriquecimiento ilícito de servidor público, en concreto, lo ha calificado como propio, exigiendo para su estructuración la presencia de un servidor público como sujeto activo, y que el acrecimiento patrimonial no justificado esté vinculado con el desempeño del cargo o el incumplimiento de las atribuciones³¹” (...)

En fin, como el punible frente al cual hay que orientarse la investigación es de los denominados propios, no surge duda que la competencia para averiguarlos recae en esta Corporación en Sala de Casación por haber ocurrido los hechos antes del 29 de mayo de 2008, motivo por el cual se avocará el conocimiento y como el procedimiento que se venía aplicando es el previsto en la Ley 906 de 2004, se adecuará al regulado por el Código de Procedimiento Penal de 2000³²

Es claro entonces³³ que, la relación entre función y delito se desprende del abuso de poder, que se manifiesta en la instrumentalización de la función pública al emplearla en beneficio particular, como presuntamente ocurrió en este caso, en que, según informó la Fiscalía, los exfuncionarios acusados en su condición de gobernadores y ordenadores del gasto y en ejercicio de sus funciones, al intervenir en los contratos 359 y 363 de 2007 y su adición, pretermittieron sus requisitos legales esenciales y favorecieron la apropiación de terceros de recursos públicos.

6.3 Requisitos para condenar

Conforme a lo normado por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal de 2000, a diferencia del grado de conocimiento que la ley exige para imponer medida de aseguramiento o proferir resolución de acusación, para dictar sentencia condenatoria se requiere que concurra al

³⁰ CSJ. SP. Rad. 32854 de 3 de febrero de 2010.

³¹ CSJ. SP. Rad. 15490 de 7 de octubre de 1999.

³² CSJ. SP. Rad. 45731 de 28 de octubre de 2015.

³³ Cf. CSJ. SP954-2020 *ibidem*.

proceso la prueba suficiente que trasmita al juzgador la certeza de las categorías de la conducta típica y de la responsabilidad del procesado.

La ley reclama, además, que el acervo probatorio sea valorado en su integridad de cara a los postulados de la sana crítica, estos son: la lógica, las máximas de la experiencia y las ciencias, y los conocimientos científicamente afianzados, asignándole siempre razonadamente a cada medio de prueba el mérito que le corresponda, a fin de determinar las condignas consecuencias jurídicas³⁴.

Revisadas las diligencias ha llegado la Sala a la conclusión que, en este evento concurre la prueba exigida para condenar. Veamos:

6.4 Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

La fiscalía acusó a los procesados como presuntos coautores responsables de la comisión de este delito en concurso homogéneo y sucesivo, respecto de los contratos **359 y 363 de 2007 y su adición.**

Este delito es descrito por el artículo 410 del Código Penal, antes de la reforma de la Ley 890 de 2004³⁵, así:

³⁴ Cf. art. 238 L. 600 de 2000.

³⁵ A pesar de que los hechos son posteriores al 1 de enero de 2005 no le es aplicable el incremento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, toda vez que para la fecha de los hechos, segundo semestre de 2007, no regía en Santa Marta el sistema penal oral acusatorio el cual entró en vigencia en esa zona el 1 de enero de 2008,

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.

El supuesto de hecho descrito enmarca la conducta de un servidor público que entre sus atribuciones debe intervenir en un proceso de contratación, e incumple los requisitos sustanciales exigidos para su trámite u omite verificar que se hayan cumplido al celebrar o liquidar el contrato³⁶.

Encierra dos modalidades alternativas de ejecución: la primera, no observar los requisitos legales sustanciales en el trámite, lo que involucra todos los pasos previos hasta su celebración; y, la segunda, al momento de su formalización o de su liquidación, omitir verificar que se hubieran satisfecho³⁷.

De esta forma la ley penal distingue la conducta ejecutada por los servidores públicos facultados para tramitar el contrato, de la que realiza el representante legal o el ordenador del gasto en las fases de celebración o liquidación³⁸.

según informa el artículo 530 del C. de P. P., y como bien se sabe, dicha ley solamente es aplicable conjuntamente con la Ley 906 de 2004, y no independientemente.

³⁶ Cf. CSJ. SP18532-2017, rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.

³⁷ Cf. *Ibidem*.

³⁸ Cf. *Ibidem*.

La primera modalidad alude a tramitar el contrato sin observar los requisitos legales esenciales, en tanto que, en la segunda, el contenido de la prohibición consiste en firmar el contrato sin verificar que se hubieran cumplido las exigencias legales esenciales en la etapa precontractual. Esta distinción se fundamenta en las modalidades de delegación o desconcentración de competencias a través de las cuales actualmente se ejerce la función pública en las entidades estatales³⁹.

Las etapas previas y de ejecución son asignadas al personal de nivel ejecutivo y las de celebración y liquidación al ordenador del gasto, labor que éste ejecuta con estricto acatamiento de las formalidades legales en la etapa previa, por ser el funcionario autorizado por la Carta Política y la ley para disponer, en este caso de los recursos del ente territorial⁴⁰.

Los artículos 12 y 25-10 de la Ley 80 de 1993, como ya se vio, preceptúan que los jefes y representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos con sujeción a las cuantías señaladas en las respectivas juntas y consejos directivos, y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o equivalentes.

³⁹ Cf. *Ibidem*.

⁴⁰ Cf. CSJ SP18532-2017, *ibidem*.

En todo caso, se reitera, la delegación y desconcentración no implican el desprendimiento de la responsabilidad del encargado de la contratación, pues la función de adjudicación está a su cargo⁴¹.

El concepto de requisitos esenciales como elemento normativo hace alusión al respeto y cumplimiento integral de los principios que rigen la contratación pública, como son: planeación, economía, responsabilidad, transparencia y deber de selección objetiva, contenidos en el artículo 209 de la Carta Política, en la Ley 80 de 1993⁴², normativa aplicable a la fecha de los hechos, y en las disposiciones que la desarrollan⁴³.

Lo anterior surge de una interpretación constitucional y sistemática de los valores y fines del Estado. Según el preámbulo y el artículo 2° de la Carta corresponde al Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en su texto⁴⁴.

⁴¹ Cf. CSJ SP4413-2019, rad. 55967. La Ley 489 de 1998 define las figuras de delegación y desconcentración en el entorno de la organización y funcionamiento de las entidades estatales, como la transferencia de funciones de un órgano o cargo a otro, ocurrida por regla general al interior de la misma entidad. En la delegación, la transferencia se realiza únicamente por el titular de la función a través de un acto administrativo expreso, a veces de manera general otras de manera específica, para lo cual debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia. Sobre la desconcentración determina que la atribución de competencia se realiza directamente por el ordenamiento jurídico y se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía, transfiriendo en forma exclusiva, es decir, la competencia debe ser ejercida por el órgano desconcentrado y no por otro y el superior no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal.

⁴² Al respecto CSJ. SP4463-2014, reiterado en CSJ. SP, 25 sep. 2013, rad. 35344; y, CSJ. SP15528-2016, rad. 40383.

⁴³ Entre estas: Ley 1150 de 2007.

⁴⁴ Cf. CSJ. SP15528-2016, rad. 40383 de 26 de octubre de 2016.

Asimismo, el artículo 209 de la Carta prescribe que la función pública está al servicio del interés general y se debe desarrollar con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones⁴⁵.

Se desprende de los artículos 1 y 2 de la Constitución, y 3 de la Ley 80 de 1993, que la contratación administrativa es una función pública al servicio del interés común, por lo tanto, sujeta a los fines esenciales del Estado y sus trámites regidos por tales principios.

De otro lado, los cánones 1, 3, 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, disponen que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública tiene por objeto diseñar las reglas y principios que rigen la contratación de las entidades estatales⁴⁶.

En otras palabras, tal estatuto fija los requisitos que deben observar los servidores públicos al tramitar, celebrar y liquidar los contratos, siendo razón fundamental para que en su ejecución las entidades cumplan no solo con los fines del Estado sino con la prestación de los servicios públicos a la comunidad, y garanticen los derechos e intereses de los administrados⁴⁷.

⁴⁵ Cf. *Ibidem*.

⁴⁶ Cf. *Ibidem*.

⁴⁷ Cf. *Ibidem*.

El principio de planeación debe irradiar todas las fases para el perfeccionamiento y liquidación de los contratos, con lo cual se impide la improvisación pues prevé una acción preventiva del daño antijurídico, lo cual refleja la importancia de establecer criterios de selección, de definición de las partidas presupuestales, diseños, pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado⁴⁸.

Sobre el particular, el Consejo de Estado dijo:

El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden⁴⁹.

De ahí la importancia de la selección del contratista y de la celebración de los correspondientes contratos con respeto del régimen jurídico a aplicar. Su ejecución y posterior liquidación deben ser ajenos a la improvisación, y resultado de una tarea programada y preconcebida que permita situar las actividades contractuales de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier

⁴⁸ Cf. *Ibidem*.

⁴⁹ Cf. CE 070012331000199900546-01, 28 de mayo de 2012, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

otro orden, diseñadas por las instancias del Estado con funciones planificadoras⁵⁰.

Por su parte, el principio de transparencia⁵¹ resguarda la imparcialidad y la selección objetiva del contratista. Su escogencia por regla general debe hacerse mediante licitación pública, con excepción de los casos previstos en la norma⁵².

Quiere decir lo anterior que el principio de transparencia está ligado al de selección objetiva, del cual deriva que la elección del contratista debe obedecer a razones de interés general para asegurar la oferta más favorable para la entidad, al margen de criterios subjetivos como la amistad, la conveniencia personal o el interés político.

En relación con este principio, la escogencia del contratista debe realizarse teniendo en cuenta la oferta más favorable a la entidad según los fines que se persigan, sin consideración de los mencionados criterios subjetivos⁵³.

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993, determina las excepciones para no optar por la licitación o concurso públicos, entre ellas la menor cuantía de las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, que se determina según el presupuesto anual de las entidades públicas, expresado en salarios mínimos legales mensuales.

⁵⁰ CE 15001233100019880843101-8031, 5 de junio de 2008, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

⁵¹ Artículo 24 Ley 80 de 1993.

⁵² Cf. C.E. 15234, 29 de agosto de 2007, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

⁵³ Cf. CSJ. SP. Rad. 30933 de 26 mayo 2010.

De acuerdo con el artículo 3 del Decreto 855 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, para cumplir con el deber de selección objetiva es menester la obtención previa de por lo menos dos ofertas, verbales o escritas, con la información necesaria del contrato. Incluso, la contratación directa está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos y procedimientos⁵⁴.

Por su parte, el párrafo del artículo 39 de la citada ley exceptúa de las formalidades plenas los contratos que no superan las cuantías allí delimitadas de cara a los presupuestos anuales de las entidades, evento en el cual las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien se delegó la ordenación del gasto⁵⁵.

Para finalizar, conviene poner énfasis en que el bien jurídico de la administración pública es polivalente, es decir, protege tanto la función, que corresponde a lo que puede denominarse expresión dinámica del bien jurídico, como los bienes de la administración, la concepción estática del mismo⁵⁶.

A partir de esta noción es posible afirmar que el bien jurídico de la administración pública se lesiona o pone en riesgo cuando se infringen los principios de igualdad,

⁵⁴ Cf. CE., 15234. *Ibidem*.

⁵⁵ Cf. CSJ. SP15528-2016. Rad. 40383.

⁵⁶ Cf. CSJ. SP2294-2019, radicado 47475 de 26 de junio de 2019.

imparcialidad, moralidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad, principios que como se dijo antes, sustentan el quehacer de la administración, se encuentran determinados en el artículo 209 de la Constitución Política, y en concreto en las normas específicas que los desarrollan, como la Ley 80 de 1993, y los Decretos 855 de 1994 y 2170 de 2002, aplicables a este caso por la época de comisión de la conducta⁵⁷.

Al decir de la Corte el tipo penal del contrato sin cumplimiento de requisitos legales ampara los principios fundamentales de la contratación con prescindencia del fin o detrimento económico. Por eso un contrato a pesar de ser favorable, puede ser ilegal, de tal manera que para su materialización basta que se transgredan los principios fundantes de la contratación oficial sin importar otras consecuencias.

En ese ámbito, el artículo 410 de la Ley 599 de 2000 está concebido en función de la protección, entre otros, del principio de transparencia y no del propósito económico. Por eso un contrato puede ser incluso beneficioso en términos económicos, pero igualmente ilegal, como ocurre cuando el proceso de selección se amaña con el fin de buscar la asignación del contrato a un particular mediante la exclusión de otros. Al obrar así, quien lo hace, irrumpe contra los principios de transparencia e imparcialidad, al excluir a otros de la oportunidad de acceder a la contratación pública en igualdad de condiciones y bajo las mismas oportunidades del beneficiado. Esa es la dimensión del injusto⁵⁸. (En ese mismo sentido: CSJ. SP3130-2021, radicado 58201 de 21 de junio de 2021).

⁵⁷ Cf. CSJ. SP2294-2019 *ibidem*.

⁵⁸ Cf. CSJ. SP2294-2019 *ibidem*.

Esta conducta típica, no recae en *cualquier* irregularidad en el proceso contractual. Las hipótesis de punibilidad sólo se contraen a la *tramitación, celebración y liquidación* del contrato, quedando por fuera de reproche penal del art. 410 del Código Penal, las anomalías presentadas en la fase de ejecución. De otra parte, no todo defecto conduce a realizar la descripción típica, pues la inobservancia de requisitos legales ha de serlo en relación con aquellos que se reputan *esenciales* (cfr. CSJ SP513-2018, rad. 50530 y SP17159-2016, rad. 46037). Además, en respeto del principio de legalidad, la atribución de responsabilidad no puede efectuarse a través de una genérica y abierta enunciación de *principios* de la contratación infringidos, sino que, con referencia a éstos, ha de identificarse el concreto precepto normativo y el mandato de conducta quebrantado por el servidor al tramitar, celebrar o liquidar el contrato, sin que sea dable aplicar una ponderación *ex post* y expansiva de tales principios, a fin de crear presupuestos no exigibles al funcionario a la hora de contratar (CSJ. SP3963-2017, rad. 40216)⁵⁹.

Bajo esta perspectiva son atípicas, de cara a los ingredientes normativos del art. 410 del C. P., reproches como: *(i)* inconsistencias en el manejo de los anticipos; *(ii)* las obras ejecutadas parcialmente no sirvieron para el fin previsto se fueron deteriorando hasta que fueron demolidas causándose un daño patrimonial. El primero corresponde a la etapa de ejecución, mientras el segundo no tiene relación con ninguna de las fases del contrato, es la consecuencia de la irregularidad en los procesos de contratación.

⁵⁹Cf. CSJ. SP-10382-020, radicado 52768 de 3 de junio de 2020.

Teniendo de presente este marco jurídico la Sala se adentrará en el examen, en específico, de los elementos del tipo penal en relación con la actuación de los acusados.

6.4.1 Tipo objetivo

6.4.1.1 Del contrato sin cumplimiento de requisitos legales respecto de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA en relación con el contrato 363 de 2007 y su adición

En armonía con la descripción normativa de esta conducta, para lograr una plena adecuación típica es necesario establecer que el sujeto activo cualificado, es decir, el servidor público, haya incumplido por lo menos uno de los requisitos esenciales o sustanciales en el trámite de un contrato, o lo hubiera celebrado o liquidado sin verificar su observancia, siempre que se hayan vulnerado dichos requisitos. La etapa de ejecución queda al margen de la prohibición penal contenida en el artículo 410.

En relación con el cargo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales la fiscalía acusó a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, porque como gobernador del departamento del Magdalena, tramitó los contratos 359 y 363 de 2007 sin el lleno de los requisitos legales esenciales que rigen la contratación de la administración pública.

Descartados los reproches genéricos y los carentes de relación con los elementos del tipo penal del artículo 410

ibidem, los hechos jurídicamente relevantes de la acusación concernientes al contrato 363 de 2007 y su adición se reducen a los siguientes: (i) adelantar el proceso contractual sin la previa licencia de construcción expedida por la curaduría; (ii) no contar con los estudios, diseños y cálculos necesarios para adelantar la obra; y, (iii) fraccionar el contrato⁶⁰.

Sobre la exigencia del requisito de la obtención previa de la licencia de construcción señaló la fiscalía que es el inciso 1 del artículo 10 del Decreto 564 de 2006 al definir el concepto de *reparación locativa* el que permite concluir, dadas las características de la obra, que previamente se requería de la obtención de este requisito, pues no se trataba de una reparación de estas características, en cuyo caso estaría exenta, sino de una obra de mayor envergadura que implicaba la *modificación*⁶¹ de su estructura, por tanto, de conformidad con el num. 1 del artículo 99 de la Ley 388 de 1997 era necesario obtenerla previamente.

En respuesta al cargo el defensor de INFANTE VERGARA puso de manifiesto que el proyecto originalmente concebido y contratado, tenía como propósito la impermeabilización de las filtraciones y la reposición de los equipos de tratamiento de aguas, lo que no impactaba su capacidad volumétrica, ni su diseño estructural que es el fundamento de la fiscalía para negar que la obra se reducía

⁶⁰ Cf. Resolución de acusación pág. 48.

⁶¹ Acorde con el num. 4 del art. 7 del Decreto 564 de 2006 se entiende por *modificación* de una edificación la variación de su diseño arquitectónico o estructural, sin incrementar su área construida.

a una reparación locativa, y por ende considerar que era menester la obtención de la licencia de construcción que a su vez constituye requisito esencial del contrato.

Para la defensa el objeto del contrato 363 de 2007 se ajusta al concepto de reparaciones locativas del artículo 10 del Decreto 564 de 2006, por lo que no era necesaria la licencia y, en consecuencia, su prohijado no incurrió en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales respecto del contrato 363 de 2007. Aún así no puede sostenerse que la obtención de la licencia se omitió deliberada o dolosamente porque como lo advirtieron los testigos citados, tanto él como estos consideraron que la licencia no era requisito para el desarrollo de la obra.

Visto lo anterior, el problema jurídico respecto de este asunto consiste en determinar: ¿si dadas las características de la obra de adecuación y reparación de la piscina olímpica era menester contar con la respectiva licencia de construcción o si, por el contrario, esta no era requisito para adelantarla? La solución entonces depende de establecer si de conformidad con las normas urbanísticas imperantes para la fecha de los hechos y las características de la obra contratada, exigían la referida licencia.

El artículo 1 del Decreto 564 de 2006 que regula lo atinente a la licencia urbanística, la define como la autorización previa, expedida por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente, para adelantar obras de urbanización, parcelación, loteo o subdivisión de

predios; de construcción, ampliación o adecuación, reforzamiento estructural, modificación, demolición de edificaciones, y para la intervención y ocupación del espacio público, en cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación adoptadas en el Plan de Ordenamiento Territorial, en los instrumentos que lo desarrollen o complementen y en las leyes y demás disposiciones que expida el Gobierno nacional.

El inciso primero del artículo 10 de la misma normatividad, define las *reparaciones locativas* o *mejoras locativas* como aquellas obras que tienen la finalidad de mantener el inmueble en las debidas condiciones de higiene y ornato sin afectar su estructura portante, su distribución interior, sus características funcionales, formales y/o volumétricas. No requerirán licencia de construcción las reparaciones o mejoras locativas a que hace referencia el artículo 8 de la Ley 810 de 2003 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya.

La cláusula primera del contrato 363 de 9 de noviembre de 2007, definió su naturaleza como contrato de obra de acuerdo con la definición del ordinal 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, cuyo objeto consistió en “la ejecución por parte del CONTRATISTA de las obras civiles para la construcción de la ADECUACIÓN Y REPARACIÓN DE LA PISCINA OLÍMPICA «JOSÉ BENITO VIVES DE ANDREIS» SANTA MARTA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, en las cantidades, precios, especificaciones técnicas y demás

condiciones consignadas en la propuesta del CONTRATISTA”⁶².

La cláusula tercera determinó como valor del contrato la suma \$259.702.808.25, de acuerdo con el plan de obra relacionado que describe las cantidades de obra con valores unitarios entre las que se cuentan como más relevantes: (i) trazado y replanteo; (ii) demolición de muros en concreto, (iii) demolición de enchape y piso en concreto; y (iv) “reforzamiento de andenes lado tribuna”.

Tomando en cuenta todo lo anterior, debe concluirse en consonancia con la fiscalía que, dadas las características de la obra contratada para la reparación y adecuación de la piscina olímpica estamos ante una obra de ingeniería que implicaba la intervención de la estructura de la piscina y, por tanto, no podía considerarse como una *reparación locativa* exenta de la licencia de construcción, de ahí la necesidad de que previamente se hubiera obtenido ésta, por tratarse de un requisito esencial del contrato.

La defensa alegó que se trataba de un proyecto de escasa complejidad destinado a sellar algunas grietas por donde se filtraba el agua y a la reposición de los equipos de tratamiento de aguas, lo que implicaba una inversión poco significativa para el departamento, propósito que se reflejó en la descripción del objeto del contrato 363 de 2007, este es, “adecuar y reparar” la piscina olímpica, lo que no impactaba

⁶² Cf. Contrato 363 de 2007 a folio 34 c. anexo núm. 1 de la Fiscalía.

su capacidad volumétrica, ni su diseño estructural, por tanto, se ubicaba dentro del concepto de reparación locativa y por ende no era menester la obtención previa de la licencia de construcción.

Tal conclusión, a juicio de la Sala es contraria a la verdadera naturaleza de la obra, pues, para empezar, su objeto consistió en la *adecuación y reparación* de la piscina, no en la simple reparación. Y de su descripción, según reza en el contrato 363 de 2007, se infiere la intervención de la estructura, pues ejecutarla implicaba la demolición de muros en concreto, del enchape y del piso también en concreto, lo que no puede considerarse una obra menor que se ajuste al concepto de reparaciones locativas en los términos del artículo 10 del Decreto 564 de 2006, en cuanto las define como “aquellas obras que tienen como finalidad mantener el inmueble en las debidas condiciones de higiene y ornato sin afectar su estructura portante, su distribución interior, sus características funcionales, formales y/o volumétricas. No requerirán licencia de construcción las reparaciones o mejoras locativas a que hace referencia el artículo 8° de la Ley 810 de 2003 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya”.

Esta clase de obras se caracteriza por estar destinadas básicamente a “mantener el inmueble en las debidas condiciones de higiene y ornato” sin intervenir su estructura sus características funcionales formales o volumétricas, por tanto, no requieren de licencia de construcción.

Sin embargo, tomadas en consideración las actividades a desarrollar en cumplimiento del contrato 363 de 2007, como allí reza, puede concluirse que desde la sola descripción de su objeto la obra no corresponde a la naturaleza de las reparaciones locativas. Nótese cómo se describe éste: “adecuación y reparación” de la piscina olímpica. Desde esta perspectiva y como lo define la Real Academia Española, adecuar es “*adaptar algo a las necesidades o condiciones de una persona o cosa*”, lo que significa que la obra desde el principio implicaba una modificación de la piscina olímpica, conclusión que se fortalece después de la lectura de su descripción en donde se indica, entre otros ítems, “trazado y replanteo”, “demolición de muros en concreto”, “demolición de enchape” y “demolición de piso en concreto”, además de un “fondo en concreto armado”, “paredes en concreto de 3000 psi armado” y “reforzamiento de andenes lado tribuna”. Esta descripción de la obra a su vez fue tomada del ítem “cantidades de obra” relacionadas en el capítulo 5 núm. “5.3 ANEXOS TÉCNICOS” núm. 1 “cuadro de cantidades de precios unitarios” de los términos de referencia CD-DM-042-07 del “ESTUDIO DE CONVENIENCIA” que aparece a folios 30 y siguientes del cuaderno anexo 2 de la Fiscalía.

Las características de la obra y su desarrollo quedaron plasmadas también en el informe de interventoría al contrato 363 de 2007⁶³, sin fecha, suscrito por el ingeniero Evaldo Mejía Villalobos –que concuerdan con la descripción de la obra indicada en el contrato– en el que, refiriéndose a las

⁶³C. anexo 1 Fiscalía a folio 110.

obras de la piscina olímpica, señaló: “dentro de las actividades desarrolladas se encuentra: trazado y replanteo, demolición de muros en concreto, retiro de material sobrante, demolición de enchape, demolición de piso en concreto, demolición de muro estructural con taladros neumáticos, fondo en concreto, paredes en concreto”.

Entonces, no se trataba, como lo pretende minimizar la defensa y el procesado, “de la impermeabilización de las filtraciones y reposición de los equipos de tratamiento de aguas” que no afectaba la capacidad volumétrica de la piscina ni su estructura, por el contrario, tal como inicialmente fue estructurado el contrato, desde el principio se sabía que su objeto iba más allá de unas simples reparaciones locativas o de filtración de agua, era necesario además solucionar su deterioro general, al menos es lo que claramente se infiere de la lectura del estudio de conveniencia⁶⁴ de la obra que en su numeral 1 al definir la necesidad de la contratación relacionada con la adecuación y reparación de la piscina olímpica, señaló:

Actualmente el escenario deportivo esta deteriorado en su globalidad, pero lo relevante es que la piscina tiene una filtración sobre el muro que da al foso de clavados, que produce pérdida de agua y por lo tanto incrementa los valores de los servicios de agua y luz. Igualmente, su placa andén se encuentra deteriorada en su hierro, lo cual es un peligro.

Debido a lo anterior, se evidencia claramente la necesidad de darle solución al problema de filtración y de deterioro general con el fin de conservar el escenario, porque este se constituye en el escenario para

⁶⁴ A folio 30 c. anexo Fiscalía núm. 2.

cumplir con el entrenamiento necesario para hacer una presentación acorde a los juegos nacionales. (Énfasis agregado)

De ahí que a continuación ese mismo estudio de conveniencia en su numeral 2 señale que, a efectos de satisfacer esa necesidad, *“la obra debe considerar armar un cofre de concreto que se levante alrededor de los muros existentes y demoler uno de los extremos con el fin de conservar las medidas reglamentarias, a nivel de fondo se construirá una placa armada de un espesor aproximado de 10 centímetros, se enchapará la totalidad del foso, se reforzarán andenes y se cambiarán las tuberías de inyectores y desagües”*⁶⁵, es decir, la obra contratada no se reducía a la reparación de unas filtraciones como lo pretende hacer ver la defensa.

Por tanto, no duda la Sala en sostener que su ejecución exigía previamente como requisito esencial del contrato la obtención de la respectiva licencia de construcción, en los términos del artículo 99 de la Ley 388 de 1997, num. 1, que exigía para la época la licencia expedida por los municipios para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación y demolición de edificaciones tal como bien lo señaló la fiscalía en sus alegatos de conclusión⁶⁶.

Del mismo modo lo concluyó el procurador delegado en su intervención en la audiencia al asegurar que la obra a adelantar en relación con la piscina olímpica “excedía una reparación simplemente locativa” y por esto la licencia de construcción no solo era un elemento del principio de

⁶⁶ Página 11 de los alegatos de conclusión a folio 799 cuaderno 5 de la Sala.

planeación sino un requisito de legalidad de acuerdo con la Ley 388 de 1997 y el Decreto 564 de 2007.

Esta conclusión, sin duda alguna se infiere de la contrastación de la naturaleza y alcance de la obra previstas en el contrato 363 de 2007 con las disposiciones normativas urbanísticas que regían para la época del contrato, de tal manera que los testimonios citados por la defensa como los de José Gregorio Sánchez Pinedo⁶⁷, secretario de infraestructura; Evaldo Mejía Villalobos⁶⁸, funcionario de esa Secretaría e interventor de la obra; Juan Fernando Arias Cardona⁶⁹, representante legal de TECNOAGUAS y Sara Inés Lozano⁷⁰, representante legal de la UNIÓN TEMPORAL VALA INGENIERIA, adjudicataria del contrato 363 de 2007, e incluso del mismo inculcado en su indagatoria⁷¹, que prohíjan la tesis de que la obra sobre la piscina se reducía a unas reparaciones locativas; carecen de relevancia frente a la contundencia del argumento normativo y, en ese orden de ideas, no alcanzan a desvirtuar el cargo.

En síntesis, para la Sala es incontrovertible que las características de la obra proyectada en el contrato 363 de 2007, relacionada con la adecuación y reparación de la piscina olímpica no la ubicaban dentro del concepto normativo de reparaciones locativas, pues de acuerdo con la

⁶⁷ CD a folio 16 c. 4 Fiscalía. Acta a folio 14 *ibidem*.

⁶⁸ CD a folio 16 c. 4 Fiscalía. Acta a folio 5 *ibidem*.

⁶⁹ CD a folio 16 c. 4 Fiscalía. Acta a folio 13 *ibidem*

⁷⁰ CD a folio 502 c. 3 Sala. Acta a folio 478 vto. *ibidem*

⁷¹ Cf. indagatoria de INFANTE VERGARA, c. 1 Fiscalía a folio 119. CD a partir de 12:42.

descripción plasmada en el estudio de conveniencia⁷²; la adecuación de la piscina exigía la modificación de la estructura y por ende la necesidad de la licencia de construcción, de tal manera que la omisión del cumplimiento de este requisito ubica la conducta dentro del marco del artículo 410 del Código Penal.

En lo relacionado con el segundo reproche, este es, la violación del principio de planeación por la ausencia de diseños, planos y cálculos, la fiscalía explicó básicamente que se trata de un hecho reconocido por el exgobernador INFANTE VERGARA al aceptar que él mismo elaboró a mano un boceto del plano que le fue entregado al interventor para hacerle seguimiento a la obra, hecho que corrobora éste desde el primer informe que rindió en noviembre de 2007 y que le permitió concluir la omisión de este requisito esencial de los contratos previsto en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Frente a este cargo el defensor afirmó que en la carpeta del contrato 363 de 2007, obra el “*estudio de conveniencia del objeto a contratar*” consistente en “*la adecuación y reparación de la piscina olímpica José Benito Vives de Andreis en Santa Marta, Magdalena*”, que contiene un análisis de conveniencia de reparar la piscina; un acápite que define la necesidad; la definición técnica de la forma en que se puede satisfacer el requerimiento de contratar la adecuación de la piscina incluidas las especificaciones técnicas del proyecto;

⁷² Folio 30 c. anexo 2 Fiscalía

dentro de los anexos del pliego de condiciones o términos de referencia obran las especificaciones técnicas de la construcción con bosquejos y cálculos para realizar las reparaciones; las condiciones de ejecución del contrato tales como objeto, plazo y lugar de la obra y modalidad de contratación, soporte técnico del valor del contrato y análisis de riesgos y garantías a constituir, además de un anexo donde se amplían los requerimientos de orden técnico, económico y jurídico, estudios que fueron entregados a los encargados de la ejecución del contrato tal como lo acreditan los testimonios rendidos en el proceso de responsabilidad fiscal de Evaldo Alexis Mejía, José Gregorio Sánchez Pinedo, Sara Inés Lozano, Virginia Isabel Bustamante Cifuentes y Jaime Manuel Cárdenas González, asesor jurídico de la administración que le sucedió.

Este proyecto de adecuación y reparación de la piscina olímpica fue registrado en el Banco de Programas y Proyectos de Inversión Departamental habiéndose revisado los aspectos técnicos, institucionales, socioeconómicos, ambientales y financieros y establecida su viabilidad, según lo certificó Álvaro Cañate, jefe de la Oficina Asesora de Planeación Departamental el 25 de septiembre de 2007.

En este segundo cargo el problema jurídico radica en determinar: si el proyecto de obra del contrato 363 contó con los planos, diseños y cálculos requeridos conforme a los términos del num. 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y al principio de economía.

Por virtud de este principio, la norma citada de acuerdo con su redacción vigente para la época de los hechos, obligaba a la entidades públicas a que *“con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia”*, y establecía como una excepción a esta regla los casos en los que el objeto de la contratación consistía en la construcción o fabricación con diseños de los proponentes, que no es el caso.

Aunque el defensor se esfuerza por enumerar una serie de documentos relacionados con los estudios de conveniencia efectuados con los que al parecer pretende desvirtuar este cargo, lo cierto es que revisados los términos de referencia del proyecto⁷³, no aparece un ítem dedicado a las especificaciones técnicas para la ejecución de la obra, ni diseños y en opinión de la Sala, tal como se señaló en el informe pericial IP 0006728170 de 22 de septiembre de 2021 suscrito por el Profesional Investigador II del CTI, Edwin Alexander Anaya Jerez⁷⁴, el boceto elaborado a mano por el exgobernador INFANTE VERGARA, no supe los estudios técnicamente efectuados de acuerdo con las Normas Colombianas de Diseño y Construcción Sismo Resistente (NSR-98) que éste aplica. Ahora, conviene indicar que unos son los estudios de conveniencia y otro bien distinto, los diseños, planos y cálculos estructurales de la obra a realizar que son la base para la elaboración de los términos de

⁷³ C. anexo original 2 Fiscalía a folios 30 y siguientes.

⁷⁴ Cf. folio 710 c. 4 Sala.

referencia y del pliego de condiciones. En este caso, lo que se reprocha es precisamente lo segundo, es decir, la ausencia de diseños, planos y cálculos estructurales técnicamente elaborados, necesarios para el desarrollo de la obra que deberían formar parte del estudio de conveniencia.

De la falta del correspondiente estudio técnico de ingeniería para establecer la clase de trabajo a realizar, contrario a lo sostenido por la defensa, da cuenta el interventor Evaldo Mejía Villalobos tanto en sus informes de interventoría o requerimientos como en sus versiones y testimonios rendidos con ocasión de este asunto, en los que pone de manifiesto que para el seguimiento de la obra solo le fue entregado un boceto elaborado a mano por el exgobernador.

Es así como mediante oficio del 11 de marzo de 2008⁷⁵ dirigido al secretario de infraestructura de entonces, Fabián Saumett Pacheco, refiriéndose al contrato de obra 363, indicó que éste *“(...) se inició con las demoliciones de enchape existente, muros en concreto y piso en concreto, así como la instalación del acero de refuerzo para el fondo y muros, lo anterior basados en indicaciones del gobernador de entonces, Dr. FRANCISCO INFANTE VERGARA, sin que existiera diseño estructural escrito el cual quedó en ser suministrado por el doctor INFANTE sin producirse el mismo”*.

En ese mismo oficio, más adelante señaló que al ser requerido el exgobernador para que los entregara este le manifestó que *“no tenía un documento escrito al respecto y manifestó*

⁷⁵ C. anexo 1 fiscalía a folio 87.

la necesidad de contratar a un ingeniero calculista con el fin de solicitar concepto estructural (...)”.

Del mismo modo en su informe de interventoría⁷⁶, sin fecha, sobre el desarrollo de la obra del contrato 363 de 2007, aclaró que *“esta interventoría no recibió para el seguimiento de la obra planos, cálculos estructurales y otros elementos de diseño, sino un esquema a «mano alzada» por parte del gobernador encargado, doctor FRANCISCO INFANTE, en donde se indicaba que los trabajos a ejecutar consistían en construcción y enchape de muros y piso en concreto de la piscina olímpica adheridos a los muros piso existentes mediante barras de anclaje”*.

Este hecho fue ratificado testimonialmente por el interventor Mejía Villalobos en su declaración de 20 de junio de 2018, ante la Dirección Seccional de Fiscalías de Santa Marta⁷⁷ en la que reiteró que no le fueron suministrados diseños, planos ni cálculos estructurales para hacerle seguimiento a la obra del contrato 363, sino un esquema a “mano alzada” hecho por el gobernador INFANTE VERGARA. Incluso, más adelante explicó la ausencia de estos estudios técnicos porque éste consideró que se trataba de unas reparaciones locativas “sencillas” que podían hacerse con las indicaciones que en su momento él impartió y con un presupuesto que él elaboró y unas especificaciones que suministró para ese tipo de obra que era un “revestimiento” de paredes y de piso que no exigía de un “estudio profundo” según su experiencia como ingeniero estructural⁷⁸.

⁷⁶ A folio 172 c. anexo 1 Fiscalía.

⁷⁷ A folio 5 c 4 Fiscalía. CD a folio 16 *ibidem* a partir de 17:35.

⁷⁸ *Ibidem* a partir de 30:22.

Es más, el mismo procesado en su indagatoria⁷⁹ reconoció la ausencia de estudios técnicos estructurales en el proyecto de la piscina olímpica justificando el hecho con el argumento de que desde el punto de vista de la ingeniera se trataba de una obra “muy sencilla”, “muy trivial”. Incluso reconoce que fue uno de los “errores” que cometió por ahorrarle al departamento un estudio que le costaría veinte o veinticinco millones como ingeniero calculista que es, en papel y lápiz dio la solución que era sencilla y con esos planos se abrieron “dos licitaciones”, una para el suministro e instalación de unos equipos nuevos y, la otra “simple y llanamente” para impermeabilizar la piscina que era un revestimiento de 12 cm por todos los lados, justificación que contradice la evidencia contenida en el estudio de conveniencia de la obra y en el propio texto del contrato 363 de 2007 que da cuenta de que se trataba de una obra de una mayor complejidad de la que pregonó.

Es más, es la misma representante legal de la unión temporal adjudicataria, Sara Inés Lozano Pérez⁸⁰, quien confirmó que no le hicieron entrega de los estudios mencionados al señalar: *“No, a nosotros se nos entregó fueron las especificaciones técnicas y el plano de lo que se iba a construir, pues era simplemente lo que necesitabas (sic) para construir ese vaso necesitabas (sic) saber era cuánto hierro llevaba, el concreto, las dimensiones de esas nuevas paredes que se iban a fundir, pero no necesitabas ese plano topográfico del lugar porque era algo muy sencillo, o sea con eso*

⁷⁹ CD a folio 119 c. 1 Fiscalía a partir de 17:30

⁸⁰ Declaración de 22 de febrero de 2021 ante Tribunal Superior de Santa Marta por comisión de la Sala en CD transcripción a folio 502 c. 3 Sala.

bastaba". Sin embargo, a continuación reiteró que no le fueron suministrados y que eso le competía a la gobernación.

Este hecho es igualmente corroborado por el también procesado DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, sucesor de INFANTE VERGARA, quien en su indagatoria sostuvo que cuando ingresó a la gobernación del Magdalena en el año 2008 encontró que las obras sobre la "piscina olímpica de competencias", se iniciaron sin un sustento legal de ingeniería y arquitectura adecuados por falta de planos, diseños hidráulicos y estudios de sismorresistencia que debieron haberse efectuado en la etapa precontractual, lo que generó una problemática que le tocó enfrentar durante su administración.

En ese orden de ideas, pese a la insistencia de la defensa, del procesado INFANTE VERGARA, del interventor Mejía Villalobos y de la representante legal de la firma contratista, lo cierto es que, como lo señaló la fiscalía, la obra careció de los obligados estudios de diseño y cálculos estructurales en los términos del num. 12 del artículo 25 que la Ley 80 de 1993 establece como requisitos de la esencia de los contratos estatales.

De acuerdo con dicha norma, a excepción de los casos en que el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes, *"con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones o términos de*

referencia”, que en todo caso, en sentir de la Sala, no se suplen con un improvisado boceto de las características de la obra como lo pretende la defensa.

Los estudios previos, entre los que se cuentan los diseños, son un paso necesario para el buen pronóstico de la obra que determinan los requerimientos del pliego de condiciones o los términos de referencia en que deberá desarrollarse, a fin de evitar problemas durante su ejecución y asegurar su correcta planificación.

En relación con la necesidad de unos estudios previos serios y completos como presupuesto de legalidad de los contratos estatales, el Consejo de Estado en pronunciamiento de 20 de octubre de 2014⁸¹, sostuvo:

La Ley 80 de 1993 establece los principios generales y reglas fundamentales para la contratación pública, de esta manera ofrece los elementos de selección que permiten escoger el mejor ofrecimiento para cumplir los fines estatales en materia contractual. En este mismo sentido la jurisprudencia ha registrado que una apropiada selección del contratista ayuda al buen desarrollo de la función administrativa, la cual debe hacerse con criterios objetivos y en concordancia con los principios que rigen la contratación pública, artículos 23 y 24 del estatuto de contratación administrativa.

De esta manera todos los procesos contractuales deben estar condicionados a lo establecido por los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, es decir a los principios generales de la contratación, como lo son el de planeación, economía, publicidad y selección objetiva del contratista, que obligan a la administración a garantizar transparencia durante el proceso de selección del interesado, lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido.

⁸¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “A” radicación núm. 11001-03-25-000-2012-00762-00 (2520-12) C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

En ese orden de ideas, el principio de planificación en materia contractual es uno de los pilares que se convierte en un elemento primordial, pues es a partir de este que se racionaliza el gasto público, por lo tanto, debe estar precedido de un conjunto de estudios dirigidos a establecer su viabilidad técnica y económica y el impacto social. Es así como debe existir una sólida justificación del gasto con el objeto de optimizar el manejo de los recursos estatales.

En tal virtud, con anterioridad a la apertura del proceso de selección del contratista, la entidad contratante debe elaborar los estudios previos necesarios que permitan establecer la conveniencia, las necesidades y los servicios o los bienes que pretenda contratar.

Al respecto el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, ordena que “con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones”. (Negrillas de la Sala). A su turno, el inciso segundo del numeral 1 del artículo 30 de la Ley 80 dispone que “de conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.

Y, finalmente, concluyó, que la ausencia de estudios previos viola principios generales de la contratación:

*De esta manera queda claro para la Sala que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación, pues resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis **suficientemente serios y completos**, antes de iniciar un proceso contractual. El desconocimiento de este deber legal por parte de las entidades públicas de llevar a cabo los estudios previos, vulnera los principios generales de la contratación, en especial el de planeación y con él los de economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, entre otros⁸². (Negrilla original)*

⁸² Consejo de Estado *ibidem*.

En relación con los estudios previos como requisitos de los contratos estatales, la Sala de Casación Penal⁸³, ha venido señalando:

La planeación como principio contractual está previsto como parte integral de los principios de economía y responsabilidad, al tenor de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, artículos 25, numerales 7 y 12, y 26 numeral 2, según los cuales, es una obligación analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, así como la de elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, pliegos de condiciones o términos de referencia con antelación al trámite de selección del contratista o a la firma del contrato. Además, sobre los términos de referencia, el numeral 5° del artículo 24 de la citada normatividad indica cuál debe ser su contenido, dentro del cual, se han de establecer las reglas de adjudicación de los contratos, según el numeral 6° ibidem.

A este respecto, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 ordena que los presupuestos y requisitos contractuales deben cumplirse con anterioridad a la apertura de los procesos licitatorios o invitaciones a proponer, y en todo caso, nunca después de la suscripción de los contratos.

Sobre la importancia del principio de planeación en la contratación estatal, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que:

Es grande la trascendencia que alcanza el requisito de planeación, porque con él se pretende obtener una sólida justificación del gasto público y un manejo óptimo de los recursos financieros del Estado, tal como lo sostuvo el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento:

La planeación constituye una fase previa y preparatoria del contrato, que determina su legitimidad y oportunidad para la consecución de los fines del Estado y permite políticamente su incorporación al presupuesto por cuanto la racionalidad de los recursos públicos implica que todo proyecto que pretenda emprender la Administración Pública debe estar precedido de un conjunto de estudios dirigidos a establecer su viabilidad técnica y económica, así como el impacto social que ésta tenga en la satisfacción de las necesidades públicas. Se trata de obtener una sólida justificación del gasto público con el objeto de lograr un manejo óptimo de los recursos financieros del Estado.

⁸³ CSJ. SP6809-2016, radicado 40605 de 25 de mayo de 2016.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido repetidamente⁸⁴ que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable, antes de asumir compromisos específicos en relación con los términos de lo que podrá llegar a ser un contrato y por supuesto mucho antes de su adjudicación y consiguiente celebración, la elaboración previa de estudios y análisis serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos y análisis técnicos; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de los contratos, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras y servicios que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores y constructores profesionales que estén en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar⁸⁵ (CSJ SP, mayo 6 de 2009, Rad 25495).

Como consecuencia del análisis anterior ha llegado la Sala a la conclusión de que ciertamente durante el trámite precontractual del contrato 363 de 2007 se omitió la obligada elaboración técnica de los diseños, planos y proyectos

⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp.14287 y Sentencia de agosto 29 de 2007.

⁸⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, radicado 16103.

requeridos de la obra contratada con clara vulneración de los principios de planeación, economía y responsabilidad, hasta el punto de que finalmente el proyecto fracasó con las ya conocidas consecuencias, incumpléndose así los requisitos legales esenciales en la fase de la tramitación de dicho contrato.

En relación con el tercer cargo, concerniente al procedimiento de selección del contratista afirmó la fiscalía que la administración estaba obligada a convocar una *licitación pública* dado el costo unitario de la obra que surge de la suma de los valores del contrato 363 de 2007 y de su adición, cuyo resultado \$340.211.850.75, superaba la menor cuantía para contratar directamente, prevista para entonces en un máximo de \$260.219.999⁸⁶, con lo que se vulneraron los principios de economía, responsabilidad, transparencia y planeación y por contera se incurrió en un *fraccionamiento* que soslayó no solo la licitación pública, sino la obligación de designar un interventor independiente de la entidad contratante y del contratista, lo que atentó contra el principio de transparencia. De este mismo argumento hizo eco el ministerio público para considerar la materialidad del fraccionamiento por evidenciarse una unidad de objeto entre el contrato 363 de 2007 y su adición.

Frente al *fraccionamiento* la defensa acude a la definición doctrinal y a la del Consejo de Estado para señalar que deben concurrir una serie de circunstancias tales como

⁸⁶ Cf. Circular 001 de 2007 de la Secretaría Jurídica de la Gobernación a folio 24 c. anexo 2 Fiscalía.

el ánimo de evadir el proceso licitatorio público y la existencia de más de un proceso de contratación con un mismo objeto, lo que no ocurre en este caso en el que se previó la menor cuantía dada la magnitud de la obra inicialmente concebida, pero, del mismo modo como también lo adujo el acriminado en su indagatoria, la necesidad de adicionar el contrato surgió después por recomendación de la Federación Colombiana de Natación para ajustar la piscina a las medidas reglamentarias internacionales, tratándose de un “hecho sobreviniente” o “caso fortuito” o un “imprevisto” que impuso la adición del contrato, la cual cumplió todos los requisitos de ley en cuanto se hallaba vigente el contrato original, se ampliaron las garantías y su cuantía no superó el cincuenta por ciento. Además, afirma su poderdante no estuvo al tanto de la adición por encontrarse gozando de un permiso para ese tiempo.

No obstante, una vez revisado el acervo probatorio ha llegado la Sala a la conclusión de que al igual que los dos anteriores cargos le asiste razón a la fiscalía en la formulación de este, porque contrario al argumento defensivo, una cuidadosa lectura del contenido del estudio de conveniencia⁸⁷, permite afirmar que desde el principio se consideró la necesidad de que la intervención proyectada a la piscina se hiciera respetando las medidas reglamentarias de las piscinas olímpicas, de tal manera que, por lo mismo, no puede estimarse la “recomendación” de la Federación Colombiana de Natación como un hecho imprevisto o

⁸⁷ A folio 30 c. anexo 2 Fiscalía.

sobreviniente que hiciera necesaria la adición, pues ya dicho asunto había sido contemplado desde el estudio de conveniencia, por tanto, en el contrato 363 de 2007 debió involucrar la obra adicional, asignando un solo valor que, desde luego, superaba el máximo previsto en el departamento en el año 2007 para contratar directamente, de acuerdo con la circular 001 de 2007 de la secretaría jurídica de la gobernación deducida de las cuantías determinadas en la Ley 80 de 1993, que para la fecha de los hechos ya las consagraba en su artículo 24 numeral 1° literal a, y no de la Ley 1150 de 2007 que no regía para ese momento. Esta ley no las estableció, solamente las modificó.

En efecto, en dicho documento, luego de definir la necesidad que se pretendía satisfacer con la obra, en el numeral 2 siguiente denominado “DEFINICIÓN TÉCNICA DE LA FORMA EN QUE LA GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA PUEDE SATISFACER SU NECESIDAD”, describió la forma en que debería implementarse la obra, de la siguiente manera: *“Por ello, el Departamento requiere de iniciar acciones para contratar la **adecuación de la piscina olímpica**. La obra debe considerar en armar un cofre de concreto que se levante alrededor de los muros existentes y demoler uno de los extremos con el fin de conservar las medidas reglamentarias, a nivel de fondo se construirá una placa armada de un espesor armado (sic) de 10 centímetros, se enchapará la totalidad del foso, se reforzarán los andenes y se cambiarán las tuberías de inyectoras y desagües”.* (Negrillas originales) (Subraya la Sala).

Este hecho es incluso reconocido por el procesado en su indagatoria en la que señaló que el contrato 363 de 2007

contemplaba el “rompimiento de la pared sur”⁸⁸, obra que coincide con el objeto de la adición 1 al contrato 363 de 2007⁸⁹, consistente éste en la “demolición de muro estructural”, o sea que, dada esta circunstancia, resulta inadmisibles tener como un imprevisto la obra adicional, pues ambos casos contemplaban la *demolición* o *rompimiento* de uno de los muros de la piscina a intervenir.

Entonces, si desde el estudio de conveniencia se previó la necesidad de demoler uno de los muros para “conservar las medidas reglamentarias”, resulta inadmisibles la argumentación defensiva de calificar como un hecho “imprevisto” o “sobreviniente” o “caso fortuito”, como lo denomina el defensor, la observación de la FECNA de 30 de noviembre de 2007⁹⁰ a escasos días de suscrito el contrato 363 de 2007, que además no va dirigida a la gobernación, sino a la Liga de Natación del Magdalena, que “impuso” la obligación de adicionar el contrato, cuando ya antes, desde el estudio de conveniencia se había determinado la necesidad de conservar las medidas reglamentarias de la piscina olímpica.

Es más, si se compara la descripción de la obra del contrato 363 de 2007 plasmada de modo general en el estudio de conveniencia⁹¹ y de manera particular en los términos de referencia⁹², con la prevista en la adición del

⁸⁸ Cf. Indagatoria CD a 19:45 en adelante.

⁸⁹ Cf. C. anexo 1 fiscalía a folio 42.

⁹⁰ Cf. folio 121 c. anexo 1 fiscalía.

⁹¹ Folio 30 c. anexo 2 fiscalía

⁹² A folio 94 c. anexo 2 fiscalía.

contrato; se advierte que lo único que cambia son algunas cantidades de obra, como por ejemplo, la demolición de muros en concreto pasa de 18.75 m³ a 70 m³, fondo en concreto armado se aumenta en 10.50 m³ y el anclaje epóxico 1.5/m² de 2.415 unidades se amplía en 2.315 unidades más.

El informe de policía judicial 10-120138 de 23 de noviembre de 2017⁹³, suscrito por un arquitecto y un contador del CTI, al referirse a unos valores cancelados sin soporte técnico, concluyó que atendido el objeto del contrato 363 de 2007 previsto en la cláusula segunda y la descripción de la obra en la cláusula tercera *“esto incluiría los ítems suscritos en el adicional núm. 1 del contrato 363”*. Es decir, no hay duda de que fueron los mismos ítems.

Así las cosas, es dable concluir que si la obra adicionada (demolición de un muro) estuvo prevista desde un comienzo, la adición no resultó más que un subterfugio para aumentar la cuantía de la contratación a su nivel real, pues de haberlo hecho antes, se aumentaba su valor y hacía imperiosa la obligación de tramitar una licitación pública, que era lo que no se quería, siendo patente el fraccionamiento del contrato por tener, como lo señala el ministerio público, unidad de objeto y, además, dadas las circunstancias concretas advertidas, su división no obedeció a criterios razonables de interés público, sino a la voluntad de soslayar la licitación pública y asignar la contratación directamente con el fin de favorecer intereses particulares.

⁹³ C. 1 fiscalía a folio 221 y siguientes.

En relación con la figura del fraccionamiento la jurisprudencia⁹⁴ ha descrito sus características, así:

Acerca de la figura del fraccionamiento contractual como mecanismo encaminado a evadir el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para los contratos estatales, sostuvo esta Sala en la sentencia CSJ. SP, dic. 2 de 2008, rad. 29285, que “se verifica cuando la administración de manera artificiosa deshace la unidad natural del objeto con miras a sustraerse del procedimiento contractual que debía llevar a cabo, adelantando en cambio dos o más contratos a través de trámites menos estrictos, práctica que indudablemente riñe con las normas que gobiernan la contratación estatal, particularmente con los principios de transparencia y selección objetiva.

De la misma forma, en la sentencia SP, nov. 28 de 2007, rad. 26857 estimó la Corte que el fraccionamiento se configura cuando «la administración para eludir el procedimiento de licitación pública, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas». En esa misma providencia se determinaron, a su vez, los presupuestos que caracterizan esa práctica, señalando que «[E]n su demostración, deben confluir las circunstancias siguientes: i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así, ii) determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues sólo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública.

Por su parte el Consejo de Estado definió las prestaciones adicionales como aquellas que “no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución en determinadas circunstancias resulta necesaria”⁹⁵.

⁹⁴ CSJ. SP3963-2017, radicado 40216 de 22 de marzo de 2021.

⁹⁵ Sentencia de la Sección Tercera del 15 de julio de 2004, expediente 1164-02 (AP). C.P. María Elena Giraldo Gómez.

También precisó el Consejo de Estado⁹⁶ que *“otra forma de fraccionar el contrato y que constituye una conducta contraria al principio de transparencia, es cuando frente a un único contrato la entidad pública lo fracciona, en contrato principal y sus adicionales, subestimando el valor del contrato inicial con el fin de que la cuantía no supere los montos señalados en el literal a) del artículo 24 de la Ley 80 del 93 para así contratar directamente”*. Es decir, esta conducta se presenta cuando la administración sabiendo, *ex ante*, que el valor del contrato supera la menor cuantía lo que implica iniciar licitación pública, celebra un contrato principal e inicial por un monto menor con el fin de contratar directamente para posteriormente mediante adiciones al contrato principal ajustar el valor del contrato, de ahí que no resulte de recibo la tesis de la defensa de INFANTE VERGARA que niega la existencia del fraccionamiento por tratarse de un solo contrato”.

En efecto, no le asiste razón al argumentar que se trata de un solo contrato y no dos o varios, pues, en este caso, el principal se divide, no en dos, sino en un solo contrato pero posteriormente se adiciona con una obra de antemano prevista, pero que en principio se omite para presentar reducido su valor. Como aquí, el primero se hizo por un valor inferior que no sobrepasó el monto de la contratación directa, y luego, convenientemente se adicionó para ajustar su valor, eludiendo así el proceso de licitación pública.

Vistas así las cosas, no queda duda de que en esta oportunidad se dan los presupuestos para inferir con certeza

⁹⁶Sentencia de la Sección Tercera del 15 de julio de 2004, *ibidem*.

la existencia de un *fraccionamiento* de contrato, promovido con el fin de eludir el proceso de licitación pública que por razón de la cuantía real de la obra correspondía adelantar.

En relación con las otras presuntas irregularidades, como: (i) las inconsistencias en el presupuesto, particularmente entre los diseños; (ii) el análisis de precios unitarios y lo finalmente contratado; (iii) inconsistencias en el manejo de “los anticipos” de los “contratos 359 y 363 de 2007 y su adición”, que en últimas refiere solamente al contrato 363 de 2007 y algunas cantidades especificadas en la cláusula tercera; (iv) los errores en la numeración de la Resolución 911 de 23 de octubre de 2007 que ordena la apertura de contratación directa núm. CD-DM-042-07 para el suministro y adecuación del sistema de tratamiento de agua de la piscina olímpica, pero al adjudicarlo con Resolución 876 de 8 de noviembre a TECNOAGUAS lo hace con el núm. CD-DM-043-07 y en el contrato 363 de 2007 que, mientras la apertura de la contratación directa la hace con el núm. CD-DM-041-07, la adjudica con el núm. CD-DM-042-07; son irregularidades que de llegar a comprobarse, como lo viene sosteniendo la Corte en la decisiones antes citadas, carecen de relevancia penal de cara al delito del artículo 410 del Código Penal que como se sabe dice relación con el incumplimiento de *los requisitos legales esenciales* en las tres etapas tipificadas de trámite, celebración o liquidación, lo que significa que no cualquier irregularidad por probada que esté implica la comisión de este punible, lo mismo que aquellas que se presenten en la fase de ejecución las cuales escapan al control del tipo penal citado.

La dinámica de los hechos y su secuencia lógica impiden a la Sala, como equivocadamente lo hace la fiscalía⁹⁷ atribuirle a este procesado el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales en la modalidad de celebración sin verificar el cumplimiento de estos, en razón a que en la acusación no se argumentó ni probó esta circunstancia, su esfuerzo se limitó a demostrar que la contratación se adelantó sin acatar las normas y principios de la contratación pública en el trámite.

Aunque la Fiscalía en la resolución de acusación le atribuyó a INFANTE VERGARA como forma de participación la coautoría con el argumento de que “actuó mancomunadamente con los demás miembros del gabinete departamental que intervinieron en la tramitación de los contratos y contratistas”⁹⁸, sin más razonamientos o análisis que justifiquen su afirmación, la Sala advierte que del acervo probatorio no se infiere, y la acusación tampoco lo explica, la existencia de elemento de juicio alguna que demuestre la existencia de un acuerdo común previo entre las personas señaladas de intervenir en virtud del cual cada coautor se compromete a desempeñar un rol necesario para la concreción del plan previsto de tal forma que cada coautor tiene dominio sobre el hecho en unión de los demás, razón por la cual la Sala, atendiendo que tal circunstancia no aparece demostrada y que la pena prevista para el autor y coautor es la misma de acuerdo con los términos del artículo 29 del Código Penal y que por tanto su cambio no violaría el

⁹⁷ A folio 47 resolución de acusación.

⁹⁸ Cf. Pie de página a folio 63 de la resolución de acusación.

principio de congruencia ni afectaría las garantías fundamentales del procesado, lo condenará en calidad de autor.

6.4.2 Del tipo subjetivo

En los términos del artículo 22 de la Ley 599 de 2000, la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción (aspecto cognitivo) y quiere su realización (aspecto volitivo). Lo mismo cuando la realización de la conducta es prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

De acuerdo con dicha definición la ponderación integral de los medios de prueba transmite a la Sala la certeza de la configuración del dolo en el comportamiento de INFANTE VERGARA, como quiera que siempre fue consciente de que tramitaba el contrato 363 de 2007 sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales y aun así quiso su realización. Para la Sala es claro que no sólo conocía los elementos integrantes del tipo objetivo del delito, sino que voluntariamente decidió llevarlo a cabo.

Dadas sus condiciones personales y de formación profesional como ingeniero civil y su amplísima experiencia en el área como el mismo lo reconoce, además de su condición de gobernador, es razonable inferir sin ninguna duda que previamente a adelantar el trámite contractual sabía que por tratarse del manejo de recursos públicos, la contratación oficial exige un riguroso cumplimiento de

trámites y requisitos técnicos necesarios para su gestión, de tal manera que no puede ponerse en cuestión que tenía absoluto conocimiento de la necesidad de agotar todo el proceso exigido por la ley de contratación pública vigente, para llevar a término el contrato de obra 363 de 2007.

Ahora, el conocimiento de los elementos integrantes del tipo objetivo no involucra una comprensión técnica o completa de estos, basta la conciencia que una persona normal pueda tener sobre las consecuencias de sus actos que le permitan representarse la posibilidad de la comisión del ilícito.

Revisado el acervo probatorio, no puede ponerse en duda que INFANTE VERGARA, atendida su formación como ingeniero civil y con amplísima experiencia en el área de la construcción reconocida por él en su indagatoria⁹⁹, sabía que la naturaleza y características de la obra requería de licencia, pues como se dijo atrás al hacer referencia al tema, no se trataba de una simple reparación locativa, sino de una obra que implicaba entre otras acciones, la modificación de la estructura de la piscina, según se desprende del estudio de conveniencia¹⁰⁰ elaborado para tal propósito, donde se determina entre otras, la demolición de uno de los muros extremos con el fin de conservar las medidas reglamentarias de la piscina, lo que desvirtúa el carácter de simple reparación locativa e imponía el deber de la obtención previa de la licencia, hecho que permite desestimar el argumento de

⁹⁹ CD a folio 119 c. o. Fiscalía

¹⁰⁰ Cf. Folio 30 c. anexo 2 Fiscalía en el ítem 2: “DEFINICIÓN TÉCNICA”.

la defensa técnica en cuanto pretendió desvirtuar la presencia del dolo sobre la base de que el procesado como algunos de los deponentes consideraron que no era necesaria la obtención de la licencia por la simplicidad de la obra, porque dadas su amplia experiencia y formación profesional como ingeniero calculista gozaba de un conocimiento profundo sobre obras de ingeniería y por tanto sabía claramente de la necesidad de la obtención de la licencia de construcción. En eso no podía equivocarse.

También tenía por qué saber que para adelantar una obra de estas características requería de unos diseños, planos y estudios técnicamente elaborados de la obra, a fin de tenerlos a disposición del constructor para el seguimiento y verificación de su cumplimiento, para lo que no bastaba el “diseño” elaborado a mano por él, incluso a pesar de su condición de ingeniero civil y de su especialidad como calculista. Obsérvese cómo el primero en echar de menos los diseños fue el propio interventor Mejía Villalobos, quien en el informe presentado el 11 de marzo de 2008¹⁰¹ dejó constancia de que lo hacía basado en las “indicaciones” del gobernador INFANTE VERGARA, *“sin que existiera diseño estructural escrito el cual quedó en ser suministrado por el doctor INFANTE sin producirse el mismo”*, dando a entender la dificultad que se presentaba para hacerle seguimiento al desarrollo de la obra, hasta el punto de verse en la obligación de sugerir en el mismo informe un *“concepto técnico patológico al Laboratorio Integrado de Ingeniería Civil de la Universidad del Magdalena con el fin de verificar el estado real de los elementos estructurales ya existentes y*

¹⁰¹ Cf. Folio 87 c. anexo 1 Fiscalía.

conformantes de la piscina a intervenir”.

En síntesis, el procesado por su experiencia, dadas las características de la obra, sabía de la necesidad de dichos estudios para adelantarla y evitar todos los inconvenientes que finalmente se presentaron, y de los que en principio dio cuenta el interventor en el informe cuando agregó: *“De acuerdo con lo conversado en el sitio de la obra se acordó establecer contacto con el doctor INFANTE, gobernador encargado y quien se encargó de celebrar los contratos antes mencionados, a fin de que este entregara el cálculo estructural de la piscina olímpica para sobre ello tomar las medidas necesarias a prevenir futuros inconvenientes que pudieran presentarse al no contar con una adecuada estructura de soporte, el cual indicó que no tenía documento escrito y manifestó que la necesidad de contratar a un ingeniero calculista con el fin de solicitar un concepto estructural para realizar recomendaciones generales para la continuación de la obra contratada”* (sic).

Obsérvese cómo curiosamente, según se manifiesta en el informe, el procesado al ser contactado por la interventoría sugiere la necesidad de contratar el concepto estructural que en su momento no quiso contratar, circunstancia que permite concluir que desde el principio sabía que para la reparación y adecuación de la piscina olímpica era imperativo contar con los diseños y cálculos estructurales técnicamente elaborados y, por tanto, no queda duda que siempre supo, o por lo menos tuvo la conciencia, de que con su conducta estaba realizando los elementos objetivos de este delito, es decir, sabía de la necesidad de que la obra contara con diseños, cálculos estructurales, estudio sísmico, diseño arquitectónico, diseño hidráulico, diseño eléctrico,

estudio de suelos y estudio de patología de la estructura a intervenir, y aun así, a sabiendas de la irregularidad, dirigió su voluntad a la consumación de su propósito. De dichos estudios dependía que el oferente interesado pudiera presentar una propuesta seria y debidamente planificada.

Respecto del fraccionamiento, ocurrió lo mismo. Para la Sala, de la prueba analizada, brota con claridad meridiana que INFANTE VERGARA sabía que la modalidad de contratación seleccionada depende de la cuantía de cada contrato en relación con el presupuesto anual de la entidad pública correspondiente, y que, por tanto, en este caso, por superar el contrato 363 de 2007 y su adición el monto de la menor cuantía establecido para el departamento en el año 2007, debió convocarse a licitación pública. Esto no le fue ajeno al procesado que decidió intencionalmente presentar un contrato por menor valor y posteriormente generar una adición con el pretexto de un imprevisto que no fue tal como ya se explicó. Y aunque éste no la suscribió, sí la autorizó, como se desprende de la lectura de la primera acta de suspensión de la obra¹⁰² de 14 de diciembre de 2007, la que, según afirmó, obedeció a los “inconvenientes” que se han presentado de acuerdo a los requerimientos de la Federación Colombiana de Natación, *“lo que representa incluir actividades no previstas en el inicio representando un mayor valor.”*

Esta circunstancia quedó probada con el hecho de que,

¹⁰² C. anexo 1 fiscalía a folio 161.

no obstante, estar previsto desde el estudio de conveniencia la necesidad de conservar las medidas reglamentarias de la piscina olímpica y de demoler uno de los muros para cumplir este propósito, decidió adrede dividir el contrato. Primero, suscribió el 363 de 2007 por \$259.702.808.25, casi al tope del máximo de la menor cuantía¹⁰³ y, segundo, su adición por valor de \$80.509.042.50, cuya suma supera el máximo de la menor cuantía prevista para contratar directamente. Vistas así las cosas, lo que se advierte es que originalmente se determinó una cantidad que no superara el tope máximo de la menor cuantía, para posteriormente ajustar su valor pretextando la necesidad de una adición al contrato sobre la base de un hecho supuestamente “imprevisto” o “sobreviniente” que no fue tal, porque desde el estudio de conveniencia se había considerado la necesidad de conservar las medidas reglamentarias, es decir, esto estaba previsto en el contrato inicial, luego, la adición resultó ser solamente un pretexto para ajustar el valor del contrato al costo real que superaba la menor cuantía, pero cuando ya había sido asignado directamente.

Es decir, el procesado sabía que si superaba el máximo de la menor cuantía que le permitía contratar directamente debía hacerlo por licitación pública, por lo que para soslayar disimuladamente la ley de contratación optó por fraccionar el contrato con el sofisma de un “imprevisto” que ya estaba contemplado en el estudio de conveniencia. O lo que es lo mismo, el acusado sabía que si excedía el tope máximo de la

¹⁰³ Cf. Circular 01 de 2007 de la Secretaría Jurídica del Departamento a folio 24 c. anexo 2 Fiscalía. Menor cuantía entre \$26.022.000 y \$260.219.99.

menor cuantía previsto para contratar directamente, incurriría en una irregularidad sustancial de contratación tipificada en el artículo 410 del Código Penal.

Y esta conclusión se torna más patente si se repara en el hecho de que en el estudio de conveniencia se omitió convenientemente indicar la modalidad de contratación a aplicar, pues en el ítem 3 donde debía indicarse ésta, solamente se dijo: *“la modalidad de contratación es mediante el procedimiento de contratación previsto en la Ley 80 de 1993, Decreto 2170 de 2002 y demás normas complementarias”* sin hacer mención expresa al modo de selección del contratista, como debió hacerse.

Sin embargo, a pesar del conocimiento que siempre tuvo el procesado INFANTE VERGARA de las irregularidades presentes en el trámite, no se detuvo y orientó su voluntad a la realización de la conducta típica, tal como también emerge del hecho incontrovertible de que fue él quien gestó todo el proceso contractual y gracias a su iniciativa se consumó el delito.

De esto último entrega prueba el propio INFANTE VERGARA cuando en su indagatoria¹⁰⁴ reconoce que él como ingeniero calculista que es “en papel y lápiz” dio la solución y con los planos elaborados a mano por él “que no le costaron un solo peso al departamento”, pero que tenían todos los elementos de ingeniería necesarios y suficientes y es con esto

¹⁰⁴ Cf. Indagatoria CD a 17:45 en adelante.

que se abren “dos licitaciones”, una para el suministro e instalación de elementos y equipos y otra para “impermeabilizar la piscina”.

Evaldo Alexis Mejía Villalobos¹⁰⁵, reafirmó que fue el exgobernador INFANTE VERGARA quien dada su calidad de ingeniero estructural (sic) “con el fin de ahorrarle un dinero al departamento” aportó el “insumo técnico”, suministró el presupuesto, especificaciones técnicas de construcción y los esquemas de cómo se iba a desarrollar una obra de carácter de “reparaciones locativas”.

El hecho de la iniciativa del gobernador de adelantar la contratación fue reiterado por este mismo testigo ante el Tribunal Superior de Santa Marta el 16 de febrero de 2021¹⁰⁶, al asegurar que todo surgió a raíz del interés del gobernador INFANTE VERGARA, dada su condición de deportista nadador de dejarle a la ciudad un escenario deportivo en condiciones adecuadas y con ese propósito “presentó un insumo” para llevarlo a cabo y la secretaria de infraestructura basada en éste, elaboró un estudio previo de necesidad que dio lugar a la contratación.

De esto también da cuenta el testimonio de José Gregorio Sánchez Pinedo, a la sazón secretario de infraestructura en el periodo de INFANTE VERGARA, quien en su declaración ante el Tribunal Superior de Santa Marta

¹⁰⁵ Cf. Declaración de 20 de junio de 2018 en Santa Marta. CD a folio 16 c. 4 Fiscalía a 17:35 en adelante.

¹⁰⁶Cf. transcripción declaración CD a folio 502 c. 3 de la Sala.

el 17 de febrero de 2021¹⁰⁷, revalidó lo dicho por Mejía Villalobos, en cuanto a que *“era un proyecto que el señor gobernador quería porque él era o es todavía deportista, fue nadador de la selección Magdalena, muy amigo del señor presidente de la liga de natación del Magdalena y él quería dejarle algo a la ciudad de Santa Marta sobre todo con esa piscina, que en una u otra forma a todos los samarios nos gustaba”*.

De la voluntad de realización del tipo objetivo del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por parte de este exgobernador, también debe destacarse el hecho de haber sido él quien mediante Resolución 957 de 26 de octubre de 2007¹⁰⁸ ordenó la apertura de la contratación directa para la adecuación y reparación de la piscina olímpica.

Asimismo, suscribió el acta de suspensión del contrato 363 de 2007 el 14 de diciembre de esa anualidad, invocando como causa *“los inconvenientes que se han presentado de acuerdo a los requerimientos presentados por la Federación Nacional de Natación, respecto a las dimensiones que deben tener las piscinas olímpicas lo que representa incluir actividades no previstas en el inicio significando ello mayor valor contractual”*¹⁰⁹.

Lo mismo se infiere de su intervención en una reunión del día 13 de diciembre de 2007¹¹⁰ llevada a cabo en la piscina olímpica a raíz del oficio de la federación, que da cuenta de su asistencia, cuyo objeto fue verificar las medidas

¹⁰⁷ Cf. transcripción declaración *ibidem*.

¹⁰⁸ C. a 2 Fiscalía a folio 26.

¹⁰⁹ C. anexo 1 Fiscalía a folio 161.

¹¹⁰ Cf. C. anexo 1 Fiscalía a folio 164.

de la piscina determinando que cumplía con el largo mas no con el ancho, por lo que, según reza el acta, se hizo *“necesario efectuar trabajos de demolición del muro contiguo a la piscina de clavados al estar este con un mayor grado de deterioro a fin de obtener el ancho requerido para piscinas olímpicas, trabajos que al no estar contemplados dentro de lo inicialmente contratado requieren ser incluidos y legalizados mediante el contrato inicialmente suscrito”*.

Es de anotar que, aunque el acta no se halla suscrita por el procesado ni por el secretario de infraestructura, John Guerrero González, se dejó constancia de su participación en la reunión dentro del listado de asistentes a esta, por lo que la Sala da por acreditado que INFANTE VERGARA estuvo presente y dictó las decisiones allí tomadas, entre estas, como viene de verse, la demolición del muro contiguo a la piscina de clavados y la adición del contrato.

Lo expuesto impide admitir el argumento con el que la defensa técnica de INFANTE VERGARA pretende desvirtuar la presencia del dolo en la conducta de su prohijado al asegurar que a pesar de todo éste no obró con el propósito de soslayar los requisitos esenciales de la contratación y por el contrario, quiso cumplir íntegramente con la normatividad relacionada, pues el análisis efectuado conduce a la conclusión diametralmente opuesta, como es que sabía que al omitir la obtención de la licencia de construcción, al prescindir de unos diseños estructurales técnicamente efectuados y fraccionar el contrato con una adición espuria, incumplía los requisitos legales esenciales de la contratación para su formación y, por esto siempre tuvo el cuidado de

darle apariencia de legalidad al trámite, de ahí que pueda predicarse sin ambages que cometió dolosamente la conducta del artículo 410 del Código Penal respecto del contrato 363 de 2007 en la modalidad de tramitarlo sin cumplir los requisitos legales esenciales.

Aunque en la acusación se le atribuyó también la modalidad de *celebrar* el contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales no se condenará por esta conducta porque de hacerlo se transgrediría el principio de congruencia toda vez que allí no se precisaron fácticamente los cargos ni las pruebas que la acreditaran.

6.4.3 Antijuridicidad

De acuerdo con la categoría dogmática de esta figura, para que la conducta sea *antijurídica* no sólo debe contrariar el ordenamiento jurídico penal considerado en toda su integralidad –antijuridicidad formal–, sino que además, debe lesionar o poner efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico protegido por la ley –antijuridicidad material–. En esos términos lo establece el artículo 11 del Código Penal como requisito para imputar la conducta punible –art. 9° *ibidem*–.

De modo que no todo daño o peligro comporta un delito, pero sí todo delito supone necesariamente como condición insustituible la presencia de un daño real o por lo menos, de un peligro efectivo para el interés objeto de protección

jurídica¹¹¹ ya sea que se trate de delitos de lesión o de peligro, respectivamente¹¹².

Esta conducta además de típica es antijurídica, pues en condición de gobernador del departamento del Magdalena tramitó el contrato 363 de 2007 sin el cumplimiento de sus requisitos legales esenciales lesionando formal y materialmente el bien jurídico de la administración pública tutelado por el tipo de injusto del artículo 410 del Código Penal.

En cuanto a la *antijuridicidad formal*, se tiene que la conducta de tramitar un contrato público sin en el lleno de los requisitos legales esenciales determinados en los principios y normas aplicables en la fase de su formación, vulneran el ordenamiento jurídico precisamente por desacatar ese acervo normativo al que están obligados los servidores públicos, en aras de ajustar la función pública a la legalidad como garantía de defensa del interés general y talanquera al ejercicio de la arbitrariedad y del desvío de poder.

Al mismo tiempo la conducta del ex servidor público juzgado es materialmente antijurídica por lesionar efectivamente el bien jurídico tutelado de la administración pública, la cual se concretó en el desacato de principios y normas esenciales constitucionales de la función pública y de la contratación oficial, en particular los señalados en el

¹¹¹ CSJ-SP5356-2019, radicado 50525 de 4 de diciembre de 2019.

¹¹² Cf. CSJ. SP4396-2021, radicado 51434 de 29 de septiembre de 2021.

artículo 209 de la Carta¹¹³ y en el Estatuto General de la Contratación Pública, en detrimento del interés general.

6.4.4 La culpabilidad

La culpabilidad no es otra cosa que el juicio de reproche en virtud del cual se le atribuye al sujeto activo de la conducta, la comisión de un delito porque dadas sus condiciones personales y sociales al tiempo de su realización, se encontraba en condiciones de orientar su comportamiento conforme a derecho y no lo hizo.

La culpabilidad¹¹⁴, como categoría del delito, comprende «*un reproche... contra quien, teniendo a mano la alternativa de lo jurídico-socialmente adecuado, opta libremente por lo que no lo es*»¹¹⁵. Es, pues, la censura ético-jurídica que explica la respuesta penal a un injusto típico, en tanto significa que su realización fue una decisión libre de quien podía haber asumido un comportamiento lícito.

No actúa con culpabilidad quien realiza el injusto no como consecuencia de una decisión autónoma adoptada en ejercicio de su albedrío, sino por razón de una fuerza externa que trunca su capacidad de decisión (la coacción ajena, el miedo insuperable o el estado de necesidad exculpante), o porque creyó equivocadamente que su conducta era lícita, en

¹¹³ Constitución Política art. 209: “*La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones*”.

¹¹⁴ Cf. CSJ. SP2649-2022, radicado 54044 de 27 de julio de 2022.

¹¹⁵ CSJ. SP. Radicado 54497 de 9 de septiembre de 2020.

cuyo caso su proceder, aunque libre y voluntario, no conlleva una elección por lo que se sabe contrario a derecho.

Acorde con la objetividad que la actuación ofrece, en ningún momento se ha sugerido que al realizar la conducta atribuida el procesado INFANTE VERGARA, no se encontrara en pleno uso de sus facultades y capacidades cognitivas que le impidiera determinar su comportamiento conforme a derecho, sin que en su favor concurriera alguna de las causales de ausencia de responsabilidad previstas en el artículo 32 del Código Penal. El exgobernador libremente decidió proceder antijurídicamente para ubicarse en el campo de la criminalidad, y lesionar sin justa causa el bien jurídico de la administración pública, por lo que debe responder penalmente por la comisión del injusto penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales respecto de la tramitación del contrato 363 de 2007 en los términos señalados en precedencia.

Así las cosas, acreditados los presupuestos contenidos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 y acogiendo la solicitud del ministerio público y del apoderado de la víctima, la Sala declarará a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA responsable penalmente como autor de tramitar el contrato 363 de 2007 sin cumplir los requisitos legales, acorde con lo previsto en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000.

6.5 Del contrato sin cumplimiento de requisitos legales respecto de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA en relación con el contrato de suministro 359 de 2007

En lo atinente con este contrato, la fiscalía en la resolución de acusación, si bien se refirió al mismo, lo hizo de manera genérica sin individualizar los cargos que frente a este formulaba al procesado INFANTE VERGARA. Además de hacer alusión en algunas ocasiones al citado contrato, a lo largo de esta pieza procesal no señaló las presuntas irregularidades en que se incurrió en su trámite y celebración que dieran lugar a la tipicidad del artículo 410.

Al indicar la fiscalía en la resolución de acusación¹¹⁶ los hechos que fundan las irregularidades en la contratación, lo hace de manera general y al desarrollar cada una de estas siempre se refiere al contrato 363 de 2007, dejando al margen el análisis de las presuntas anomalías relacionadas con el contrato 359 de 2007.

La única referencia directa que hace respecto de dicho contrato la plasma al señalar como hecho constitutivo del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales “inconsistencias en el manejo de los anticipos de los contratos 363 su adicional y «el 359 de 2007»” por lo demás, no reprocha ningún hecho adicional y en desarrollo de cada uno de los cargos siempre alude al contrato 363 de 2007.

¹¹⁶ Cf. folios 49 y siguientes c. 5 de la Fiscalía.

No obstante, al desarrollar este único cargo respecto del contrato 359, es decir, las supuestas inconsistencias en el manejo de los anticipos vuelve a hacer referencia exclusivamente al contrato 363 de 2007 al indicar *que “algunas cantidades especificadas en la cláusula tercera del contrato 363 de 2007 no concuerdan con las señaladas en el análisis de precios unitarios”,* sin hacer mención a los anticipos del contrato 359 y aunque lo hubiera hecho, de cualquier manera, su manejo se presenta una vez se suscribe o celebra el contrato por lo que su momento se ubica en la fase de la ejecución, etapa que, como se sabe, no está comprendida en el tipo penal.

En ese escenario, no advierte la Sala en la resolución de acusación algún análisis referido expresamente a hechos jurídicamente relevantes que pudieran traducirse en el incumplimiento de los requisitos legales esenciales del citado contrato en las etapas de trámite o celebración (la fase de liquidación amerita otro análisis), que permitan estructurar la tipicidad del delito del artículo 410 del Código Penal.

Esta falencia en la resolución de acusación no se resuelve por el hecho de que en los alegatos de conclusión en la audiencia pública, luego de que la fiscalía enfocara su argumentación contra el contrato 363 de 2007, en referencia al contrato 359 de 2007 hubiera hecho reproches respecto de irregularidades en la numeración de la apertura del proceso contractual y en la resolución que lo adjudica o afirmado genéricamente: *“Respecto al contrato 359 de 2007, ha de decirse que presenta las mismas irregularidades del contrato 363 de 2007, atendiendo a que el mismo dependía del desarrollo de la obra sobre la*

piscina olímpica (...) que ello incidió de manera directa y negativa en el trámite del contrato 359 de 2007”; pues se trata de dos procesos contractuales si bien relacionados, también muy diferentes.

Lo cierto es que en la resolución de acusación no aparece un cargo concreto en correspondencia con el trámite o la celebración del contrato 359 de 2007, por tanto, la Sala absolverá al procesado JOSÉ FRANCISCO INFANTE VERGARA por duda acerca de la tipicidad del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales respecto del contrato de suministro 359 de 2007, en atención a que no se demostró, se reitera, que presentara irregularidades con relevancia penal en su trámite o celebración, lo que al tiempo la releva de hacer consideraciones sobre el elemento subjetivo del tipo de contratos sin cumplimiento de requisitos legales.

6.6 Del contrato sin cumplimiento de requisitos legales respecto de OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ en relación con los contratos 359 y 363 de 2007

6.6.1 De la tipicidad.

Aunque la acusación no acierta en individualizar las conductas atribuidas a este procesado respecto del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, y por el contrario enumera genéricamente una serie de irregularidades que bien pueden tipificar el delito de peculado, o hacen referencia a asuntos relacionados con la

fase de ejecución de los contratos 359 y 363 de 2007, o a defectos irrelevantes penalmente; se alcanza a advertir como único cargo, respecto de este delito, la liquidación irregular de los contratos por suscribir las actas finales de recibo de suministros y de las obras civiles, pese a los faltantes de obra existentes respecto del cumplimiento del objeto de cada uno de los contrato citados.

En la acusación en relación con los contratos en referencia describe la fiscalía como hechos de relevancia frente a este tipo penal, los siguientes: *(i)* autorizar el pago del acta parcial del contrato 363 de 2007 y del anticipo de la adición a este contrato; *(ii)* modificar los objetos de los contratos 359 y 363 de 2007; *(iii)* suscribir las actas finales de recibo de suministros y de las obras civiles, pagos de los saldos finales y, liquidación irregular de esos contratos, pese a la existencia de faltantes de obra; *(iv)* no vigilar la inversión del anticipo de la adición y, *(v)* causación de un daño patrimonial

De conformidad con lo anterior, los cargos de la acusación de la fiscalía contra OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ por este delito, se pueden reducir al hecho de haber liquidado irregularmente el contrato de suministro 359 de 2007, según acta levantada con fecha 11 de diciembre de 2009, y el contrato de obra 363 de 2007 y su adición, el 18 de diciembre de la misma anualidad, pese a que desde el 1 de enero de 2008, fecha de su posesión, no se ejecutó ninguna obra en la piscina

olímpica objeto del contrato, lo que significa que en realidad no se cumplió con sus objetos.

Lo anterior por cuanto los pagos del acta parcial y del anticipo de la adición al contrato 363 que dijo se autorizaron irregularmente, en primer lugar, no forman parte de los requisitos legales esenciales de la tramitación, celebración o liquidación de los contratos estatales y, en segundo lugar, de probarse su ocurrencia, esta necesariamente corresponde a la etapa de la ejecución, que como se sabe escapa a la configuración objetiva del tipo por no estar contemplada como hipótesis de su estructura.

La suscripción de las actas finales de recibo de los suministros y de las obras civiles son actos previos a la liquidación de los contratos y sobre los que recaería la liquidación irregular que se haga con posterioridad.

La vigilancia de la inversión del anticipo de la adición no es propia de ninguna de las etapas que permiten estructurar el tipo penal del artículo 410 del Código Penal y, menos, constituye requisito esencial de la contratación en su formación, celebración o liquidación. Más bien su ocurrencia puede ubicarse en la fase de la ejecución que, como es de conocimiento, no está contemplada como presupuesto de la configuración del tipo en comento.

Y, finalmente, la producción de un daño patrimonial deviene eventualmente en un detrimento que bien puede configurar el delito de peculado y no el de contrato sin

cumplimiento de requisitos legales y, por tanto, es respecto de este delito donde debe debatirse este asunto.

Tal como lo ha precisado la Corte (SP. rad. 21547 de 9 de febrero de 2005 y SP. rad. 21780 de 23 de marzo de 2006,), las formas de comisión del delito previsto en el art. 410 del C.P. se refieren a comportamientos distintos y diferenciados. La punibilidad de la conducta del servidor público no se predica de la totalidad de las fases contractuales. Uno es el comportamiento aludido en la primera modalidad, donde se reprocha el hecho de *tramitar* el contrato sin observar sus requisitos legales esenciales; y otro, el de quien lo *celebra* o *liquida*, pues en estos casos la prohibición consiste en *no verificar* el cumplimiento de los presupuestos legales inherentes a cada una de tales etapas¹¹⁷.

De ello deriva que, en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la inobservancia de formalidades inherentes a *la ejecución* contractual no comporta reproche penal. Esta tesis fue acogida por la jurisprudencia de la Sala (SP. rad. 14669 de 20 de mayo de 2003,) y, desde entonces, ha venido siendo reiterada (recientemente, SP. rad. 46037 de 23 de noviembre de 2016 y SP. rad. 49819 de 24 de mayo 2017). 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 contrato¹¹⁸.

¹¹⁷ Cf. CSJ. SP513-2018, radicado 50530 de 28 de febrero de 2018.

¹¹⁸ Cf. CSJ. SP513-2018 *ibidem*.

Además, en relación con el ingrediente normativo *requisitos esenciales*, señaló la Corte que no cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de leyes aplicables a la contratación estatal realiza el tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El quebrantamiento de la legalidad en las fases de tramitación, celebración o liquidación del contrato ha de recaer sobre aspectos *sustanciales*, cuya desatención comporta la ilicitud del proceso contractual, basada en el quebranto de alguna o varias máximas que deben regir la contratación estatal, en tanto concreción de la función administrativa¹¹⁹.

A fin de identificar cuáles requisitos pertenecen a la *esencia* del contrato estatal ha de acudirse, *entre otros criterios*, a los postulados rectores del Estatuto de Contratación Estatal.

Un requisito contractual puede catalogarse como esencial a partir de la valoración sobre el impacto que su inobservancia pueda tener en la materialización de los *principios rectores* de la contratación estatal. Sobre esa base, la jurisprudencia¹²⁰ tiene dicho que las máximas constitucionales y legales que gobiernan la contratación administrativa integran materialmente el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Ello, por cuanto tales principios constituyen límites del ejercicio funcional del servidor público en materia de contratación; por ende, la violación de los requisitos legales esenciales del

¹¹⁹ Cf. CSJ. SP513-2018, *ibidem*.

¹²⁰ En este sentido: CSJ SP. rad. 17088 de 19 de diciembre de 2000. Corte Constitucional: C-197/01, C-1514/00, C-126/08 y C-429/97.

contrato tiene que examinarse con remisión a aquéllos. Pues la contratación estatal, como actividad reglada, debe adelantarse ajustada a esos postulados *fundamentales* (arts. 23 al 26 y 29 de la Ley 80 de 1993)¹²¹.

Pues bien, en relación con el único cargo posible, este es, la liquidación irregular de los contratos, la fiscalía como hechos jurídicamente relevantes destacó que el exgobernador DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ procedió a la liquidación del contrato de suministro 359 de 2007 por valor de \$113.479.035.09, mediante acta de 11 de diciembre de 2009; y del contrato 363 de 2007 por valor de \$340.211.850.75 por acta de 18 de diciembre de 2009, pese a que desde que asumió su periodo gubernamental (1 de enero de 2008) no se ejecutó ninguna obra en la piscina olímpica objeto del contrato y que los contratistas “ejecutaron obras diversas a las pactadas”.

Concluyó entonces que los pagos realizados a los contratistas TECNOAGUAS y UNIÓN TEMPORAL VALA INGENIERÍA por virtud de los contratos 359 y 363 de 2007, respectivamente, por obras no ejecutadas sobre la piscina olímpica, por haberse aplicado a un objeto diferente asciende a \$187.973.578.25, de los cuales \$103.335.307.10 son imputables al contrato 359 y \$84.638.271.15 al 363 de 2007.

Por su parte el ministerio público reprochó el hecho de que, advertido el exgobernador de los inconvenientes por los

¹²¹ Cf. CSJ. SP513-2018, *ibidem*.

que atravesaba la obra, en lugar de hacer efectivas las salvaguardas legales en pro del cumplimiento del contrato o de activar las garantías, imponer multas o terminarlo unilateralmente, optó por pagar el anticipo de la adición y reorientar los recursos de las obras y los suministros a escenarios distintos al que originalmente fue objeto de los cuestionados contratos, para posteriormente proceder a liquidarlos “sin el lleno de los requisitos legales”.

Frente al cargo la defensa adujo que no está probado que con la suscripción del acta de liquidación su representado hubiera conculcado los principios que rigen la contratación pública y, por el contrario, la decisión de modificar el alcance del objeto del contrato, se ajusta los fines estatales del interés general y de la salvaguarda de los principios de economía y responsabilidad. Por esta razón se pactó por las partes la modificación de los contratos 359 y 363 de 2007 y de esto dan cuenta el acta correspondiente que suscribieron y las de liquidación en donde se discriminaron las obras realizadas y sus respectivos valores, razón que impide considerar que su poderdante incumplió los requisitos legales de la contratación al suscribirlas, pues estas son reflejo fiel de lo ocurrido y de las modificaciones pactadas para la inversión de los recursos no ejecutados que finalmente se destinaron a las piscinas de entrenamiento y clavados.

Comienza entonces la Sala por precisar el concepto y alcance del trámite de la liquidación del contrato estatal, apoyada en jurisprudencia del Consejo de Estado¹²².

Etimológicamente el concepto “*liquidar*” se relaciona con la necesidad de dejar una situación o un estado de cosas específica de la manera más diáfana, clara y comprensible. *Liquidus* advierte sobre la propiedad que tiene algo de fluir, por manera que, aplicándola a aspectos puramente intelectuales, con la liquidación se pretende hacer inteligible algo que no lo es total o parcialmente.

Para la semántica la palabra “*liquidar*” significa dar claridad a una relación crediticia específica (hacer el ajuste formal de una cuenta), así como darla por finalizada (saldar o pagar enteramente una cuenta)¹²³.

En relación con el concepto de *liquidación* del contrato el Consejo de Estado¹²⁴ ha venido sosteniendo que “*La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado queda después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre*

¹²² C. de E. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A, Radicado 25000-23-26-000-1999-02026-01 (33850) de 13 de abril de 2016. C. P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

¹²³ *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia de la Lengua. Vigésima Primera Edición. Tomo II. Madrid. 2000.*

¹²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10608, C.P. Daniel Suárez Hernández. Reiterada en las sentencias de esta misma Sección del 4 de diciembre de 2006, expediente 15239, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 10 de marzo de 2011, expediente 15935, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

las partes del negocio jurídico, por ende no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento”.

Previamente, en el mismo sentido, sostuvo que *“La liquidación es un ajuste o rendición final de cuentas que se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes o saldos a favor o en contra de cada uno o se declaren a paz y salvo, según el caso, para extinguir el negocio jurídico estatal celebrado. Tiene por objeto (...) definir cómo quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes; efectuar un balance de las cuentas y pagos para establecer quién le debe a quién y cuánto, esto es, precisar su estado económico y el de los derechos y obligaciones de las partes con ocasión a su ejecución; proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar; declararse a paz y salvo de las obligaciones o derechos a cargo de las mismas y finiquitar así el vínculo contractual”*¹²⁵.

En síntesis, la liquidación del contrato es el acto jurídico por el cual las partes de manera consensuada, o la administración de forma unilateral, o el juez del contrato determinan el cumplimiento del objeto contractual, así como el estado de ejecución de las obligaciones de cada una de las partes de la relación, luego de su ejecución y sólo en aquellos eventos en que la ley lo determina.

¹²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2012, expediente 21315 C.P. Danilo Rojas Betancourth. Ver, además, de esta misma Sección, sentencias del 6 de noviembre de 2003, expediente 24041 y del 6 de junio de 2005, expediente 14113, C.P. Alier Hernández Enríquez; sentencias del 28 de octubre de 2004, expediente 22261 y del 20 de abril de 2005, expediente 14213, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 26 de mayo de 2010, expediente 18606, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; y sentencia del 29 de febrero de 2012, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

La *liquidación* supone, por lo tanto, considerar en su totalidad las obligaciones de la relación contractual con el fin de verificar su cumplimiento por virtud de la fuerza obligatoria del contrato. En la liquidación se dará cuenta de los pagos efectuados y los pendientes, así como de los bienes y servicios recibidos en contraprestación, definiendo si existen prestaciones por ejecutar y su valoración económica. Todo lo anterior, conducirá a la conformidad de las partes y a la definición de las posibles inconformidades o salvedades que luego del proceso liquidatorio no pudieron ser superadas por consenso. El proceso liquidatorio así adelantando permitirá dar por finalizada la relación contractual¹²⁶.

En cuanto a su contenido el Consejo de Estado en la referida sentencia, destacó que *“en la liquidación del contrato (cualquier que se sea su modalidad) se busca ofrecer claridad en torno de su cumplimiento, lo que se traduce en la determinación del grado de ejecución de las prestaciones asumidas por cada una de las partes: bienes u obras ejecutadas, servicios prestados y pagos realizados. Lo anterior, sin más permitirá a los sujetos negociales (sic) declararse a paz y salvo o definir las inconformidades resultantes de la valoración del estado de sus obligaciones, con las consecuentes salvedades”*.

Se puso de relieve allí también que, como consecuencia de lo anterior, *“al acto de liquidación del contrato le son ajenas las prestaciones ejecutadas por las partes que no tengan una relación directa y necesaria con el objeto contractual”*, porque esto desborda la naturaleza misma del referido acto, *“el cual debe concentrarse,*

¹²⁶ Cf. C. de E. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A, Radicado 25000-23-26-000-1999-02026-01 (33850) de 13 de abril de 2016. C. P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

limitarse y sujetarse a las prestaciones que dimanen del negocio generatriz de su vínculo obligacional que, en consecuencia, representará el marco de la acción liquidatoria en el negocio bilateral, el acto unilateral e, incluso, la decisión judicial”.

De ahí que el Consejo de Estado haya puesto énfasis en que “(...) únicamente las actuaciones del contratista que se lleven a cabo dentro del marco de ejecución del contrato estatal debidamente perfeccionado se podrán entender como parte de la ejecución del objeto contractual, y por ende el acta de liquidación del mismo sólo podrá consignar materias atinentes a las actividades contractuales”¹²⁷.

Esto porque en su concepto no puede llevar a equívocos la facultad otorgada por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, conforme con la cual en el acta de liquidación “(...) constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas...”, por tanto, dicha actuación solamente puede estar referida y circunscrita a las prestaciones derivadas de su relación contractual y no a otras que, si bien podrían tener por antecedente próximo tal vínculo, por su contenido y alcance le exceden y, por lo mismo, le son extrañas.

En resumen, el acto de la liquidación del contrato a que hace referencia el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, debe estar siempre referido a la verificación del cumplimiento de los compromisos contractuales pactados en el respectivo contrato. Incluso, los acuerdos, conciliaciones y

¹²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 5 de noviembre de 2005, expediente 01588. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

transacciones a los que pueden arribar las partes en el trámite de liquidación resultan plenamente viables siempre y cuando versen sobre asuntos que derivan de la ejecución de las prestaciones propias del contrato, y que guarden una relación de conexidad y necesidad suficientes con el cumplimiento del objeto del contrato.

Este criterio fue reiterado por el Consejo de Estado en sentencia de 5 de octubre de 2005¹²⁸, en el que sostuvo:

La liquidación de común acuerdo es regulada por el artículo 60 de la ley 80 y al aludir a su contenido, de su lectura se infiere que ese ‘corte de cuentas’ debe versar exclusivamente sobre las actividades desarrolladas dentro del marco del contrato. De suerte que únicamente las actuaciones del contratista que se lleven a cabo dentro del marco de la ejecución del contrato estatal debidamente perfeccionado se podrán entender como parte de la ejecución del objeto contractual, y por ende el acta de liquidación del mismo sólo podrá consignar materias atinentes a las actividades contractuales. Dicho en otros términos, si entre una entidad estatal y un particular surgen relaciones sinalagmáticas sin que hayan sido elevadas a escrito ni obtenido el registro presupuestal respectivo, no se está delante de una relación contractual, porque no existe contrato y por lo mismo el acta de liquidación no será el documento idóneo para involucrar obligaciones que no tengan por fuente el contrato”.

En ese mismo sentido la Sala de Casación Penal de la Corte¹²⁹, en relación con la liquidación de los contratos estatales ha expresado que debe versar sobre el cumplimiento a cargo de las partes de las prestaciones mutuas *convenidas en el contrato* y de todos los hechos o circunstancias que, aun cuando sean ajenos a las partes,

¹²⁸Cf. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado 20001-23-31-000-2001-1588-01 (AP). Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

¹²⁹CSJ. AP2711-2018, radicado 45695 de 28 de junio de 2018.

puedan afectar la ejecución normal del mismo, y el estado en el que quedarían las partes al respecto, para establecer el resultado final de la *ejecución del objeto acordado*, máxime cuando aquélla finiquita la relación contractual.

Por consiguiente, sentenció la Corte, los contratantes están en la obligación de declarar y consignar en el acta de liquidación las condiciones reales sobre *el cumplimiento del objeto convenido*, así como las vicisitudes que se presentaron en su ejecución, que hayan dificultado o imposibilitado su concreción, sean o no ajenas a las partes, así como las prestaciones pendientes por satisfacer a cargo de uno de ellos o de ambos al cabo de la ejecución del contrato, y siempre que hayan sido conocidas antes de la suscripción del acta en mención, en aras de establecer qué compromisos deben asumir los involucrados con posterioridad a la culminación del vínculo contractual.

Así las cosas, es claro que el *acto de liquidación* de un contrato estatal solamente está previsto para verificar el cumplimiento de las obligaciones surgidas de las cláusulas del contrato que se liquida, de tal manera que involucrar elementos ajenos a éste entraña una clara vulneración del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con relevancia penal en la fase de liquidación de cara al tipo del artículo 410 del Código Penal.

Fue precisamente lo ocurrido en el caso de DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ en el que éste, en su condición de gobernador, no obstante haber cambiado el

objeto de los contratos 359 y 363¹³⁰ de 2007, como reza en sus respectivos textos, procedió a liquidarlos¹³¹ a pesar de que los insumos del primero y las obras del segundo finalmente no tuvieron el destino para el que originalmente se concibieron, es decir, la piscina olímpica.

La cláusula primera del contrato de suministro 359 de 2007 que determina su objeto reza textualmente: *“El objeto del presente contrato es el suministro y adecuación sistema de tratamiento (filtro, bomba, dosificación de cloro, accesorios de piscina, acometidas eléctricas) de la piscina olímpica «José Benito Vives de Andreis», Santa Marta, departamento del Magdalena, según propuesta anexa”*.

De otro lado, la cláusula segunda del contrato de obra 363 de 2007 que definió su objeto, señaló: *“El objeto del presente contrato es la ejecución por parte del CONTRATISTA de las obras civiles para la construcción (sic) de la ADECUACIÓN Y REPARACIÓN DE LA PISCINA OLÍMPICA «JOSÉ BENITO VIVES DE ANDREIS» SANTA MARTA, DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, en las cantidades, precios, especificaciones técnicas y demás condiciones consignadas en la propuesta del CONTRATISTA. En desarrollo del objeto contractual, el CONTRATISTA se compromete a efectuar todos los trabajos necesarios para que las mencionadas obras puedan destinarse al fin para el cual fueron diseñadas. El CONTRATISTA aportará todos los equipos, maquinarias, mano de obra, servicios profesionales, técnicos o accesorios y en general cualquier otro elemento o servicio que se requiera para el cabal cumplimiento del objeto antes descrito”*.

¹³⁰ Ver a folio 150 c. anexo 5 Fiscalía “Acta de modificación de la obra” del contrato 363 de 2007 de 22 de julio de 2009.

¹³¹ A folio 20 y 158 c. anexo 5 Fiscalía obran en su orden las actas de liquidación de los contratos 359 y 363 de 2007.

Sin embargo, extrañamente, según dijo el procesado, debido a los problemas por los que atravesaba la obra original y los inconvenientes financieros del departamento, sometido en ese entonces a la Ley 550 de 1999 o de reestructuración financiera, decidió supuestamente modificar el objeto de los contratos y destinar los recursos aún no invertidos o pagados, a las otras dos piscinas del complejo acuático que nada tenían que ver con la piscina olímpica que como se advirtió era el objeto de ambos contratos, justificándolo con el peregrino argumento de que la “piscina olímpica” comprendía todo el escenario deportivo incluidas las piscinas de clavados y de entrenamiento o enseñanza a donde dijo, finalmente destinaron los recursos.

Desde luego que tan sofisticado argumento resulta inadmisibles porque desde el principio estuvo claramente establecido que los suministros y las obras tenían como único destino la piscina olímpica, pues era la que presentaba la filtración, tal como se desprende del estudio de conveniencia¹³² y, en particular, en la definición de la necesidad de la obra, cuando señaló: *“Actualmente el escenario deportivo está deteriorado en su globalidad, pero lo relevante es que la piscina tiene una filtración sobre el muro que da al foso de clavados que produce pérdida de agua y por lo tanto incrementa los valores de los servicios de agua y luz (...)”*.

Es más, en el mismo estudio al describir la definición técnica de la forma en que se puede satisfacer la necesidad anterior, refiriéndose a la piscina olímpica, se afirmó: *“la obra*

¹³² A folio 30 c. anexo 2 Fiscalía.

debe considerar en armar un cofre de concreto que se levante alrededor de los muros existentes y demoler uno de los extremos con el fin de conservar las medidas reglamentarias, a nivel de fondo se construirá una placa armada de un espesor aproximado de 10 centímetros, se enchapará la totalidad del foso, se reforzarán los andenes y se cambiarán las tuberías y los inyectores y desagües”, lo que no deja duda entonces de que el objeto de los suministros y la obra era la piscina olímpica “que presentaba filtración de agua” y no las otras dos piscinas.

En consecuencia, si la verificación del cumplimiento del objeto de los contratos 359 y 363 y su liquidación se hizo sobre suministros y obras de escenarios distintos de la piscina olímpica, es evidente que esta actuación describe objetivamente la conducta prevista en el tipo penal del artículo 410 en cuanto se liquidaron los contratos sin verificar su cumplimiento, puesto que como lo señaló el Consejo de Estado, el *acto de liquidación* de un contrato estatal solamente está previsto para comprobar el cumplimiento de las obligaciones surgidas de las cláusulas del contrato que se liquida, de tal manera que involucrar elementos ajenos a éste implica una infracción del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública con relevancia penal en la modalidad de liquidación de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales necesarios para ese propósito.

Sobre el planteamiento de la defensa en cuanto a que sus decisiones estuvieron respaldadas en los conceptos jurídicos rendidos por asesores jurídicos de la gobernación,

debe expresar la Sala en su caso no lo dispensa del juicio de reproche pues a pesar de tales conceptos, la ley en el ejercicio de sus funciones le exige el máximo de diligencia y cuidado al momento de tomar la determinación final que como ordenador del gasto y cabeza de la administración le corresponde, porque es ahí cuando asume la administración del riesgo y se hace responsable por su conducta¹³³, siéndole, por tanto, imputable el resultado.

Ahora, como ya se dijo, al tenor del artículo 22 de la Ley 599 de 2000, la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción (aspecto cognitivo) y quiere su realización (aspecto volitivo). Lo mismo cuando la realización de la conducta es prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

Esta definición y la valoración conjunta de las pruebas conforme lo dictan las reglas de la sana crítica, transmiten a la Sala la certeza de la configuración del dolo en el comportamiento de DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, como quiera que siempre fue consciente de que al liquidar los contratos 359 y 363 de 2007, en las condiciones en que se desarrollaron incurriría en la comisión del tipo de injusto del artículo 410 del Código Penal. Surge también igualmente claro de allí que no sólo conocía los elementos integrantes del tipo objetivo, sino que voluntariamente decidió llevarlos a cabo, como pasará a verse.

¹³³ Cf. CSJ. AP., radicado 18029 de 20 de agosto de 2002.

Lo primero para señalar es que, como se infiere de lo afirmado en su indagatoria, desde el principio DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ¹³⁴ estuvo enterado del lamentable estado de la obra, ya que una vez posesionado como gobernador se enteró de tres procesos fiscales “*muy preocupantes*” que adelantaba la contraloría departamental al gobernador INFANTE VERGARA, entre los que se contaba el de la piscina olímpica, por lo que empezó a informarse y pudo darse cuenta de “*muchas falencias*”, entre ellas que las obras se iniciaron sin un sustento de ingeniería y arquitectura adecuados; y no contaron con planos, diseños hidráulicos ni estudios de sismorresistencia que debieron hacerse, en fin, “*casi que no existieron*”, hasta el punto de que al ingresar a su administración la obra estaba paralizada, lo que lo condujo a no invertir “*ni un solo peso más*” en dicha piscina¹³⁵ y a “*buscar soluciones*”.

Incluso distintos informes de interventoría¹³⁶ y las actas de suspensión de la obra no solo le advirtieron tempranamente de la precariedad del estado por el que atravesaba, sino de la ausencia de diseños y cálculos estructurales y de los estudios necesarios que hacían imposible la continuación de la obra. No obstante esto, en lugar de buscar poner fin a la contratación¹³⁷ se procedió

¹³⁴ Indagatoria c. 1 Fiscalía a folio 202. CD a 17:13 en adelante.

¹³⁵ Cf. Indagatoria CD a 21:50 en adelante.

¹³⁶ Cf. Informe de 14 de febrero de 2008; Informe de 11 de marzo de 2008 a folio 87 c. anexo 1 Fiscalía.

¹³⁷ Principio de economía: Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias. (L.80/93 art. 25-2)

irregularmente a modificar el objeto del contrato¹³⁸, sin más, con la aquiescencia del procesado¹³⁹, quien siempre estuvo informado del desarrollo de la obra, disponiendo dirigir los recursos supuestamente para la puesta en funcionamiento de las piscinas de clavados y de enseñanza con el falaz argumento o pretexto de que se trataba de la misma obra, cuando en verdad los contratos 359 y 363 de 2007 tenían como objeto exclusivo el suministro de equipos de tratamiento de aguas y la reparación y adecuación de la piscina olímpica, que de acuerdo con los estudios de conveniencia era la que presentaba fugas de agua y hacía oneroso su mantenimiento.

Es más, el “*acta de modificación de la obra*” como decidieron llamarla, fue cuestionada por el informe de policía judicial 10120138 de 23 de noviembre de 2017¹⁴⁰, que luego de reseñar la reunión del 14 de abril de 2009, destacó que esta alude a la puesta en funcionamiento de las piscinas de enseñanza y clavados a pesar de que el objeto del contrato 363 de 2007 era la piscina olímpica, aún así “*los ítems contratados no reflejaban la ejecución de dichas actividades*”.

Todos estos hechos de los cuales no solo estaba informado el gobernador DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, sino incluso fueron ordenados por él, permiten asumir

¹³⁸ Cf. C. anexo 5 Fiscalía a folio 150 “Acta modificación de obra” de 22 de julio de 2009.

¹³⁹ Cf. Acta de reunión de 14 de abril de 2009 con la participación del gobernador DIAZGRANADOS en donde se dispone poner en servicio las piscinas de clavados y de enseñanza en un término de 60 días, que dio lugar al cambio del objeto de los contratos cuestionados. Folio 147 c. 5 anexo Fiscalía.

¹⁴⁰ C. anexo 1 a folio 221

fundadamente a la Sala que era consciente de que proceder a la liquidación de los contratos en esas condiciones de patentes irregularidades¹⁴¹, lo haría incurrir en la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por liquidarlos sin verificar su cumplimiento, pues es evidente que en ninguno de los dos casos se cumplió el objeto de los mismos ya que finalmente los recursos tuvieron destinos distintos de los que correspondían.

Aún más, a juicio de la Sala, la condición de arquitecto de este exgobernador, propietario de una empresa constructora y su vasta experiencia en la administración pública, que él mismo reconoce tener como exdiputado del departamento del Magdalena, director de tránsito de Santa Marta y secretario de despacho departamental, refuerzan sólidamente la conclusión de su actuar doloso. Resulta impensable que una persona con esa formación profesional y experiencia en el sector público, desconozca que en las condiciones señaladas proceder a la liquidación de los contratos de la manera como lo hizo constituía una afrenta a la ley penal, en particular al tipo del artículo 410 del Código Penal, no obstante, quiso su realización y procedió a liquidarlos declarando que el “objeto social” del contrato de obra 363 “fue cumplido a cabalidad”¹⁴², haciendo lo propio respecto del contrato de suministro 359 de 2007¹⁴³, a sabiendas de que no se habían satisfecho los objetos de los dos contratos que recaían sobre la piscina olímpica y no

¹⁴¹Principio de economía, *ibidem*, L. 80/93 art. 25-2.

¹⁴²Acta de Liquidación a folio 158 c. anexo 5 Fiscalía.

¹⁴³Acta de Liquidación a folio 40 c. anexo 5 Fiscalía.

sobre las otras dos.

La fortaleza de la conclusión anterior no se enerva con el argumento esgrimido por el encartado de que ante estas circunstancias con la asesoría de su equipo jurídico, la secretaría de infraestructura, la interventoría de la obra, el Instituto Departamental de Deportes INDEPORTES y la Liga de Natación del Magdalena; con los recursos restantes del contrato inicial y de su adición decidió “*adecuar y reparar*” las piscinas de enseñanza y clavados ubicadas dentro del mismo complejo deportivo de la piscina olímpica, porque aún, si se aceptara a modo de discusión la inviabilidad de la terminación unilateral del contrato por parte de la administración, tal hecho no hacía factible por sí mismo el cambio de los objetos contractuales¹⁴⁴, y menos con el forzado y peregrino argumento plasmado en el concepto jurídico suscrito por el abogado asesor del despacho, Mauricio Pinzón Manjarrés¹⁴⁵, de que el objeto de los contratos no abarcaba solamente la piscina olímpica sino además el “*complejo acuático*”, razonamiento a todas luces inaceptable precisamente porque parte de una comprensión equivocada por no decir falaz, de cuál era el verdadero objeto de los contratos, circunstancia que por demás desvirtúa de tajo sus conclusiones.

Tampoco desvirtúa la conclusión de la Sala el hecho alegado por el procesado de que su formación de arquitecto le impedía cuestionar las posturas jurídicas propuestas para

¹⁴⁴Principio de economía, *ibidem*. L. 80/93, art. 25-2.

¹⁴⁵Estudio jurídico aportado en medio magnético CD a folio 57 c. 1 de la Sala.

solventar la problemática, pues su vasta experiencia particular en la construcción y en el sector público como diputado a la Asamblea y secretario de despacho departamental, además de director de tránsito de Santa Marta, permiten asumir que contaba con suficientes conocimientos en administración pública para entender medianamente que los recursos dispuestos para una determinada obra pública no pueden después destinarse a la satisfacción de necesidades distintas de la prevista, menos cuando para el propósito se acude a un argumento tan falaz que, lejos de desvirtuar el dolo, lo reafirma, porque, deja en evidencia que solo constituyó un pretexto para justificar la intención de seguir adelante con la contratación, razón adicional para desatender el argumento del defensor de confianza que señala que la “*modificación del contrato*” era la única alternativa posible para garantizar el interés general, pues en realidad lo que se modificó en este caso no fue el contrato sino su *objeto* con un argumento inadmisibles.

El análisis anterior permite afirmar sin temor a equívocos que el procesado OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ obró dolosamente al liquidar los contratos 359 y 363 de 2007 y autorizar los pagos sin que se hubiera verificado su cumplimiento.

Ahora, el hecho de la existencia de los conceptos de sus asesores jurídicos en los que, según dijo, se apoyó para tomar sus decisiones, no desvirtúan el dolo, porque como se mencionó antes, la ley, al ejercer sus funciones, le exige el máximo de diligencia y cuidado al tomar las decisiones que

como ordenador del gasto y cabeza de la administración le corresponde, máxime, que por su formación profesional de arquitecto y empresario en el sector de la construcción y vasta experiencia en el servicio público en cargos de los niveles municipal y departamental no podía serle ajeno.

6.6.2 La antijuridicidad

Esta conducta además de típica es antijurídica, toda vez que con su realización lesionó efectivamente y de manera grave el bien jurídico de la administración pública tutelado por el tipo de injusto del artículo 410 del Código Penal, al haber liquidado en condición de gobernador del departamento del Magdalena los contratos 359 y 363 de 2007 sin verificar el cumplimiento satisfactorio del objeto de los contratos, relacionado con el principio de responsabilidad¹⁴⁶ en virtud del cual los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación.

6.6.3 La culpabilidad

Como se dijo antes, la culpabilidad no es otra cosa que el juicio de reproche en virtud del cual se le atribuye al sujeto activo de la conducta, la comisión de un delito porque dadas sus condiciones personales y sociales al tiempo de su realización, se encontraba en condiciones de orientar su comportamiento conforme a derecho y no lo hizo.

¹⁴⁶ Ley 80 de 1993. Art. 26-1.

A criterio de la Corte¹⁴⁷, la culpabilidad, como categoría del delito, comprende *“un reproche... contra quien, teniendo a mano la alternativa de lo jurídico-socialmente adecuado, opta libremente por lo que no lo es”*¹⁴⁸. Es, pues, la censura ético-jurídica que explica la respuesta penal a un injusto típico, en tanto significa que su realización fue una decisión libre de quien podía haber asumido un comportamiento lícito.

No actúa con culpabilidad quien realiza el injusto, no como consecuencia de una decisión autónoma adoptada en ejercicio de su albedrío, sino por razón de una fuerza externa que trunca su capacidad de decisión (la coacción ajena, el miedo insuperable o el estado de necesidad exculpante), o porque creyó equivocadamente que su conducta era lícita, en cuyo caso su proceder aunque libre y voluntario, no conlleva una elección por lo que se sabe contrario a derecho.

Para la Sala es meridianamente claro que al realizar todas y cada una de las conductas atribuidas el procesado DIAZGRANADOS VELÁQUEZ se encontraba en pleno uso de sus facultades y capacidades cognitivas y, por lo mismo, en condiciones de determinar su comportamiento conforme a derecho, sin que en su favor hubiere concurrido alguna de las causales de ausencia de responsabilidad previstas en el artículo 32 del Código Penal. El exgobernador libremente decidió proceder antijurídicamente para ubicarse en el campo de la criminalidad, y lesionar sin justa causa el bien jurídico de la administración pública, por lo que debe

¹⁴⁷ Cf. CSJ. SP2649-2022, radicado 54044 de 27 de julio de 2022.

¹⁴⁸ CSJ. SP. radicado 54497 de 9 de septiembre de 2020.

responder penalmente por la comisión del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales respecto de la liquidación de los contratos 359 y 363 de 2007 en los términos señalados en precedencia.

Aunque la fiscalía en la resolución de acusación le atribuyó a DIAZGRANADOS como forma de participación la coautoría sin más razonamientos o análisis que justificaran su afirmación, la Sala advierte que del acervo probatorio no se infiere, y la acusación tampoco lo explica, la existencia de elemento de juicio alguno que demuestre la existencia de un acuerdo común previo entre las personas señaladas de intervenir, en virtud del cual cada coautor se comprometió a desempeñar un rol necesario para la concreción del plan previsto, de tal forma que cada uno tuvo dominio sobre el hecho en unión de los demás; razón por la cual la Sala, atendiendo que tal circunstancia no aparece demostrada y que la pena prevista para el autor y coautor es la misma de acuerdo con los términos del artículo 29 del Código Penal y que, por tanto, su cambio no violaría el principio de congruencia ni afectaría las garantías fundamentales del procesado, lo condenará en calidad de autor.

Así las cosas, acreditados los presupuestos contenidos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 y acogiendo las solicitudes del ministerio público y del apoderado de la víctima, la Sala declarará a OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ responsable penalmente como autor de liquidar los contratos 359 y 363 de 2007 sin

cumplir los requisitos legales, acorde con lo previsto en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, en concurso homogéneo.

6.7 Del delito de peculado por apropiación y sus elementos estructurantes

En la resolución de acusación la Fiscalía Once Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, al amparo de la Ley 600 de 2000, le imputó a los procesados delitos de peculado en calidad de coautores.

El tipo penal que se imputa realizado por los acusados, vigente para la época de los hechos materia de investigación, y sin que para este caso resulte procedente tener en cuenta las posteriores modificaciones punitivas introducidas por las Leyes 890 de 2004 y 1474 de 2011 por virtud del principio de legalidad, fue definido en el original artículo 397 de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

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

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

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez

(10) años e inhabilitación Para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

A este respecto cabe señalar que, acorde con la definición normativa de esta conducta atribuida a los exgobernadores, para que encuentre realización resulta indispensable establecer probatoriamente que el servidor público (sujeto agente cualificado), durante el desempeño del cargo abusando de éste o de la función, se apropia o permite que otro lo haga, de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tiene parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya tenencia o custodia se le confiaron por razón o con ocasión del cargo.

En el sujeto activo debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica, no necesariamente originada en una asignación de competencia, basta con que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional.¹⁴⁹

La conducta se estima consumada cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es

¹⁴⁹ Cf. CSJ. SP. Rad. No. 35606 de 22 de febrero de 2012.

suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público¹⁵⁰.

A este respecto, es de recordar que la jurisprudencia tiene establecido¹⁵¹ que para la estructuración típica del delito de peculado por apropiación se requiere: (i) un sujeto activo calificado –servidor público–; (ii) la apropiación en provecho personal o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones; y (iii) la competencia funcional o material para disponer de éstos.

Ha indicado, asimismo, en cuanto tiene que ver con la calidad de servidor público, que *“debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica no necesariamente originada en una asignación de competencia, basta con que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional”*¹⁵², de suerte que el acto de apropiación puede tener ocurrencia bien como consecuencia de la disponibilidad directa de los recursos, o con ocasión del ejercicio de un deber funcional que faculta al servidor público para decidir sobre el destino de los bienes de la misma naturaleza¹⁵³.

¹⁵⁰ Cf. CSJ. SP. Rad. 38396, de 10 de octubre de 2012.

¹⁵¹ Cf. CSJ. SEP00124-2019. Rad. 47255 de 18 de diciembre de 2019.

¹⁵² CSJ. SP18532-2017. Rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.

¹⁵³ CSJ. SP. Rad. 18021 de 6 de marzo de 2003.

De igual modo, señaló que se trata de un delito de ejecución instantánea, vale decir, se consuma cuando el bien oficial es objeto de un acto externo de disposición con ánimo de apropiación¹⁵⁴, esto es, *“cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público”*¹⁵⁵.

6.7.1 Tipo objetivo

La fiscalía acusó a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA y a OMAR RICARDO DIAZGRANADOS en su condición de gobernadores para la época de los hechos, del punible de peculado por apropiación en favor de terceros.

En lo atinente al primero afirmó la fiscalía que como resultado de su accionar (i) las obras contratadas solo se ejecutaron parcialmente; (ii) lo ejecutado fue menor a lo contratado; (iii) la obra contratada nunca se terminó y, (iv) lo poco que se hizo se fue deteriorando y terminó demolido, lo que condujo a una apropiación de recursos públicos con perjuicio de la entidad territorial¹⁵⁶.

Dicha conclusión la apoyó en el informe de policía judicial núm. 10120138 de 23 de noviembre de 2017 que

¹⁵⁴ CSJ. AP. Rad. 38188 de 18 abril de 2012.

¹⁵⁵ CJS. SP18532-2017. Rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.

¹⁵⁶ Cf. Folio 61 de la resolución de acusación c. 5 fiscalía.

determinó que: (i) los recursos fueron pagados por obras no ejecutadas por no corresponder a las pactadas y, (ii) el hierro fue cobrado dos veces. Por estas razones el informe fijó un detrimento patrimonial de \$453.690.885.85 que corresponde a la suma de los valores de los contratos 359 y 363 de 2007 y la adición a éste. De este valor le atribuyó a INFANTE VERGARA la cuantía de \$187.320.039 que canceló hasta antes del 31 de diciembre de 2007 cuando venció su encargo como gobernador.

Frente a esta imputación el defensor señaló que el dictamen pericial en que se apoyó la fiscalía es equivocado ya que el testimonio del contratista Juan Fernando Arias Cardona demuestra que el contrato de suministro 359 se ejecutó íntegramente, el anticipo se invirtió conforme al plan, los equipos se adquirieron y recibieron a satisfacción por parte de la administración, todo antes de que se decidiera habilitar la piscina de clavados y entrenamientos, pues entonces acordó cambiar los equipos instalados en la piscina olímpica por los apropiados para las otras piscinas y, por tanto, en este caso no hubo pérdida de recursos públicos que permita configurar el delito de peculado.

Lo mismo dijo del contrato 363 de 2007, porque hasta cuando finalizó la administración de su prohijado no se presentaron dobles pagos, el contrato se ejecutó plenamente y los anticipos se invirtieron debidamente. Los imprevistos que paralizaron la obra se presentaron con posterioridad y por esto no es posible imputárselos objetivamente al procesado.

En cuanto a DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ del valor total del peculado, la acusación le imputó la suma de \$266.370.846.75¹⁵⁷ que fue recibida por los contratistas TECNOAGUAS y U.T. VALA INGENIERÍA “que no formaron parte de lo contratado”, lo cual dio pie a que los contratistas se apropiaran de dineros públicos por razón de la liquidación de estos contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

Frente al cargo el procesado DIAZGRANADOS indicó que ante la escasez de recursos no podía continuar con la obra de la piscina olímpica que tenía un costo alto, por lo que con la asesoría de su equipo jurídico, la secretaria de infraestructura, la interventoría de la obra, el Instituto Departamental de Deportes INDEPORTES y la Liga de Natación del Magdalena, con los dineros restantes del contrato inicial y de su adición decidió, “adecuar y reparar” las piscinas de enseñanza y clavados ubicadas dentro del mismo complejo deportivo de la olímpica.

Por esto le llama la atención que la fiscalía le atribuya la comisión de un delito de peculado por el valor de los contratos 359 y 363 de 2007 “bajo el falso argumento de que la obra nunca prestó servicio y que incluso fue demolida” cuando, por el contrario, como lo revela el informe final de interventoría, “las dos piscinas olímpicas de clavados y de entrenamiento” intervenidas, adecuadas y reparadas se entregaron en funcionamiento y perfecto estado.

¹⁵⁷ Valor total del peculado \$453.690.885 menos la suma atribuida a INFANTE VERGARA de \$187.320.039.

Por su parte el defensor de DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ sostuvo que el dinero girado a los contratistas fue destinado a la ejecución del objeto contratado y a las modificaciones de las obras realizadas, incluso, fueron insuficientes para asumir los costos generados a los contratistas como consecuencia de la indebida planeación, según lo infiere de los testimonios del interventor Evaldo Mejía, la representante legal de VALA INGENIERÍA, Sara Inés Lozano Pérez y de Juan Fernando Arias Cardona, representante legal de TECNOAGUAS, por tanto, contrario a lo afirmado por la fiscalía los contratos cuestionados sí prestaron utilidad pues las piscinas de entrenamiento y clavados pudieron operar tal como lo prueban las fotografías aportadas por su defendido y los pagos efectuados para este fin.

Todo esto, asegura, desvirtúa los dictámenes contables y desdice de la tesis de la acusación. Distinto es que posteriormente la “*piscina olímpica de competencias*” haya sido demolida, lo que no ocurrió con las “*de clavados y enseñanza*”, pues éstas fueron sometidas a cambios de enchapes y otras obras no relacionadas con la estructura de los escenarios deportivos, debido a que las gestiones realizadas en ejecución de estos dos contratos fueron acordes a las exigencias técnicas.

En cuanto a los pagos destinados a la “*piscina olímpica de competencias*”, afirmó, estos obedecieron al cumplimiento de los compromisos adquiridos por el gobernador que precedió a su prohijado, que no podían dejar de reconocerse y que se

originaron en la falta de planeación del contrato inicial y su adición, por tanto, no solo no implican irregularidades, sino que no pueden imputársele a su defendido.

Para el abogado la falta de planeación de la administración no podía ser pretexto para no cumplir con los pagos, pues el contratista no era responsable de las medidas de la “*piscina de competición*” y tampoco de los daños causados con ocasión de la ejecución de la obra adicional contratada por la administración anterior.

Para reafirmar su postura en relación con la configuración de los delitos de peculado, además de lo planteado, aseguró, refiriéndose al informe de policía judicial 10-139925, por el cual se determinó el monto del peculado, y al dictamen pericial 6017196 de perjuicios, que sus conclusiones adolecen de error grave, pues establecieron la cuantía de la apropiación con base en los pagos realizados para la ejecución de los contratos, es decir, que para el ente fiscal el monto del peculado corresponde a los pagos autorizados por su defendido durante la ejecución de ambos contratos.

En síntesis, todos los pagos efectuados por su poderdante tuvieron como destino la ejecución de la obra y por esto no es posible predicar la apropiación de dinero.

Para el ministerio público el ilícito de peculado tiene como fundamento el manejo indebido de los anticipos, en tanto no se culminó con la obra contratada porque los

dineros se desviaron a otros escenarios no incluidos en la contratación, y la liquidación de los contratos se verificó sin la ejecución efectiva de los objetos contractuales. Así, concluyó, el incumplimiento de los requisitos legales de los contratos constituyó el medio efectivo para que los terceros accedieran ilegalmente a los recursos públicos.

En primer lugar, respecto de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, el informe de policía judicial 9-93600 de 3 marzo de 2017¹⁵⁸, suscrito por el Técnico Investigador II, Edgar Alfonso González Garzón, expresó que de acuerdo con la inspección fotográfica realizada a la piscina olímpica pudo corroborar lo evidenciado por la Contraloría General del Departamento del Magdalena dentro del proceso de responsabilidad fiscal 311 en relación con el contrato 363 de 2007¹⁵⁹, que se recibió y pagó la obra sin haberse terminado y se suscribió el acta de recibido a satisfacción haciendo constar hechos que no son ciertos. Es decir, quedó en evidencia que, no obstante, los faltantes de obra, se canceló el valor total del contrato.

Asimismo, según el informe de policía judicial 10-120138 de 23 de noviembre de 2017, suscrito por un arquitecto y un contador del CTI rendido a instancia de la Fiscalía Once Delegada, el anticipo del 50% del contrato 363 de 2007 fue pagado el 30 de noviembre de 2007 por valor de \$129.851.404 y el del contrato 359 de 2007 el 27 de

¹⁵⁸ Folio 38 c. Fiscalía 1.

¹⁵⁹ Cf. Fallo con responsabilidad fiscal contra INFANTE VERGARA a folio 121 y siguientes del c. 1 fiscalía.

noviembre de 2007, por \$57.468.635, ambos antes de finalizar la administración de INFANTE VERGARA en diciembre de 31 de 2007.

Aunque en la ponencia inicial se afirmaba que por haber sido cancelados esos valores, por un total de \$187.320.039, precisamente antes del vencimiento del periodo como gobernador, le era predicable el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, para la Sala mayoritaria probatoriamente no se logra avizorar con la certeza requerida que INFANTE VERGARA haya adecuado su comportamiento al referido tipo penal, es decir, que la entrega de los caudales públicos hubiera estado mediada por la intención de que los contratistas se apropiaran de estos.

En cuanto al contrato de suministro 359 de 2007 suscrito con la empresa TECNOAGUAS J.S. LTDA., lo contratado con la administración departamental regida por INFANTE VERGARA fue el suministro y adecuación del sistema de tratamiento (filtro, bomba, dosificación de cloro, accesorio de piscina, acometidas eléctricas) de la piscina olímpica José Benito Vives de Andreis por valor de \$114.937.270, cuyo 50% sería cancelado como anticipo una vez perfeccionado el contrato y se aprobaran las garantías acordadas, mientras el otro 50% se pagaría con la entrega a satisfacción del objeto contratado, previa presentación del informe de recibido de conformidad por parte del interventor designado por la Secretaría de Infraestructura Departamental.

Y de acuerdo con la declaración de Juan Fernando Arias Cardona, representante legal de TECNOAGUAS J.S. LTDA., adquirió los implementos e incluso con dinero de su propio peculio hizo unas adecuaciones para instalar en el lugar acordado los suministros, pero pasado algún tiempo fue llamado por la administración de OMAR RICARDO DIAZGRANADOS y previo a indicarle que no se terminaría la obra relacionada con la piscina olímpica por cuestiones económicas, y que se cambiaría el objeto del contrato con el fin de dejar en funcionamiento las piscinas de clavados y de enseñanza, acordaron levantar los implementos suministrados primigeniamente y reemplazarlos por los requeridos para estas dos piscinas.

Con base en dicha modificación y una vez entregados los suministros requeridos por la administración de DIAZGRANADOS, con fecha 24 de noviembre de 2009, es decir, casi dos años de dejación del cargo por parte de INFANTE VERGARA, se suscribió el acta de recibo final en la cual se detalló como valor ejecutado \$113.479.035,09, menos el anticipo recibido de \$57.468.634,90, con un valor pendiente por cancelar de \$56.010.400,19, por Juan Fernando Arias Cardona como representante legal de TECNOAGUAS JS LTDA., Evaldo Mejía Villalobos, interventor designado por la Secretaría de Infraestructura Departamental y Marcos Bruges Santos, secretario de Infraestructura Departamental.

Con lo expuesto se advierte el cambio del objeto del mencionado contrato de suministro por parte de la

administración de DIAZGRANADOS, lo cual impediría predicar algún compromiso penal de carácter patrimonial en cabeza de INFANTE VERGARA, máxime si como lo afirmó el representante legal de TECNOAGUAS JS LTDA el dinero entregado como anticipo lo utilizó para la compra de los suministros que se comprometió a venderle a la Gobernación del Magdalena, incluso los había dejado debidamente instalados en el sitio acordado, pero debió recogerlos y cambiarlos por los solicitados por la nueva administración departamental.

Bajo tal entendido no es posible probatoriamente deducir que el dinero entregado por la administración de INFANTE VERGARA a título de anticipo del Contrato de suministro núm. 359 de 2007 fue objeto de un acto externo de disposición con ánimo de apropiación por parte del citado gobernador en pro del contratista.

Para la Sala mayoritaria no hay algún elemento de juicio para demeritar o minar crédito a las manifestaciones de Juan Fernando Arias Cardona, representante legal de TECNOAGUAS, y se quedaría en lo meramente conjetural el afirmar que mintió al decir que adquirió los elementos y los instaló, los cuales debió retirar cuando fue cambiado el objeto de la contratación, por demás, surge el estadio de incertidumbre probatoria cuando el perito de la fiscalía adujo que respecto de este contrato no era posible determinar si las actividades allí establecidas se ejecutaron, y con las fotografías de estos elementos aparentemente en la obra no se podía constatar su funcionamiento y puesta en marcha ya

que como lo mencionado anteriormente, la obra fue demolida en su totalidad para dar paso al complejo acuático.

Esta situación se replica en el contrato de obra No. 363 de 2007, su adición y modificación, pues a pesar de todas las falencias presentadas por la falta de planeación y demás principios dejados de atender al momento de contratar por parte de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA –ya a detallados al momento de analizar el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales–, se estableció que las obras de adecuación y reparación de la piscina olímpica José Benito Vives de Andreis se gestionaron hasta el momento en que la Federación Nacional de Natación dio cuenta de las medidas reglamentarias, momento para el cual INFANTE VERGARA, ya había hecho entrega al contratista UNIÓN TEMPORAL VALA INGENIERIA del valor del anticipo, y esta empresa ya había iniciado la obra.

Igualmente, en su administración se firmó la adición al contrato, pero definitivamente quien hizo entrega del 50% de anticipo de la adición, cambió el objeto del contrato, efectuó la liquidación y pagó los saldos, fue la nueva administración de DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ.

Bajo tales premisas no se advierte que FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA haya sustraído el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero, esto es, los miembros de la UNIÓN TEMPORAL VALA INGENIERIA lo hicieran.

Y si bien se ha predicado la responsabilidad penal de INFANTE VERGARA en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en relación con el contrato 363 de 2007, no se puede desdeñar la clara diferenciación entre tal ilícito con el de peculado por apropiación en favor de terceros, de ahí que de darse aquél no necesariamente se configura éste¹⁶⁰.

La Sala mayoritaria no desconoce que en otras situaciones puede presentarse un concurso heterogéneo entre tales delitos, pero en este caso en manera alguna puede concluirse que la materialización del ilícito contractual indefectiblemente conduce al de carácter patrimonial, o que este último solo se explica en función del otro.

La pretensión de condena de la fiscalía se basa principalmente en el Informe de policía judicial núm. 10120138 de 23 de noviembre de 2017, del cual se puede extraer que los precios establecidos en la propuesta del constructor están 0,11% por debajo del valor expedido por el certificado, por lo tanto, no existiría un sobre costo en la propuesta, es decir, tampoco bajo esta arista se advierte intención de INFANTE VERGARA dirigida a encasillar su actuar en el referido delito.

El experto señaló que una vez relacionados los ítems contratados por el departamento del Magdalena y comparando los mismos con las actividades ejecutadas

¹⁶⁰ Cfr. SP2705-2018 11 julio 2018, rad. 51574.

relacionadas dentro del acta final de ejecución de obras firmada el 5 de diciembre de 2009, observó que había actividades ejecutadas que no estaban dentro del contrato inicial y tampoco dentro de la adición del mismo. Incluso referenció que no encontró documentos que soportaran técnicamente los cambios efectuados en el acta final de ejecución de obras, y a pesar de que halló un *ACTA MODIFICACIÓN DE OBRA*, no obraba ningún soporte que avalara que los ítems nuevos allí estipulados fueron aprobados por la interventoría y la secretaría de infraestructura. Además, señaló, que en esa acta modificatoria aparecía relacionadas una piscina de enseñanza y una piscina de clavados las cuales no tienen relación con el objeto contractual, a saber, la piscina olímpica. Entonces, según el dictamen las actividades desplegadas por el contratista en cuantía de \$67.906.355.59 no debieron ser canceladas por el departamento.

Pero debe destacarse que diez años después de suscrita la negociación cuestionada fue realizada una visita a la obra encontrando que se estaba ejecutando un contrato de obra suscrito entre el Consorcio Parque Acuático y el Distrito de Santa Marta para la construcción del complejo acuático para los Juegos Bolivarianos, siendo informado el funcionario, entre otras cosas, que para el momento del inicio de esa obra había encontrado unas graderías, un vaso de piscina de dimensiones aproximadas de 49 x 24 m, que no cumplía con las medidas reglamentarias, por lo que de acuerdo a los diseños realizados por una consultoría, la localización del nuevo complejo acuático se desplazaba 8 metros hacia el

oriente, habiendo sido demolida en su totalidad la estructura existente y a su vez la piscina de clavados, conservándose únicamente la piscina de enseñanza.

Pese a las salvedades plasmadas por el servidor de policía judicial, estimó que el detrimento patrimonial por el contrato de suministro correspondía al 100% y por el de obra a \$103.335.307.10, pero nótese, por ejemplo, que cuando indicó lo relacionado con el acta final a partir del capítulo *OBRAS COMPLEMENTARIAS*, señaló que no mediaba soporte técnico para poder esclarecer sus aprobaciones, y que si bien había un acta de una reunión celebrada el 14 de abril de 2009, en la cual se daba cuenta de que el secretario de infraestructura departamental inició la reunión informando de la situación de los contratos de obra y de suministro para la adecuación y reparación de la piscina olímpica José Benito Vives de Andreis, hablando de la puesta en funcionamiento de las piscinas de enseñanza y clavados, aun cuando el objeto del contrato 363 de 2007 era la adecuación de la piscina olímpica.

Así, respecto del contrato 363 de 2007, las inspecciones judiciales y fotográficas muestran el tendido de hierro, los trabajos de demolición, es decir, una obra en proceso que fue suspendida, denotándose que el dinero entregado al contratista por concepto de anticipo por parte de INFANTE VERGARA fue invertido. Incluso el aspecto probatorio desplegado por la Contraloría Departamental de Magdalena, específicamente el dictamen técnico del ingeniero Carlos

Alvarado Bello¹⁶¹, concluyó que lo invertido en la parte inicial de la obra en la piscina ascendió a \$184.134.367.50, resaltando la Sala mayoritaria que el anticipo por dicho contrato fue de \$129.851.404.12, esto es, una cifra menor.

Bajo tales preceptos, para la Sala mayoritaria no existe prueba que lleve a concluir indefectiblemente que FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA haya incurrido en el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, pues lo cierto es que a 31 de diciembre de 2007 cuando terminó el encargo como gobernador del Magdalena ninguna cantidad de dinero de la administración departamental había sido objeto de apropiación o de una aplicación diferente al objeto de los contratos.

Del hecho de haber desembolsado los anticipos no es dable atribuirle jurídicamente la consumación del delito de peculado por apropiación, pues ello debe ir acompañado del ánimo de hacer propios los caudales públicos o de que un tercero lo haga, aspecto que no encuentra suficiente respaldo probatorio.

Y si bien quedó una parte de la obra por ejecutar, no se puede pasar por alto los varios factores que confluieron, como por ejemplo, el atender las sugerencias de la Federación Colombiana de Natación o la actualización del certificado de disponibilidad presupuestal, pero de tales vicisitudes no puede derivarse que el pago del anticipo por

¹⁶¹ Se menciona en la actuación de la fiscalía en cuaderno 1, fol. 296.

parte de INFANTE VERGARA cumplido antes de que cesara como gobernador, estuviera acompañado de un conocimiento delictivo y voluntad de ejecutarlo para afectar el erario departamental.

Muy seguramente el paso de los años dificultó la labor investigativa de la fiscalía, pues esta inició en julio de 2015, a casi ocho años de haberse paralizado la obra y ya cuando se hacían las otras adecuaciones al complejo acuático, transcurso del tiempo que explicaría que no se hubieran allegado elementos de convicción relacionados con las facturas de las compras realizadas por los contratistas que justificaran la inversión de los anticipos del 50% del contrato 363 de 2007, pagado el 30 de noviembre de 2007 por valor de \$129.851.404 y el del contrato 359 de 2007 el 27 de noviembre de 2007, por \$57.468.635, bajo la administración de INFANTE VERGARA, o un estudio financiero de las mismas empresas a fin de evidenciar sus movimientos económicos, acreditación de los proveedores de los insumos etc., sin que esa ausencia investigativa pueda mutarse para predicar la responsabilidad del citado gobernador, ya que contrariamente, como ya se indicó, arroja duda probatoria que impone dar cabal cumplimiento al principio universal de presunción de inocencia¹⁶², y aplicar el inciso 2° del artículo 7° de la Ley 600 de 2000, pues al no alcanzar el grado de conocimiento exigido para condenar, se impone aplicar el

¹⁶² Establecido como garantía fundamental en el artículo 29, inciso 4° de la Constitución Política, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.2) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (art. 8.2), entre otros Instrumentos Internacionales, y desarrollado también legalmente en el artículo 7° de la Ley 600 de 2000.

principio de resolución de duda en favor de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, con la consecuente absolución por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

No sucede lo mismo con DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, pues atendiendo el informe de policía judicial 10-12038 de 23 de noviembre de 2017, suscrito por el arquitecto Diego Hernando Buitrago Patiño y el contador público Bernardo Ramírez, respecto del contrato 363 de 2007; en el que indican que luego de revisar el contenido del acta final de obra, encontraron inconsistencias entre ésta y las actas 1 y 2, pues mientras en la primera los ítems 2.1 y 2.2 no presentan valores de ejecución, en las segundas sí, por lo que se infiere que a través de estas últimas se cancelaron valores de obras no ejecutadas equivalentes a \$21.675.683 y \$20.268.969, respectivamente, para un total de \$41.994.652.62.

Esta conclusión impide atender los argumentos esgrimidos por DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ con los cuales pretende descartar la tipicidad objetiva del delito de peculado con ocasión de los contratos estudiados, pues éste no emerge exclusivamente del hecho de que las otras dos piscinas, donde supuestamente se invirtieron los recursos de los contratos, fueron puestas en funcionamiento, sino, entre otros, de los valores pagados por obras no ejecutadas, máxime porque los objetos de los contratos estuvieron dirigidos a la adecuación y reparación de la piscina olímpica que era la que presentaba filtraciones de agua y alto consumo de energía y no a los otros escenarios deportivos, razón suficiente para rechazar el alegato del defensor que

asegura que los pagos autorizados se destinaron a la ejecución del objeto contratado y a las modificaciones de las obras.

En este mismo sentido en el acta final en la columna "CANT" los ítems ADIC 1 y ADIC 2 contemplan 10.5 m³ y 10.50 m³ por ejecutar, no obstante, en el Acta núm. 2 se determinó que se realizaron 121.40 m³ y 26.22 m³, pretendiendo que sobrepasaron las cantidades establecidas en la adición. En la columna de cantidades de obra acumulada del acta final no se indica ningún valor mientras que por este concepto en el acta núm. 2 sí, por lo que se infiere que se cancelaron cantidades de obras no ejecutadas equivalentes a \$71.905.118.78.

Asimismo, en el acta núm. 2, en relación con las cantidades ejecutadas en los ítems 2.1 y ADIC. 1 se ejecutaron 192.22 m³ y para los ítems 2.2 y ADIC. 2 un total de 41.52 m³, presentando un aumento en las cantidades de obra inicialmente contratadas, sin ningún soporte.

También advirtió el informe que la columna de cantidades de obra acumulada del acta final, presenta un valor negativo en razón a que mediante acta núm. 1 se realizaron 650 m² por \$21.069.100, por lo que se colige que mediante ésta se cancelaron valores de obra no ejecutados descontados en el acta núm. 2.

Ese mismo informe detectó valores pagados sin soporte técnico no previstos en el contrato inicial ni en la adición y,

salvo el acta de modificación de obra, no existen documentos que los justifiquen; sin embargo, en esta no constan documentos que avalen los cambios ni su aprobación por parte de la interventoría y de la secretaría de infraestructura.

Al mismo tiempo, el informe en mención advirtió que en el acta modificatoria aparecen ítems relacionados con las piscinas de enseñanza y clavados que no tienen correspondencia con el objeto del contrato 363 de 2007 y su adición, por lo que no debieron habersele reconocido al contratista.

Respecto del contrato 359 de 2007, el mismo informe señaló que en visita a la piscina olímpica no se encontró tubería, filtro o alguno de los elementos que se relacionan en el acta final de entrega de 24 de noviembre de 2009, por lo cual no se pudo constatar su funcionamiento y puesta en marcha porque la obra fue demolida en su totalidad.

En ese orden de ideas, tomando en cuenta además que la piscina objeto de los contratos nunca se puso en funcionamiento, dedujo un detrimento patrimonial de \$453.690.885.85, de los cuales como lo indica el informe 10-139925¹⁶³ de 1 de marzo de 2018, \$187.320.039 son imputables a INFANTE VERGARA y \$266.370.846.75 a DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, informe que a pesar de la crítica de la defensa en cuanto a que adolece de “error grave” por considerar que *“el monto del peculado corresponde a los pagos*

¹⁶³ A folio 228 c. 2 Fiscalía.

autorizados por su defendido durante la ejecución de ambos contratos”, es digno de mérito para la Sala; primero porque no es cierto que el peculado emerja de tal circunstancia, sino de los pagos autorizados sin soporte técnico y por obras no ejecutadas y, además, del hecho de que conforme lo pone al descubierto el informe 10-120138¹⁶⁴ al referirse al acta final, en particular al capítulo «OBRAS COMPLEMENTARIAS», ésta hace mención a la puesta en funcionamiento de las piscinas de enseñanza y de clavados a pesar de que el objeto del contrato 363 de 2007 era la adecuación de la piscina olímpica y no aquellas, “aun así, los ítems contratados no reflejaban la ejecución de dichas actividades, en principio se debe contar con APU (análisis de precio unitario) propuesto y/o aprobado por la gobernación o el ente encargado lo cual permite comparar los precios actuales del mercado, de igual manera no se evidencia cantidades de obra que respalden lo ejecutado”.

Bajos esas precisas circunstancias no hay duda de que las acciones desarrolladas por el exgobernador DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ se ajustan a la apropiación en favor de terceros de dineros del erario departamental en cuantía de \$266.370.846.75 por los pagos autorizados por conceptos de liquidación del contrato 359 de 2007, del anticipo de la adición al contrato 363 de 2007 y de las actas parciales 1 y 2 del contrato 363 de 2007, en concurso homogéneo y como corolario se le atribuirá la comisión del delito de peculado por apropiación en favor de terceros en calidad de autor en la cuantía señalada.

¹⁶⁴ C. 1 Fiscalía a folio 245.

6.7.2 Del tipo subjetivo

La ponderación de los siguientes medios de prueba acopiados al proceso, también transmiten a la Sala la certeza de que el acusado cuando cometió el punible sabía que permitía a los contratistas la apropiación de los recursos públicos en la cuantía prevista en el dictamen pericial contable citado.

Esto puede predicarse de DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, quien una vez posesionado como gobernador y enterado de las irregularidades advertidas en ambos contratos y de la suspensión de la obra y de los suministros, en lugar de poner fin a la contratación¹⁶⁵ autorizó el pago del acta parcial núm. 1 del contrato 363, por valor de \$88.392.849; el pago del cincuenta por ciento del anticipo de la adición núm. 1 al contrato 363 de 2007 por valor de \$40.254.521; el pago del acta parcial núm. 2 del contrato 363 de 2007 por valor de \$78.419.158.75; el pago del acta final del mismo contrato por valor \$3.293.918 y, finalmente, liquidó el contrato 359 de 2007 y autorizó el pago de \$56.010.400 para un total de \$266.370.846, recursos de los que finalmente se apropiaron los contratistas en detrimento del erario departamental atribuido a este procesado¹⁶⁶.

Dado el curso de los acontecimientos ya ampliamente reseñado puede concluirse que OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ sabía de su responsabilidad

¹⁶⁵ Principio de economía, Ley 80 de 93 art. 25-2 y 25-5.

¹⁶⁶ Cf. Informe de policía judicial, *ibidem*.

como ordenador del gasto y comprendía sin duda que de permitir que los contratistas se apropiaran de los recursos invertidos en los contratos incurriría en el delito de peculado y a pesar de ello, a sabiendas, se apropió en favor de terceros del dinero en la cuantía mencionada en detrimento del erario departamental.

El resultado de todo esto fue, sin duda alguna, comprendido por el procesado, quien a pesar de ello no se detuvo y produjo el resultado cambiando el objeto de lo contratado y liquidando una contratación irregular, autorizando pagos por obras no realizadas, serias irregularidades que constan en los distintos informes de policía judicial y que se cumplieron en una secuencia tal que permite suponer fundadamente que todo fue perfectamente calculado para permitir que los particulares se apropiaran de los recursos destinados para el suministro de los equipos de la piscina y para la obra de reparación y adecuación de la misma.

De acuerdo con lo anterior, se configura el tipo subjetivo del peculado por apropiación, imputándosele a título de dolo toda vez que no obstante conocer los elementos del tipo objetivo orientó su voluntad a la apropiación de dineros públicos por parte de terceros en la cuantía antes determinada.

Para la Sala está verificado en grado de certeza la concurrencia del delito de peculado por apropiación que se atribuye a OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ.

Aunque la fiscalía en la resolución de acusación imputó como forma de participación la *coautoría* con el argumento de que se “actuó mancomunadamente con los demás miembros del gabinete departamental que intervinieron en la tramitación de los contratos y contratistas”¹⁶⁷, sin más razonamientos o análisis que justifiquen su afirmación, como se advirtió, la Sala encontró que del acervo probatorio no se infiere, y la acusación tampoco lo explica, la presencia de elemento de juicio alguno que demuestre la existencia de un acuerdo común previo entre las personas señaladas de intervenir, en virtud del cual cada coautor se compromete a desempeñar un rol necesario para la concreción del plan previsto, de tal forma que cada uno tenga dominio sobre el hecho en unión de los demás, razón por la cual, atendiendo que tal circunstancia no aparece demostrada y que la pena prevista para el autor y coautor es la misma de acuerdo con los términos del artículo 29 del Código Penal y que por tanto su cambio no violaría el principio de congruencia ni afectaría las garantías fundamentales de los procesados, condenará a OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ en calidad de *autor*.

Así las cosas, acreditados los presupuestos contenidos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 y acogiendo la solicitud del ministerio público y del apoderado de la víctima, la Sala declarará penalmente responsable a OMAR RICARDO DÍAZGRANADOS VELÁSQUEZ, como autor del delito de

¹⁶⁷ Cf. Pie de página, folio 63 de la resolución de acusación.

peculado por apropiación en favor de terceros en cuantía de \$266.370.846.75.

6.7.3 Antijuridicidad

Como se dijo antes, para la configuración de este elemento no basta que se satisfaga desde el punto de vista netamente formal, esto es, exclusivamente referido a la contradicción entre la norma jurídica y la conducta del agente, sino que correlativamente es imperioso que ponga efectivamente en peligro o lesione sin justa causa el bien jurídico objeto de protección, es decir, debe presentarse la antijuridicidad material de la cual se deriva el principio de lesividad¹⁶⁸.

En el caso presente, la conducta endilgada al acusado además de típica de peculado es antijurídica en tanto su proceder no solo formalmente contravino la normatividad penal, sino de manera real y efectiva, sin existir una causal de justificación demostrada, lesionó el bien jurídico de la administración pública al permitir que terceros se apropiaran de recursos del erario departamental en detrimento de sus finanzas.

6.7.4 La culpabilidad

La culpabilidad no es otra cosa que el juicio de reproche en virtud del cual se le atribuye al sujeto activo de la

¹⁶⁸ Cf. CSJ. SP. radicado 38103 de 30 abril de 2013.

conducta la comisión de un delito porque dadas sus condiciones personales y sociales al tiempo de su realización se encontraba en condiciones de orientar su comportamiento conforme a derecho y no lo hizo.

Acorde con la objetividad que la actuación ofrece, en ningún momento se ha sugerido que al realizar todas y cada una de las conductas atribuidas al procesado no se encontrara en pleno uso de sus facultades y capacidades cognitivas que le impidiera determinar su comportamiento conforme a derecho, sin que en su favor concurra alguna de las causales de ausencia de responsabilidad previstas en el artículo 32 del Código Penal. OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ libremente decidió proceder antijurídicamente para ubicarse en el campo de la criminalidad, y lesionar sin justa causa el bien jurídico de la administración pública, por lo que debe responder penalmente por la comisión del injusto penal de peculado.

7. DOSIFICACIÓN PUNITIVA

7.1 FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA

Siendo la conducta ejecutada por este procesado típica, antijurídica y culpable se prevé como consecuencia una sanción punitiva, la que se establecerá conforme a los criterios de dosificación establecidos por el legislador y por la jurisprudencia, en relación con el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* con ocasión del contrato

359 de 2007, advirtiendo que en este evento no aplica el incremento de la Ley 890 de 2004, según se ha dicho.

7.1.1 La pena de prisión

En cuanto al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (artículo 410 del Código Penal), aplicable por razón de la fecha de los hechos, tiene como sanción entre 4 y 12 años de prisión, es decir, 48 y 144 meses. El ámbito de movilidad es de 24 meses¹⁶⁹. Los cuartos son: el primero oscila entre 48 y 72 meses; los dos cuartos medios de 72 meses más un día a 96 meses y de 96 meses más un día a 120 meses; y el cuarto máximo entre 120 meses un día y 144 meses. La inhabilitación es de 60 a 144 meses; el ámbito de movilidad es de 21 meses¹⁷⁰; los cuartos: de 60 a 81 meses; de 81 meses más un día a 102 meses; de 102 meses más un día a 123 meses; y, de 123 meses más un día a 144 meses. La multa es 50 a 200 smlmv, siendo el ámbito de movilidad 37.5 meses¹⁷¹, en consecuencia, el primer cuarto va de 50 a 87.5; los medios de 87.5 a 125 y de 125 a 162.5; y el máximo de 162.5 a 200 smlmv.

Aunque en la acusación la fiscalía le imputó genéricamente las circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal por ambos delitos sin desarrollarlas, limitándose a afirmar: *“por ejecutar la conducta sobre bienes o recursos destinados a actividades de bien común, como lo era la piscina olímpica, la posición distinguida del*

¹⁶⁹ Cada cuarto es de 24 meses (96 dividido en 4).

¹⁷⁰ Cada cuarto es de 21 meses (84 dividido en 4).

¹⁷¹ Cada cuarto es 37.5 smlmv. (150 dividido en 4).

procesado en la sociedad magdalenense, en tanto es personaje de prestigio y reconocimiento en ese medio regional, y haber obrado en coparticipación criminal (...)”, la Sala no le atribuirá ninguno, al menos en relación con este delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, porque respecto de la primera, el objeto material¹⁷² de este punible no corresponde a bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común, ya que el legislador hizo residir el desvalor de la conducta no en estos, sino en la legalidad de la contratación pública y dada la trascendencia de esta circunstancia en el incremento de la pena, debe ser objeto de interpretación y aplicación restrictivas, buscando siempre que sus consecuencias no desborden principios y garantías fundamentales como el de legalidad de la pena que rigen nuestro sistema jurídico. En cuanto a la segunda, la fiscalía no solo no desarrolló su hipótesis fáctica, es decir, cómo se vio favorecida la comisión del delito por esta circunstancia, sino que tampoco explicó si la posición distinguida del procesado derivaba del cargo, de la posición económica, de su ilustración, poder, oficio o ministerio. Y, por último, la tercera, como ya se dijo, la fiscalía además de asegurar una presunta coparticipación jamás la sustentó ni fáctica ni jurídicamente y para ello no bastaba simplemente con afirmar que “obraron mancomunadamente”, tampoco dijo si ésta era propia o impropia y cuál fue el aporte de cada uno de los partícipes al delito, y menos probó la existencia de un acuerdo común entre el procesado y sus colaboradores que respaldaran esta imputación.

¹⁷² El objeto material real es la cosa respecto de la cual se concreta la vulneración del interés jurídico protegido y a la que se orienta la conducta del agente. (CSJ. SP3959-2021).

A este respecto ha dicho la Corte:

“Doctrina por lustros reiterada en la jurisprudencia patria sobre esta materia, ha determinado como imperativo en orden a los supuestos de imputación de circunstancias agravantes de la pena, genéricas o específicas, que las mismas deben atribuirse fáctica y jurídicamente, en forma completa, inequívoca y expresa al procesado, toda vez que sólo pueden ser tomadas en cuenta en la sentencia aquellas expresamente imputadas. (...)

Por su parte, respecto a las causales genéricas de mayor punibilidad contempladas en el artículo 58 de la Ley 599 de 2000 (antes art. 66 Decreto-Ley 100/80), superado como se encuentra el criterio de que su valoración es exclusiva del fallador al dosificar la pena, lo mismo que la distinción doctrinal entre “objetivas” y “subjetivas”, es consenso en la jurisprudencia en cuanto a que aquellas deben ser atribuidas en el acto complejo de acusación de manera expresa, tanto fáctica como jurídicamente sin que esto se traduzca en convertir en presupuesto de la imputación la enunciación numérica del texto legal, como quiera que para ello es suficiente la valoración objetiva y subjetiva de la circunstancia de mayor intensidad punitiva mediante raciocinios que no permitan la duda acerca de su atribución a efectos de que puedan ser consideradas en el fallo, ya que, de lo contrario, al computarlas el juzgador atentaría contra el principio de congruencia.” (Rad 41734 de 18 de diciembre de 2013).¹⁷³.

Al contrario, se impone reconocer la circunstancia de menor punibilidad del numeral 1º del artículo 55 *ibidem*, por no haberse demostrado la existencia de antecedentes penales, en consecuencia, la Sala se moverá en el cuarto mínimo por concurrir únicamente una circunstancia de atenuación punitiva (art. 61 inc. 2 Código Penal).

En relación con el reconocimiento de esta causal de menor punibilidad, ha dicho la Sala de Casación Penal¹⁷⁴ que la pretensión punitiva de sancionar en sus justos límites

¹⁷³ Apartes citados en CSJ. SP1147-2022, radicado 60411 de 6 de abril de 2022. Pág. 73 y 74.

¹⁷⁴ CSJ. SP. Radicado 19970 de 27 de abril de 2005.

corresponde exclusivamente al Estado y por tanto, es a éste a quien incumbe demostrar la existencia de los antecedentes para que produzcan efectos jurídicos. Así se expresó:

3. En la revisión del expediente se constata que no existe documento alguno que demuestre que DELMIRO ANTONIO CUADRADO CORREA posee antecedentes penales. Esto es, que en su contra se hubiese proferido una sentencia condenatoria, ya en firme.

En efecto, de conformidad con el artículo 248 de la Constitución Política:

‘Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales’

Ahora bien, como la pretensión punitiva, en el sentido de sancionar al autor de una conducta punible en los justos límites de su culpabilidad radica exclusivamente en cabeza del Estado, es a sus órganos o funcionarios a quienes corresponde demostrar la existencia de los antecedentes para hacerles producir los efectos jurídicos.

4. Es, sin duda, deber del Juez estudiar todas las circunstancias que inciden en la punibilidad. Así lo exige el artículo 61 del Código Penal. Si el Tribunal Superior olvidó o no reparó en las circunstancias de menor punibilidad consagradas en el artículo 55 ibídem, como aquella que consiste en “la carencia de antecedentes penales”, generando consecuencias nocivas para el implicado, ese defecto in iudicando puede ser enmendado en casación.

No es que los Jueces de instancia hubiesen supuesto o imaginado que CUADRADO CORREA tenía antecedentes penales. Pues de haberlo hecho, se estaría ante un error de hecho por falso juicio de existencia.

Lo que ocurrió en este caso, fue que se ignoró la circunstancia de menor punibilidad establecida por virtud de la ley y por ello se tasó la pena tomando como punto de partida el cuarto máximo.

De ese modo, el Tribunal Superior dosificó la pena para el delito más grave, homicidio agravado, en 37 años de prisión, y desde ahí realizó los cómputos pertinentes al concurso y a la deducción por sentencia anticipada.

Como pasa a demostrarse, ese punto de partida ha debido ser inferior.

5. No asiste razón a la Procuradora Delegada en cuanto observa que la casacionista quiere derivar consecuencias de una prueba inexistente, pues el objetivo del reproche claramente expresado es recordar que no se allegaron documentos que acreditara la existencia de antecedentes penales y que, por tanto, esa realidad tenía que haberse estimado entre los factores determinantes de la menor punibilidad.

6. El Código Penal, Ley 600 de 2000, no permite tanta discrecionalidad al Juez, como ocurría en el régimen anterior, pues ya no puede moverse indiscriminadamente entre el mínimo y el máximo de la pena que trae el tipo infringido, sino que establece tres pasos a seguir obligatoriamente para la dosificación de la pena en un caso concreto:

6.1 Inicialmente, determinar el ámbito de punibilidad, que consiste en establecer los máximos y los mínimos aplicables en consideración al hecho imputado, con todos sus factores, modalidades y circunstancias que inciden en la punibilidad (artículo 60). El guarismo que resulta restando el mínimo del máximo es el ámbito de punibilidad¹⁷⁵.

En suma, corresponde al Estado demostrar la existencia de los antecedentes para los fines del proceso, de tal manera que si no se prueban, como ocurre aquí en donde no hay evidencia de los antecedentes penales del procesado, debe asumirse que carece de ellos.

Sigue ahora ubicar el cuarto de movilidad en que ha de establecerse la pena a imponer atendiendo los criterios previstos en el inciso segundo del artículo 61 del Código Penal, que para el caso, advirtiendo que obra únicamente una circunstancia de menor punibilidad, la pena debe ubicarse en el cuarto mínimo, es decir entre 48 y 72 meses.

¹⁷⁵ CSJ. *Ibidem*.

Tomando en cuenta los criterios establecidos en el aludido artículo 61 la gravedad de la conducta, el daño real causado a la administración pública, la máxima importancia del cargo que ocupaba el procesado, la más alta dignidad en el departamento, la mayor intensidad del dolo en la comisión de los punibles que se vislumbra con el accionar claramente intencional, la necesidad de la pena para que estas clases de conductas no queden impunes por el enorme perjuicio y pésimo mensaje que envían al conglomerado social, que cada día cree menos en las instituciones, para efectos de la tasación de la pena de prisión debe situarse para empezar en el cuarto mínimo por concurrir a la conducta, como se dijo, solamente una circunstancia de atenuación punitiva, y tomando además en cuenta la afectación en todos los órdenes causada, la necesidad de la pena y las funciones resocializadora y preventiva que cumpliría en este caso, estima la Sala necesario adicionar cuatro (4) meses al mínimo previsto, equivalente a un incremento porcentual del 16.66 por ciento dentro del ámbito de movilidad, por tanto, la pena de prisión por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se fija en cincuenta y dos (52) meses.

7.1.2 La pena de multa

El artículo 410 del Código Penal señala una pena de multa para este delito que oscila entre 50 y 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siendo el primer cuarto: 50 a 87.5; el segundo cuarto: 87.5 a 125; el tercer cuarto: 125 a 162.5; y el último cuarto: 162.5 a 200 smlmv.

Tomando en consideración las mismas razones expuestas para la pena de prisión y los parámetros previstos en el artículo 39-3 del Código Penal, la Sala a partir del mínimo, aumentada en la misma proporción del 16.66% de la pena privativa de la libertad, impondrá una multa por este punible de cincuenta y seis punto dos (56.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos.

Es preciso indicar que la multa se deberá consignar a nombre del Consejo Superior de la Judicatura, según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000.

7.1.3 Pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

El artículo 410 del Código Penal señala una pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas para el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales de 60 a 144 meses, siendo el primer cuarto: 60 a 81 meses; el segundo cuarto: 81 meses más un día a 102 meses; el tercer cuarto: 102 meses más un día a 123 meses; y el último cuarto: 123 más un día a 144 meses.

Ahora bien, tomando en cuenta los criterios establecidos en el aludido artículo 61 y reseñados al momento de señalar la pena de prisión, para efectos de la tasación de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, debe situarse para empezar, en el mínimo del primer cuarto, y dadas las circunstancias

anteriores y la proporción del 16.66% aplicada a la pena de prisión, la Sala impondrá por este delito, la pena de inhabilitación de sesenta y tres punto cuatro (63.4) meses.

7.2 OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ

Siendo las conductas ejecutadas por este procesado típicas, antijurídicas y culpables se prevé como consecuencia una sanción punitiva, la que se establecerá conforme a los criterios de dosificación instaurados por el legislador y por la jurisprudencia.

7.2.1 Del contrato sin cumplimiento de requisitos legales

La Sala entra a dosificar la pena para cada uno de los delitos, advirtiendo que en este evento no aplica el incremento de la Ley 890 de 2004, según lo ya dicho.

De acuerdo con lo normado por el artículo 31 del Código Penal, para dosificar la sanción en los casos de concurso de conductas punibles, el funcionario judicial debe partir de la castigada con la pena más grave. Por ello, se calculará individualmente la imponible para cada delito según las circunstancias específicas, aumentada hasta en otro tanto, sin superar la suma aritmética de las que corresponda a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas en cada caso. Seguidamente, se tendrán en cuenta los criterios señalados en los artículos 60 y 61 del Código Penal.

7.2.1.1 Pena de prisión

En cuanto al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (artículo 410 del Código Penal), aplicable por razón de la fecha de los hechos, tiene como sanción entre 4 y 12 años de prisión, es decir, 48 y 144 meses. El ámbito de movilidad es de 24 meses¹⁷⁶. Los cuartos son: el primero oscila entre 48 y 72 meses; los dos cuartos medios de 72 meses más un día a 96 meses y de 96 meses más un día a 120 meses; y el cuarto máximo entre 120 meses un día y 144 meses. La inhabilitación es de 60 a 144 meses; el ámbito de movilidad es de 21 meses¹⁷⁷; los cuartos: de 60 a 81 meses; de 81 meses más un día a 102 meses; de 102 meses más un día a 123 meses; y, de 123 meses más un día a 144 meses. La multa es de 50 a 200 smlmv, siendo el ámbito de movilidad 37.5 meses¹⁷⁸, en consecuencia, el primer cuarto va de 50 a 87.5; los medios de 87.5 a 125 y de 125 a 162.5; y el máximo de 162.5 a 200 smlmv.

No obstante que en la acusación la fiscalía le imputó genéricamente las circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal por ambos delitos sin desarrollarlas, la Sala por las mismas razones que explicó en el caso anterior no le atribuirá ninguno en relación con este delito.

¹⁷⁶ Cada cuarto es de 24 meses (96 dividido en 4).

¹⁷⁷ Cada cuarto es de 21 meses (84 dividido en 4).

¹⁷⁸ Cada cuarto es 37.5 smlmv. (150 dividido en 4).

Por el contrario, con los mismos argumentos señalados se impone reconocer la circunstancia de menor punibilidad del numeral 1° del artículo 55 *ibidem*, por no haberse demostrado la existencia de antecedentes penales, en consecuencia, la Sala se moverá en el cuarto mínimo por concurrir únicamente esta circunstancia de atenuación punitiva (art. 61 inc. 2 Código Penal).

Sigue a continuación ubicar el cuarto de movilidad en que ha de establecerse la pena a imponer atendiendo los criterios previstos en el inciso segundo del artículo 61 del Código Penal, que para el caso, teniendo en cuenta que obra únicamente una circunstancia menor punibilidad, la movilidad debe situarse en el cuarto mínimo.

Tomando en cuenta los criterios establecidos en el aludido artículo 61 como la gravedad de la conducta, el daño real causado a la administración pública, la máxima importancia del cargo que ocupaba el procesado como la más alta dignidad en el departamento, la mayor intensidad del dolo en la comisión de los punibles que se vislumbra con el accionar claramente intencional, la necesidad de la pena para que esta clase de conductas no queden impunes por el enorme perjuicio y pésimo mensaje que envían al conglomerado social, que cada día cree menos en las instituciones, para efectos de la tasación de la pena de prisión, debe situarse para empezar, en el cuarto mínimo, por concurrir a la conducta, como se dijo, solamente una circunstancia de atenuación punitiva, y tomando además en cuenta la afectación en todos los órdenes causada, la

necesidad de la pena y las funciones resocializadora y preventiva que cumpliría en este caso, estima la Sala, que al mínimo del primer cuarto debe adicionarle seis (6) meses más, equivalente a un 25 por ciento del rango de movilidad, por tanto, la pena de prisión por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se fija en cincuenta y cuatro (54) meses teniendo en cuenta los criterios previstos en el inciso 3° del artículo 61 del Código Penal, de cara a las particularidades que rodearon la ejecución de la conducta¹⁷⁹.

7.2.1.2 Pena de multa

El artículo 410 del Código Penal señala una pena de multa para este delito que oscila entre 50 y 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siendo el primer cuarto de: 50 a 87.5; el segundo cuarto de 87.5 a 125; el tercer cuarto de 125 a 162.5; y el último cuarto de 162.5 a 200 smmlv.

Tomando en consideración las mismas razones expuestas y la proporción impuesta para la pena de prisión, la Sala a partir del mínimo del primer cuarto, impondrá una pena de multa por este punible de cincuenta y nueve punto tres (59.3) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, que se deberá consignar a nombre del Consejo Superior de la Judicatura, según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000.

¹⁷⁹ *Cfr.* CSJ SP 2239 de 201, rad. No. 45099; y, CSJ SP 30 ab. 2014, rad. 41350, entre otras.

7.2.1.3 Pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

El artículo 410 del Código Penal señala una pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas para el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales de 60 a 144 meses, siendo el primer cuarto de: 60 a 81 meses; el segundo cuarto de 81 meses más un día a 102 meses; el tercer cuarto de 102 meses más un día a 123 meses; y el último cuarto de 123 a 144 meses.

Ahora bien, tomando en cuenta los criterios establecidos en el aludido artículo 61 y reseñados al momento de señalar la pena de prisión, para efectos de la tasación de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, debe situarse para empezar, en el cuarto mínimo, y dadas las circunstancias anteriores y la proporción aplicada para la pena de prisión, la Sala impondrá por este delito, la pena de inhabilitación de sesenta y cinco punto dos (65.2) meses.

7.2.2 Del delito de peculado

7.2.2.1 Pena de prisión

El delito de peculado por apropiación en favor de terceros (artículo 397 del Código Penal), tenía para la época de los hechos una pena que oscilaba entre 72 y 180 meses de prisión. El ámbito de movilidad es de 27 meses. Los cuartos son: el primero entre 72 a 99 meses; los dos cuartos medios

de 99 meses más un día a 126 meses y de 126 meses más un día a 153 meses; y el cuarto máximo entre 153 meses un día y 180 meses.

De acuerdo con la jurisprudencia vigente de la Sala de Casación Penal, no es necesario analizar de manera pormenorizada todos y cada uno de sus factores, ya que el juez de acuerdo con las peculiaridades de cada caso puede destacar la importancia de uno por encima de otro¹⁸⁰.

Para este delito se tendrá en cuenta la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 1 del artículo 58 del Código Penal por haber recaído el peculado sobre recursos destinados a actividades de utilidad común como eran precisamente los recursos orientados a promover las prácticas deportivas de la juventud magdalenense, que le fuera imputado en la acusación, en tanto que las circunstancias de los numerales 9 y 10 del artículo 58 no se tendrán en cuenta por las mismas razones planteadas antes, pues no se desarrollaron fáctica ni jurídicamente en la acusación.

En opinión de la Sala la atribución de la circunstancia del numeral 1 del artículo 58 no viola el principio *non bis in idem*, como lo sugiere la defensa, pues si bien la naturaleza de los recursos es pública y por tanto coincide con el objeto material del peculado, el desvalor de la conducta no obedece a su naturaleza, sino al hecho de su *destinación*, como quiera que se trata de recursos que debieron aplicarse a actividades

¹⁸⁰ CSJ SP 2239 de 201, rad. No. 45099; y, CSJ SP 30 ab. 2014, rad. 41350.

de utilidad común en beneficio de la juventud magdalenense dedicada a la actividad deportiva de la natación, con lo cual se colman los presupuestos de la agravante genérica deducida¹⁸¹.

Del mismo modo que para el delito anterior, y por las mismas razones ya expuestas, la Sala reconocerá en favor de DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ la causal de menor punibilidad del num. 1 del artículo 55 del Código Penal, esta es, la carencia de antecedentes penales.

Comoquiera que en este caso concurren una circunstancia de mayor y una de menor punibilidad, que implica en principio que la pena se ubique en uno de los dos cuartos de la mitad, la Sala, siguiendo la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal¹⁸², ya explicitada, seleccionará el cuarto medio que corresponda tomando en cuenta el número, la naturaleza y gravedad de las mismas.

Pues bien, revisadas la naturaleza y gravedad de las circunstancias de mayor y menor punibilidad indicadas llega la Sala a la conclusión que tiene mayor peso la primera sobre la segunda por recaer la conducta en recursos destinados a actividades de utilidad común cuya pérdida ocasionó inconmensurables perjuicios dado que con su consumación se privó a las juventudes del departamento de la posibilidad de desarrollar su potencial deportivo con todo lo que implica para la prosperidad de los jóvenes de una sociedad. En ese orden para los fines de la pena a imponer la Sala la determinará

¹⁸¹ Cf. CSJ. SP846-2020, radicado 56434 de 11 de marzo de 2020.

¹⁸² CSJ. SP338-2019, radicado 47675 de 13 de febrero de 2019.

partir del segundo cuarto medio de movilidad este es, entre 126 meses más un día y 153 meses.

De acuerdo con los mismos criterios, circunstancias y proporción del 25 por ciento aplicadas para dosificar la pena de prisión por el delito anterior, que no concierne repetir, la Sala impondrá por el delito de peculado la pena de prisión de ciento treinta y dos punto siete (132.7) meses.

7.2.2.2 Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

Conforme con el artículo 397 del Código Penal aplicable para la época de los hechos, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas es por el mismo término de la prisión por lo que se impondrá por este concepto los mismos ciento treinta y dos punto siete (132.7) meses.

7.2.2.3 Inhabilidad intemporal

Adicionalmente, le será impuesta de manera intemporal la sanción establecida en el inciso final del original artículo 122 del ordenamiento superior, preceptiva que en lo pertinente dispone:

“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado¹⁸³”.

¹⁸³ Texto original modificado por los actos legislativos N°. 1 de 2004 y 2009.

Frente a la inhabilidad de funciones públicas a perpetuidad, esta Corporación ha manifestado lo siguiente:

“La sanción anterior resulta aplicable por cuanto, a partir de la vigencia de la Carta Política de 1991, los servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, de manera adicional quedan inhabilitados, por disposición expresa del precepto constitucional, para ejercer cargos públicos y posteriormente, en virtud del acto administrativo No. 1 de 2004 para las restantes actividades mencionadas¹⁸⁴”.

Lo anterior, se acopla al caso de DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, a quien se le condena por el delito de peculado por apropiación.

7.2.2.4 Pena de multa

La multa corresponde al valor de lo apropiado sin que supere los cincuenta mil (50.000) smlmv que para el caso de DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ corresponde a la suma de \$266.370.846.75.

7.2.2.5 Del concurso

Ahora bien, conforme con los lineamientos del artículo 31 del Código Penal, quien *“con una sola 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 de las que*

¹⁸⁴ Cfr. CSJ SP1822-2017, RAD. 48679. Criterio reiterado en CSJ SP1176-2019, rad. 53765.

correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”.

En este caso la pena más grave es la del peculado por apropiación por lo que la Sala para efectos de determinar la pena de prisión partirá de la deducida para este delito, es decir, ciento treinta y dos punto siete (132.7) meses de prisión, aumentada hasta en otro tanto sin que supere la suma aritmética de las dos penas individualmente dosificadas (art. 31 inc. 1 del Código Penal), por modo que aumentará cuatro (4) meses más por cada uno de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos, es decir ocho (8) meses, que equivale a una proporción de 14.8%, para un total de pena de prisión de ciento cuarenta punto siete (140.7) meses a OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ.

En relación con la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas para efectos de individualizarla, la Sala partirá de los mismos ciento treinta y dos punto siete (132.7) meses de prisión y la aumentará en nueve punto seis (9.6) meses que corresponde a la misma proporción del 14.8% deducida para la pena de prisión por el concurso con los dos delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, para un total de pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ciento cuarenta y dos punto tres (142.3) meses más la inhabilitación intemporal del artículo 122 de la Constitución.

La pena de multa en el caso del concurso de acuerdo con el artículo 39-4 del Código Penal, corresponde a la suma de las multas impuestas por cada infracción en este caso, por razón del contrato sin cumplimiento de requisitos legales se impuso como multa cincuenta y nueve punto tres (59.3) smlmv para la época de los hechos a los que se sumarán \$266.370.846.75 por concepto del peculado, para una pena de multa total de doscientos sesenta y seis millones trescientos setenta mil ochocientos cuarenta y seis mil punto setenta y cinco pesos (\$266.370.846.75) más cincuenta y nueve punto tres (59.3) smlmv para la época de los hechos, que deberá consignar a nombre del Consejo Superior de la Judicatura, según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000.

8. DE LOS MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

Tratándose de delitos cometidos contra la administración pública, el artículo 68A del Código Penal prohíbe la concesión de beneficios y subrogados penales.

Sin embargo, tal preceptiva fue incluida en el ordenamiento penal por las Leyes 1453 y 1474 de 2011; 1709 de 2014; y, 1773 de 2016, vigentes con posterioridad a la fecha de los hechos que aquí conciernen, razón suficiente para no aplicar la citada prohibición; por lo tanto, es imperativo el estudio de los subrogados penales, de cara al cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador para la fecha de comisión de los hechos, tal como lo viene

aplicando esta Corporación en casos similares en relación con delitos contra la administración pública antes de la vigencia de las citadas normas¹⁸⁵.

8.1 En relación con INFANTE VERGARA

8.1.1 Suspensión condicional de la ejecución de la pena

Si bien el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, impone como requisito objetivo para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena «*Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años*», lo cual resulta más favorable que el límite impuesto en el texto original previsto en la Ley 599 de 2000, de 3 años, lo cierto es que no puede darse aplicación al nuevo canon, en atención a que sería imperativo la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 68A del estatuto punitivo, lo que a todas luces es contrario a los intereses del acusado, pues una interpretación diferente implicaría crear una especie de *lex tertia*, que se encuentra proscrita, en tanto conculca el principio de legalidad¹⁸⁶.

En ese sentido, acorde con lo establecido en el original numeral primero del artículo 63 de la Ley 599 de 2000, atendiendo el *quantum* de la pena privativa de la libertad impuesta al acusado (52 meses), es claro que no se cumple el requisito objetivo establecido; por lo tanto, es innecesario

¹⁸⁵ Cf. CSJ. SP1785-2019. Radicado 55124.

¹⁸⁶ Cf. CSJ AP4142-2016; CSJ SP4498-2016; CSJ AP1771-2016; y, CSJ SP1500-2020, rad. 54332, entre otras.

seguir en el estudio del aspecto subjetivo contenido en el numeral 2 de la norma citada; en consecuencia, FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, no se hace merecedor a la concesión de este.

8.1.2 De la prisión domiciliaria

Según la fecha de los hechos la norma a aplicar es el original artículo 38 de la Ley 599 de 2000:

«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.»

Este instituto ha sido modificado por las Leyes 1142 de 2007; 1453 de 2011 y 1709 de 2014, normas que previeron la exclusión de subrogados a diferencia del original artículo 38. Aun cuando la actual legislación contiene un requisito objetivo más favorable para los intereses de los procesados (8 años), lo cierto es que su aplicación aparejaría la prohibición prevista en el artículo 68A; por tanto, tal como se indicó en el acápite anterior no es dable tomar partes de varias normas (*lex tertia*), razón por la que la concesión de este subrogado se analizará de cara a lo previsto en el original artículo 38 de la Ley 599 de 2000.

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

específicas que califican o privilegian la conducta reprochada, incluyendo los dispositivos amplificadores que incrementan o disminuyen la punibilidad (CSJ SP18912-2017, Rad. 46930).

Bajo tal panorama, el requisito objetivo dispuesto en artículo 38 de la Ley 599 de 2000, original, se cumple en el presente asunto, habida cuenta que el delito por el que se declara penalmente responsable a INFANTE VERGARA comporta una pena privativa de la libertad mínima inferior a cinco años.

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

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

En tal labor, es necesario destacar que más allá de la lesividad intrínseca predicable del delito atribuido a INFANTE VERGARA, apreciada en su conjunto la conducta reprochada se advierte su gravedad en razón no solo de la afectación

cierta del bien jurídico de la administración pública, como mecanismo de protección de la función pública, sino por la repercusión social del comportamiento.

En efecto, los hechos probados en este caso revelan la evasión a la normativa de la contratación estatal que estaba compelido a cumplir en el ejercicio de la función pública que detentaba como gobernador, por ello, en punto de los criterios de retribución justa y prevención general asignados a la pena, no es viable concederle la prisión domiciliaria, pues el desdén con que desempeñó las funciones propias del cargo impide hacer un diagnóstico favorable sobre el peligro que representa para la comunidad.

Así las cosas, purgará la pena privativa de la libertad intramural; para el efecto, se solicitará su captura a través de los organismos de seguridad del Estado, cuando la sentencia se encuentre en firme, de acuerdo con el canon 188 de la Ley 600 de 2000¹⁸⁷:

“ARTICULO 188. CUMPLIMIENTO INMEDIATO. *Las providencias relativas a la libertad y detención, y las que ordenan medidas preventivas, se cumplirán de inmediato.*

Si se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva”.

¹⁸⁷ Cf. Criterio adoptado en CSJ SP6809-2016, rad. 40605.

Criterio decantado por esta Corporación en CSJ., SP.
Radicado 28918 de 20 enero de 2008:

“10. La ejecución de la sentencia¹⁸⁸:

Ante las omisiones reiteradas de los jueces en materia de ejecución de la sentencia, recuerda la Sala que en la sistemática procesal anterior (Ley 600 de 2000, artículo 188) la pena privativa de la libertad se ejecutaba desde el momento en que se profería la sentencia, pero cuando se trataba de una persona a quien se le negaba el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y ésta se encontraba gozando de una libertad provisional, era necesario esperar la ejecutoria del fallo para ordenar su captura¹⁸⁹”.

Tesis reiterada en CSJ, AP3329-2020, rad. 56180 y CSJ, SP2038-2019, rad. 53651, entre otras, al determinar que el canon 188 de la Ley 600 de 2000, señala que, si al procesado no le fue impuesta medida de aseguramiento, su aprehensión solo se ordenará hasta cuando quede en firme la sentencia¹⁹⁰.

En el presente evento, a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA en providencia de 26 de enero de 2018¹⁹¹ se le definió la situación jurídica, ocasión en que la Fiscalía se abstuvo de imponer medida de aseguramiento de detención

¹⁸⁸ Se citó: “Se reitera el criterio desarrollado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 15 de septiembre de 2004, radicación 19948”.

¹⁸⁹ Por ejemplo, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 20 de mayo de 2003, radicación 18684.

¹⁹⁰ Cfr. CSJ SP2544-2020, rad. 56691. En caso contrario, si se niega la suspensión de la ejecución de la pena y en el curso del proceso se dicta contra el procesado medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, procede la captura inmediata, situación que no sucede en el presente evento.

¹⁹¹ Cfr. Folios 1 a 53 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 3.

preventiva por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

8.2 En relación con DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ

8.2.1 Suspensión condicional de la ejecución de la pena

Si bien el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, impone como requisito objetivo para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena «*Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años*», lo cual resulta más favorable que el límite impuesto en el texto original previsto en la Ley 599 de 2000, de 3 años, lo cierto es que no puede darse aplicación al nuevo canon, en atención a que sería imperativo la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 68A del estatuto punitivo, lo que a todas luces es contrario a los intereses del acusado, pues una interpretación diferente implicaría crear una especie de *lex tertia*, la que se encuentra proscrita, en tanto cercena el principio de legalidad¹⁹².

En ese sentido, acorde con lo establecido en el original numeral primero del artículo 63 de la Ley 599 de 2000, atendiendo el *quantum* de la pena privativa de la libertad impuesta al acusado (140.7 meses), es claro que no se cumple el requisito objetivo establecido; por lo tanto, es innecesario continuar con el estudio del aspecto subjetivo

¹⁹² Cfr. CSJ. AP4142-2016; CSJ SP4498-2016; CSJ AP1771-2016; y, CSJ SP1500-2020, rad. 54332, entre otras.

contenido en el numeral 2° de la norma citada; en consecuencia, OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, no se hace merecedor a la concesión de este.

8.2.2 De la prisión domiciliaria

Como en el caso del anterior procesado, según la fecha de los hechos la norma a aplicar es el original artículo 38 de la Ley 599 de 2000, ya descrito y analizado, razón por la que la concesión de este subrogado se revisará de cara a lo previsto en el original artículo 38 de la Ley 599 de 2000.

Pues bien, en cuanto al elemento objetivo, esto es, que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos, en este caso no ocurre porque el punible de peculado por apropiación por el cual se condenará a este aforado, tiene prevista en la ley como mínimo pena de prisión superior a ese monto, vale decir, seis años.

Así las cosas, ante el incumplimiento del requisito objetivo previsto por el legislador para la concesión de la prisión domiciliaria se negará a OMAR RICARDO DIAZAGRANADOS VELÁSQUEZ; en consecuencia, purgará la pena privativa de la libertad intramural; para el efecto, como en el caso anterior y por la misma razón se solicitará su captura a través de los organismos de seguridad del Estado cuando la sentencia se encuentre en firme, de acuerdo con el canon 188 de la Ley 600 de 2000¹⁹³:

¹⁹³ Cf. Criterio adoptado en CSJ SP6809-2016, rad. 40605.

En el presente evento, a OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ en providencia de 26 de enero de 2018¹⁹⁴ se le definió la situación jurídica, ocasión en que la fiscalía se abstuvo de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

9. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 137 de la Ley 600 de 2000, el departamento del Magdalena se constituyó en parte civil en atención a que los delitos investigados atentan contra el bien jurídico de la administración pública, demanda admitida el 28 de mayo de 2020¹⁹⁵.

De acuerdo con lo estipulado por el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso en que se haya acreditado 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 lugar¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Cf. Folios 1 a 53 del cuaderno original de la Fiscalía núm. 3.

¹⁹⁵ CSJ. AEP050-2020 a folios 13 y siguientes del cuaderno original de parte civil.

¹⁹⁶ Cf. CSJ. SP18532-2017, rad. 43263.

El artículo 94 del Código Penal dispone que la conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de ella a la víctima o a los ofendidos, como el deber de restituir las cosas al estado en que se encontraban en el momento anterior a la comisión del delito, cuando ello fuere posible¹⁹⁷.

Los daños materiales están integrados por el daño emergente y el lucro cesante.

El primero se refiere a las erogaciones económicas efectuadas por el perjudicado para atender las consecuencias del delito. Dicho en otras palabras, el perjuicio sufrido en la estructura actual del patrimonio lesionado, el cual no puede fundarse sino en el acervo probatorio allegado al proceso.

La Sala de Casación Penal ha concebido, el daño emergente, como el perjuicio sufrido en el patrimonio económico de la víctima, derivado de ponderar el valor de los bienes perdidos o su deterioro respectivo, y las expensas asumidas para superar las consecuencias del suceso lesivo¹⁹⁸.

El segundo (lucro cesante) consiste en las ganancias o lo que deja de percibir el perjudicado a causa de la comisión del delito¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Cf. *Ibidem*

¹⁹⁸ Cf. CSJ SP, rad. 40559 de 17 abril de 2013, reiterado en CSJ SP18532-2017, rad. 43263.

¹⁹⁹ Cf. *Ibidem*.

En cuanto a los perjuicios morales se han reconocido dos modalidades, los subjetivos y los objetivados. Los primeros lesionan el fuero interno de las víctimas y se traducen en la tristeza, el dolor, la angustia o la aflicción que sienten las personas, y por lo mismo, no son cuantificables económicamente (artículo 56 del Código Penal), y los segundos, repercuten sobre la capacidad productiva o laboral de la persona agravada y, por consiguiente, son cuantificables pecuniariamente²⁰⁰.

Por regla general las personas jurídicas no sufren perjuicios morales subjetivos por cuanto no pueden experimentar dolor físico o moral, pero ello no obsta para que se puedan reconocer otros de carácter extrapatrimonial que derivan, por ejemplo, de la lesión del buen nombre de la entidad, en la medida que aparezcan demostrados en el proceso, los cuales serán resarcibles cuando amenacen concretamente la existencia o mermen significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento o las pongan en franca inferioridad frente a otras de su género o especie²⁰¹.

La demostración de los daños para ser liquidados se predica del perjuicio material, quedando el juez con la facultad de fijar los no valorables pecuniariamente, es decir, los morales de carácter subjetivo, cuyo único límite está determinado por la ley a partir de factores relacionados con

²⁰⁰ Cf. *Ibidem*.

²⁰¹ Cfr. *Ibidem*.

la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado²⁰².

Además, el daño para ser indemnizable debe ser cierto, directo y actual²⁰³.

En el caso de estudio, la Técnica Investigadora II, adscrita al Grupo de Policía Judicial de la Sala Especial de Primera Instancia, realizó dictamen pericial²⁰⁴ en relación con daños y perjuicios ocasionados por las conductas punibles cometidas por los procesados, y concluyó: (i) que el daño emergente atribuido a INFANTE VERGARA a septiembre de 2020 fue de \$390.356.887.88 y el atribuido a DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ de \$555.091.144.10; y, (ii) no fue viable efectuar la tasación del lucro cesante por no contar con soportes que *“permitan establecer que con los dineros de los contratos 363 y 359 de 2007 se hubiese dejado de percibir algún dinero o que se dejó de obtener alguna ganancia por parte del Departamento del Magdalena”*.

Este dictamen fue objeto de aclaración²⁰⁵ sin ninguna modificación.

Por razón de la absolución de INFANTE VERGARA por el delito de peculado, la Sala se abstendrá de condenarlo al pago de perjuicios materiales.

²⁰² Cfr. *ibidem*.

²⁰³ Cfr. CSJ SP, 11 agosto 2004, rad. No. 20139.

²⁰⁴ C. Sala 2 a folios 292 y siguientes.

²⁰⁵ C. Sala 4 a folio 688 y siguientes.

La Sala condenará a OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ a pagar a la tesorería departamental del Magdalena la suma de \$555.091.144.10 debidamente indexada desde la fecha en que se presentó el dictamen pericial, de acuerdo con la certificación expedida por el DANE.

Las conductas delictivas tampoco tuvieron la aptitud de disminuir la capacidad productiva o laboral del departamento de Magdalena o poner en peligro su existencia²⁰⁶, razón por la que no se condenará al pago de perjuicios morales por cuanto no aparece en el proceso que éstos hayan sido causados.

10. DE LAS COSTAS PROCESALES

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 56 de la Ley 600 de 2000 y 365 del Código General del Proceso, la Sala debe pronunciarse sobre la condena en costas procesales: *(i)* expensas y *(ii)* las agencias en derecho; si a ello hubiere lugar²⁰⁷.

Las costas del proceso son las erogaciones económicas que debe asumir la parte vencida que se componen de las expensas y las agencias en derecho. Las primeras son los gastos que se requieren para el juicio, diferente a los honorarios de abogados, por ejemplo, el pago hecho a peritos,

²⁰⁶ Cf. CSJ SP 18 de febrero de 2003, rad. 16262.

²⁰⁷ La Sala en SP00057-2021, radicado 00026 de 10 de junio de 2021, hizo lo propio.

gastos de fotocopias, viáticos de desplazamientos; en tanto que las agencias en derecho son los gastos hechos por la parte triunfante para ejercer la defensa judicial en el proceso como son los honorarios pagados al abogado, deben ser declaradas a favor de la parte demandante, y se determinan de acuerdo con lo establecido en el artículo 366-4 de la Ley 1564 de 2012, que remite a las tarifas previstas por el Consejo Superior de la Judicatura.

En el presente caso, como no se acreditaron en el proceso los gastos realizados por la parte civil durante el trámite del proceso no se condenará al pago de expensas; y por las agencias en derecho se calculará el 5% del valor de las pretensiones reconocidas, siguiendo la regla del artículo 1° del Acuerdo núm. 2222 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, vigente para el momento de la apertura de investigación previa²⁰⁸, según norma remisorio contenida en el canon 7 del Acuerdo núm. PSAA16-10554 de 2016²⁰⁹; suma que será pagada a favor del Departamento del Magdalena. Lo anterior dados los gastos en que incurrió por la actividad del abogado externo contratado por la gobernación para la defensa de sus intereses.

A INFANTE VERGARA no se lo condenará al pago de perjuicios, por lo que no habiendo pretensiones reconocidas

²⁰⁸ Cf. 5 de octubre de 2004. Folios 70 a 71 del cuaderno original 1.

²⁰⁹ El Acuerdo núm. PSAAA16-10554 de 5 de agosto de 2016 dispone lo siguiente: *ARTÍCULO 7°. Vigencia: El presente acuerdo rige a partir de su publicación y se aplicará respecto de los procesos iniciados a partir de dicha fecha. Los comenzados antes se siguen regulando por los reglamentos anteriores sobre la materia, de manera especial los contenidos en los Acuerdos 1887 de 2003, 222 de 2003 y 9943 de 2013 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.*

en lo referente a él, la Sala se abstendrá de condenarlo por concepto de agencias en derecho.

A DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ se lo condenará al pago de \$555.091.144.10 por razón de los perjuicios causados, por lo que el 5% para efectos del monto de las agencias en derecho corresponde a \$27.754.554.2, suma que deberá pagar a la parte civil por este concepto.

Por medio de la Secretaría de la Sala, expídanse las copias de que tratan los artículos 469 y 472 del Código de Procedimiento Penal, aplicado.

Finalmente, ordenará declarar que el cumplimiento de las penas aquí impuestas le corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad del lugar de la prisión intramural.

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

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, de condiciones civiles y personales conocidas como autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en relación con el contrato 363 de 2007; en consecuencia, se dispone CONDENARLO a las penas de 52

meses de prisión, multa de 56.2 smlmv para la época de los hechos, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 63.4 meses.

SEGUNDO. ABSOLVER a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales respecto del contrato 359 de 2007 y del ilícito de peculado por apropiación en favor de terceros. En consecuencia, se ABSOLVERÁ también del pago de perjuicios materiales, según lo expuesto.

TERCERO. DECLARAR a OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ de condiciones civiles y personales conocidas como autor responsable del delito de peculado por apropiación en favor de terceros en concurso heterogéneo con los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por los cuales fue acusado, en consecuencia, se dispone CONDENARLO a las penas de 140 meses y 21 días de prisión, multa de \$266.370.846 más 59.3 smlmv para la época de los hechos, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 142 meses y 9 días, y a la inhabilitación intemporal para el ejercicio de derechos y funciones públicas de acuerdo con el inciso 5 del artículo 122 de la Carta Política, con fundamento en las consideraciones expuestas.

CUARTO. CONDENAR a OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ la suma de \$555.091.144.10

por concepto de indemnización de perjuicios debidamente indexadas.

QUINTO. CONDENAR a OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ de la suma de \$27.754.554.20 por concepto de agencias en derecho a favor del departamento del Magdalena y abstenerse de condenar a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA por concepto de agencias en derecho.

SEXTO. NEGAR a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA y OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la pena privativa de la libertad por la prisión domiciliaria.

SÉPTIMO. En firme esta providencia, librar las órdenes de captura con el fin de ejecutar la sentencia impuesta, de acuerdo con lo señalado.

OCTAVO. COMUNICAR esta decisión a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y a la tesorería del departamento del Magdalena para el recaudo de la multa, la condena de perjuicios impuesta y las costas procesales.

NOVENO. Una vez ejecutoriado este fallo, remítase la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad – Reparto, para lo de su cargo.

DÉCIMO. REMITIR por secretaría las copias del fallo a las autoridades que alude el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal.

DÉCIMO PRIMERO. Contra esta sentencia procede el recurso de apelación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario



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

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Radicado No. 00242

FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA
OMAR RICARDO DIAZ GRANADOS VELÁSQUEZ

Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Como el proyecto que presenté como ponente fue aprobado completamente por la doctora Blanca, excepto la condena en contra de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA por el delito de peculado por apropiación que fue derrotada por la mayoría, razón por la cual fue necesario que la magistrada Blanca Barrero redactara esa parte de la sentencia, de cuyos argumentos obviamente discrepo, pues soy del criterio que el caudal probatorio transmite a la Sala el grado de conocimiento necesario para condenar; me corresponde expresar las razones de mi disenso.

Mi inconformidad se reduce a que atendiendo los argumentos ofrecidos en el proyecto del cual fui ponente, considero, como ampliamente expuse en su oportunidad, que la apreciación conjunta de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica permite estimar reunidos los medios probatorios suficientes para transmitir la certeza de la concurrencia de los elementos de la conducta punible y de la

responsabilidad del procesado en su comisión, de acuerdo con lo siguiente:

1. Mi petición de condena tiene como sustento el hecho de que antes de expirar su mandato fue quien como ordenador del gasto autorizó y pagó los dineros correspondientes a los anticipos del 50% de los contratos 359 y 363 de 2007, consumándose en ese momento, aún bajo su administración, la apropiación por parte de los contratistas terceros.

Sobre el momento consumativo del peculado por apropiación ha dicho la Corte¹:

“Está suficientemente decantado por la doctrina y la jurisprudencia que el delito de peculado por apropiación es de carácter instantáneo, por manera que se consuma cuando quiera que el bien público es objeto de un acto externo de disposición o de incorporación al patrimonio del servidor público o de un tercero, que evidencia el ánimo de apropiárselo².

*Tal premisa no ofrece mayores dificultades en aquellos eventos en que el acto de apropiación es consecuencia de la disponibilidad material de los recursos. No sucede lo mismo cuando el sujeto activo no detenta una relación tangible con estos, sino que la posibilidad de apropiación depende de su **disponibilidad jurídica**, del ejercicio de un deber funcional³ que faculta al servidor público para decidir sobre el destino de los bienes o recursos de la misma naturaleza.*

Esta es la situación predicable de los funcionarios judiciales, en la medida en que ostentan un vínculo con los bienes públicos respecto de los cuales adoptan decisiones, que les permite disponer de ellos a través de providencias vinculantes para las partes e investidas de la presunción de acierto y legalidad. Por ello, ha sostenido la Sala, cuando quiera que se apartan de su cometido legal y constitucional, para otorgar ilegítimamente a particulares derechos sobre bienes públicos, actualizan el tipo de peculado por apropiación.

¹ SP646-2021, radicado 53174 de 3 de marzo de 2021.

² CSJ AP, 18 abr. 2012, rad. 38188

³ CSJ SP, 6 mar. 2003, rad. 18021

No obstante, ello no puede llevar al extremo de afirmar (...), que el delito se consuma por la sola razón de las funciones oficiales, pues, sin perjuicio de que no se precise para su estructuración la producción de un resultado, sí exige la acción de apropiarse⁴ del patrimonio público, ya sea directamente o a través de un acto de disposición jurídica que se materialice sobre aquél.

En otras palabras, se requiere que esa facultad legal de disposición, derivada -esta sí- de las funciones atribuidas al funcionario judicial y que le permite ordenar la entrega o pago de rubros de naturaleza pública, “se traduzca en el cumplimiento de la decisión, que puede operar en momento más o menos cercano a su expedición, o diferirse en el tiempo de conformidad con la naturaleza de lo ordenado”⁵.

Ahora bien, hay asuntos en los que el momento consumativo de la conducta punible se identifica con el de proferimiento de la decisión judicial, como cuando esta por sí sola “sustraer el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga”⁶. No así cuando la realización de la conducta prohibida es producto de un acto complejo en el que converge la voluntad del juez que ilegalmente ordena el pago de lo no debido, pues en estos casos, la consumación acaece cuando ese acto de disposición jurídica se concreta en acciones que distraen el bien del patrimonio del Estado, despojándolo así de su función pública.

El delito, como expresión del comportamiento humano, requiere para su consumación la ejecución de todos los actos propios de la descripción típica. En este orden, la emisión de una decisión contraria a derecho que reconoce ilegalmente una acreencia a cargo del Estado constituye un acto ejecutivo que da inicio a la conducta desvalorada de peculado, pero no la colma. En consecuencia, si el fallo no se concreta en actos materiales de disposición sobre el erario, la conducta se queda en su fase tentada por ausencia de uno de los elementos esenciales del peculado por apropiación: el adueñarse para sí o para otro de bienes de naturaleza pública⁷. (Énfasis original).

La decisión absolutoria sostiene que no es posible asegurar que este procesado tuviera el control de la obra

⁴ “tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueño de ella, por lo común de propia autoridad”. Diccionario Usual. Real Academia Española

⁵ CSJ. SP, 20 feb. 2013. Rad. 39353. También CSJ. SP, 2 jul. 2014. Rad. 39356.

⁶ CSJ SP, 10 oct. 2012, Rad. 38.396.

⁷ CSJ SP, 28 jun. 2017. Rad. 49020

porque para el momento de la recomendación de la Federación Colombiana de Natación sobre la necesidad de conservar las dimensiones de una piscina olímpica, que produjo su suspensión, ya se habían girado los anticipos, sin embargo, lo que no tuvo en cuenta la Sala mayoritaria es que la recomendación de la federación, como se demostró, fue solamente un sofisma para adicionar el valor del contrato y soslayar la licitación pública, pues desde antes, incluso desde los estudios previos, estuvo considerada la necesidad de que la piscina conservara las dimensiones olímpicas. Es decir, la referida "recomendación" no fue imprevisto o una situación sobreviniente, sino precisamente un pretexto para que INFANTE VERGARA, convenientemente, días después de girar los anticipos, justificara la suspensión del contrato 363 y, de paso, la del 359, que sabía se habían tramitado y celebrado ilegalmente, siendo evidente el ánimo de apropiarse de los recursos, pues a partir de allí tuvo lugar el acto de apropiación, ya que debido a esta decisión los suministros contratados destinados a la reparación de la piscina no se entregaron, tal como consta en los informes de policía judicial dado que la piscina olímpica nunca se reparó y el acta de modificación del *objeto del contrato* fue otro subterfugio para dar apariencia de legalidad al pago del dinero como quiera que los materiales adquiridos lo fueron para ésta que era la que presentaba fisuras y fugas de agua, puesto que las otras dos, es decir, la de enseñanza y clavados funcionaban correctamente.

Como puede verse, la autorización y pago de los anticipos de los contratos 359 y 363 de 2007, constituyen actos

ejecutivos de la conducta de peculado que permiten pregonar su consumación desde ese momento, considerado el evidente ánimo de apropiación a favor de terceros que motivó la conducta de INFANTE VERGARA y que se desprende de todo el contexto que rodeó la tramitación de la contratación, incluido el doloso *fraccionamiento* del contrato con el que se pretendió justificar la asignación directa de la contratación.

Es más, los suministros que debían entregar e instalar en los términos del contrato 359, como reza su objeto, estaban destinados a la piscina olímpica y está nunca se adecuó y tampoco se reparó, luego en esas condiciones es obvio que jamás pudo cumplirse el compromiso contractual.

De ahí que la versión del contratista Arias Cardona, representante legal de TECNOAGUAS, no tenga correspondencia con la realidad, pues los distintos informes de policía judicial indicaron que los suministros no fueron instalados y no podían serlo porque sus especificaciones e instalación concernían a la piscina olímpica, que nunca se reparó y las otras dos no fueron objeto del contrato porque éstas siempre estuvieron en uso, incluso finalmente fueron demolidas.

En ese orden de ideas, no comparto, como se planteó en los debates, que hasta el momento en que finalizó el periodo de INFANTE VERGARA los contratos censurados se hubieran ejecutado y los anticipos invertido correctamente, porque antes de terminar su periodo la ejecución de los contratos se

suspendió incluso antes de iniciarlos, pretextando la necesidad de atender la recomendación de la federación de natación de adecuar las dimensiones a las de una piscina olímpica, hecho que, como se probó, ya estaba contemplado en los estudios previos, por lo que debe entenderse que se trató de un sofisma no solo para asignar directamente el contrato sino para facilitar la apropiación del dinero público por los terceros.

2. Si bien del informe de policía judicial 10120138 de 23 de noviembre de 2017 se desprende que finalmente la piscina olímpica y la de clavados terminaron demoliéndose por razón de las nuevas obras contratadas para la construcción del complejo acuático donde se desarrollarían los Juegos Bolivarianos de 2017; lo cierto es que el informe de policía judicial 9-93600 de 3 marzo de 2017⁸, suscrito por el Técnico Investigador II, Edgar Alfonso González Garzón ocho meses atrás del anterior, expresó que de acuerdo con la inspección fotográfica realizada a la piscina olímpica pudo corroborar lo evidenciado por la Contraloría General del Magdalena dentro del proceso de responsabilidad fiscal 311 en relación con el contrato 363 de 2007⁹, que se recibió y pagó la obra sin haberse terminado y se suscribió el acta de recibido a satisfacción haciendo constar hechos que no fueron ciertos, es decir, quedó en evidencia que, no obstante, los faltantes de obra se canceló el valor total del contrato.

⁸ Folio 38 c. Fiscalía 1.

⁹ Cf. Fallo con responsabilidad fiscal contra INFANTE VERGARA a folio 121 y siguientes del c. 1 fiscalía.

Entonces, si parte del monto total de los dineros apropiados fueron pagados antes del vencimiento del periodo de INFANTE VERGARA y autorizados por él¹⁰, debe concluirse necesariamente que a partir de ese momento se consumó el delito de peculado y, por tanto, le es atribuible en la medida correspondiente.

Sobre esto último no puede perderse de vista que, como se dijo antes, el peculado se estima consumado cuando el servidor público sustrae el bien de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlo propio o de que un tercero lo haga. En este caso, los recursos oficiales objeto de la apropiación fueron pagados cuando INFANTE VERGARA aún era gobernador y fue en ese momento en el que se ejecutó la sustracción y se privó al ente territorial de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumplió la acción hubiera entrado a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente para esto impedir al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público¹¹.

Desdeñar estos razonamientos exaltando el dicho de Juan Fernando Arias Cardona, representante legal de TECNOAGUAS, proveedora de los suministros a que hace referencia el contrato 359, testigo interesado y beneficiario a su vez de toda la ilícita contratación, pugna con lo razonable.

¹⁰ De acuerdo con el informe de policía judicial 10-120138 de 23 de noviembre de 2017 suscrito por un arquitecto y un contador del CTI rendido a instancia de la Fiscalía Once Delegada el anticipo del 50% del contrato 363 de 2007 fue pagado el 30 de noviembre de 2007 por valor de \$129.851.404 y el del 359 de 2007 el 27 de noviembre de 2007, por \$57.468.635, ambos antes de finalizar la administración de INFANTE VERGARA en diciembre de 31 de 2007.

¹¹ Cf. CSJ. SP. Rad. 38396 *ibidem*.

Creer que los instaló luego los retiró a pedido de uno de los acusados y, finalmente adquirió unos nuevos con cargo a su propio peculio para instalarlos en las otras dos piscinas no es creíble, porque constituye un hecho extraordinario, inusitado como que asumió parcialmente el costo de la obra, lo que, de haber sido cierto, se hubiera reflejado en el acta de liquidación del contrato y como se desprende de su revisión, tal hecho no consta allí¹². Es una declaración de última hora que no podía tener crédito por carecer de verosimilitud, precisamente por lo sorprendente que resulta.

Ahora, asumir como veraz el testimonio del contratista genera una contradicción que se ve reflejada en el fallo, pues aceptar que TECNOAGUAS cumplió con el objeto del contrato 359 de 2007, al mismo tiempo tendría que admitirse la atipicidad del peculado respecto de este contrato y, en consecuencia, en aras de la coherencia, debería haberse absuelto también a DIAZGRANADOS VELASQUEZ por el ilícito de peculado en relación con el contrato de suministro 359, lo que es desacertado por cuanto este punible está absolutamente acreditado en el proceso.

Es más, los suministros que debía entregar e instalar en los términos del contrato 359, como reza su objeto, estaban destinados a la piscina olímpica y está nunca se adecuó y tampoco se reparó, luego, en esas condiciones es obvio que jamás cumplió su compromiso contractual.

¹² C. anexo 5, fiscalía a folio 40.

Para el suscrito no es de recibo el argumento relativo a que antes de terminado el período de INFANTE VERGARA no se realizaron dobles pagos y los anticipos se invirtieron correctamente, y por tanto, el peculado no le es imputable, pues lo contradice el hecho demostrado de que la primera suspensión de la obra se dio durante su administración, poco antes de su finalización, a escasos días de haber celebrado el contrato de obra pretextando atender la recomendación de la federación de natación sobre las medidas reglamentarias de la piscina, pero, curiosamente, ya el procesado había autorizado los pagos de los anticipos y estos se habían cumplido.

Sin duda, la suspensión de la obra y la espuria razón que se adujo constituyen el punto nodal que dio lugar a la sustracción del dinero que coincide con el momento consumativo del peculado y puso al descubierto el ánimo de que terceros de apropiaran de éste.

Vistas así las cosas, no es aceptable el argumento de que mientras duró la administración de INFANTE VERGARA el contrato se “ejecutó plenamente” y los “anticipos se invirtieron debidamente”.

Ese mismo informe en relación con el contrato de suministro 359 de 2007, concluyó que, a pesar de que los suministros adquiridos tenían como destino la piscina olímpica allí no aparecieron instalados pues ésta no fue remodelada y tampoco puesta al servicio; circunstancia que desvirtúa el argumento de la defensa de INFANTE VERGARA basado en el

testimonio del contratista Arias Cardona en cuanto a que el contrato se ejecutó íntegramente y los anticipos se invirtieron conforme al plan propuesto antes de habilitar las otras dos piscinas.

En igual sentido el informe de policía judicial 10-120138 de 23 de noviembre de 2017, suscrito por el arquitecto Diego Hernando Buitrago Patiño y el contador público Bernardo Ramírez, respecto del contrato 363 de 2007; luego de revisar el contenido del acta final de obra encontraron inconsistencias entre ésta y las actas 1 y 2, pues mientras en la primera los ítems 2.1 y 2.2 no presentan valores de ejecución, en las segundas sí, por lo que se infiere que a través de estas últimas se cancelaron valores de obra no ejecutados equivalentes a \$21.675.683 y \$20.268.969, respectivamente, para un total de \$41.994.652.62.

Bajo esas precisas circunstancias para mí no hay duda que las acciones desarrolladas por el exgobernador permitieron que terceros se apropiaran de dineros del erario departamental en cuantía de \$453.690.885.75, de los cuales le son atribuidos a INFANTE VERGARA la suma de \$187.320.039 que giró con ocasión del pago de los anticipos de los contratos 359 y 363 de 2007¹³.

En este caso, nada se dejó al azar: las irregularidades en el trámite de los contratos, la omisión de la licitación pública, la elaboración apresurada de unos diseños sin ningún rigor

¹³ Cf. Informe Policía Judicial 10-139925 de 1 de marzo de 2018.

técnico por parte de INFANTE VERGARA, la entrega de los anticipos, la suspensión de la obra con el pretexto de atender la recomendación de la federación y la adición atribuibles a éste dan cuenta de un muy bien elaborado itinerario criminal para favorecer intereses de terceros en detrimento del erario departamental.

Es que no de otro modo puede explicarse la comisión de los delitos de contratación sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales. Es absolutamente irrefutable que estos delitos constituyeron el medio empleado para permitir que terceros se apropiaran de los recursos del departamento.

No se trata de una simple inferencia o suposición, por el contrario, como es de meridiana claridad, las conclusiones de algunos de los dictámenes periciales allí citados fueron corolario de los análisis contables y estudios respectivos que arrojaron como resultado la apropiación de los dineros por parte de terceros gracias a la voluntad de los exgobernadores en lo que a cada uno corresponde.

Bajo este análisis, desarrollado con más amplitud en el proyecto inicial, reitero mi criterio que existe certeza sobre la materialidad de la conducta de peculado y la responsabilidad del procesado INFANTE VERGARA en su comisión y, por tanto, la condena por el delito de peculado debió adoptarse.

En estos términos dejo justificado mi salvamento parcial de voto.

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado



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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

Radicado 00242

SALVAMENTO PARCIAL Y ACLARACIÓN DE VOTO

Se acostumbra iniciar la exposición manifestando el respeto debido hacia las opiniones de los compañeros de Sala, sin que por ello se deba sacrificar las propias y este evento no será la excepción.

Pero, en esta oportunidad sí considero indispensable ampliar o extender el respeto en este tipo de intervenciones, pues, no solamente debe circunscribirse al campo interno en la función de la Corporación. Va más allá.

El salvamento de voto propugna por la confianza que la sociedad, la comunidad jurídica y la misma justicia depositan en sus magistrados cuando de ellos se esperan pronunciamientos que materialicen la controversia democrática originada en el análisis de los casos.

De allí que quien disiente de una argumentación y conclusión mayoritaria se obligue, en virtud de ese respeto, a presentar sus argumentos que aun cuando para algunos no se consideren plausibles o se califiquen de equivocados,

en todo caso, es una manifestación clara del principio de autonomía e independencia en la función judicial.

El **temor** a plantear un argumento serio, ponderado y bien elaborado, es un mal consejero para el juez penal. Quien así actúa, en el proceso de legitimación de la decisión judicial, el que corresponde a su escrutinio social, la incertidumbre se manifestará. Lo que acabo de decir, actualiza la famosa expresión de Couture:

"...el juez es el centinela de nuestra libertad. Cuando todo se ha perdido, cuando todos los derechos han caído, cuando todas las libertades han sido holladas, cuando todos los derechos han sido conculcados, siempre queda la libertad mantenida por el juez. Pero el día en que el juez tenga miedo, sea pusilánime, dependa de los gobiernos, de las influencias o de sus pasiones, ningún ciudadano podrá dormir tranquilo, porque ya no queda más derecho en esa pobre patria así perdida"¹

Así pues, el salvamento de voto no es una mera constancia, un antecedente histórico de la decisión o una muestra de rebeldía; corresponde al cumplimiento de la labor encomendada por la Constitución, la ley, la comunidad jurídica y la sociedad en general.

Es con fundamento en el respeto ampliado que acabo de expresar, que expondré los argumentos que sustentan mi oposición a la decisión mayoritaria. Igualmente, otorgaré las razones por las cuales aclaro el voto en la absolución del exgobernador INFANTE VERGARA respecto del delito de

¹ COUTURE, Eduardo, J., Revista de Derecho y Ciencias Jurídicas, Perú, 1947, págs. 24 a 26.

peculado por apropiación en favor de terceros, de la cual integro mayoría.

Presentaré inicialmente un marco jurídico que creo necesario para mejor comprensión de mis conclusiones.

I. MARCO JURÍDICO Y CONCEPTUAL

Aun cuando uno de los postulados del suscrito para apartarse de la decisión mayoritaria se enmarca en el estudio de la tipicidad objetiva para el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, son dos los que me invitan a reflexionar preliminarmente: **i) Tipicidad subjetiva y ii) duda razonable.**

1. De la tipicidad subjetiva.

En vista que los delitos atribuidos a los exgobernadores del Departamento del Magdalena fueron imputados a título de **dolo**, será este el tema de estudio en el presente acápite.

Luego de leer la decisión mayoritaria y confrontar su contenido con la prueba legal y oportunamente allegada al proceso, encuentro la necesidad de analizar esta modalidad de la conducta partiendo de su definición legal en el Código Penal:

“...ARTÍCULO 22. DOLO. *La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar...”*

Para aquello que me interesa resaltar, me ocuparé de aquel primer concepto legal del dolo que describe una clara conducta premeditada: el *conocimiento de la infracción penal y querer su realización*.

En corrientes doctrinales y legales de otros países, hace carrera la tesis referida a que el dolo se materializa únicamente en el *conocimiento* más las *consecuencias* para el bien jurídico (su riesgo o afectación), eliminando de este modo el aspecto volitivo, mientras que en Colombia aún se mantiene la clásica fórmula del **conocimiento (elemento intelectual) más voluntad (elemento volitivo) de ejecutar la conducta**, pues, las consecuencias frente al bien jurídico o sus riesgos, se evalúan en el análisis de la antijuridicidad, o como parte del agotamiento de la conducta punible que determina o cuantifica el daño.

La dificultad que comúnmente se presenta para extraer el dolo en la valoración de un caso particular, consiste en obtener prueba que lo manifieste en el grado de certeza, esto es, sin el mínimo asomo de duda. Esto, por cuanto no es posible presumir su existencia. Debe probarse.

Esa dificultad se afina en la lógica imposibilidad de penetrar la mente del actor para conocer aquellos aspectos intelectuales y volitivos que lo componen. Por ello, un primer evento de donde puede inferirse es precisamente en la acción, es decir, en la exteriorización de la idea criminal a través de los conocidos actos ejecutivos.

Pero tal evidencia de un comportamiento doloso a partir de la acción, generalmente corresponde a una inferencia que posibilitaría el error de considerarlo un juicio privado o como se les ha denominado: de íntima convicción.

Una vez se conoce la acción, para probar el dolo debe acudirse al principio de corroboración periférica, según el cual, el investigador, dotado de atributos concretos, uno de ellos el conocimiento de la materia, pueda proponer cuestionamientos que fácilmente lleven a confirmar o desvirtuar las razones de la acción: ¿por qué se ejecutó? ¿cuál la finalidad o propósito de hacerlo? ¿qué consecuencias trajo? ¿efectivamente se quería causar un daño?, en fin, todos los necesarios que permitan la materialización del principio de investigación integral, garante de la presunción de inocencia.

De ese modo, es posible que la prueba adicional a aquella que surge de la acción, lleve a concluir que la persona procesada sabía que su conducta constituía una infracción penal y además quería su realización. De no llegarse a este conocimiento en grado de certeza, se impone la absolución.

2. De la duda razonable.

Iniciaré por recordar que la acción penal es todo un proceso de conocimiento cuyo fin principal, en este caso, de corte inquisitivo, es el de buscar la verdad a través de métodos generalmente deductivos que obligan, al máximo, el

uso de los órganos de los sentidos a través de los cuales se absorbe la información que llegará a la mente del juez para su ejercicio reflexivo (proceso de abstracción).

La labor del juez en esas circunstancias es fundamental para la sociedad entera y además de bastante riesgo en cuanto a sus capacidades de discernir o valorar lo que la prueba ofrece. El juez entonces debe marginar sus arraigos culturales, ideológicos, vivencias personales, etc. y de allí generar en la sociedad la tranquilidad de ver sus derechos en manos de funcionario(a) imparcial.

No obstante, precisamente por la condición humana del juez, el riesgo a equivocarse está presente en todo instante, por ello las palabras que sobre el punto ha expresado la Corte:

“...la justicia es humana y, por lo mismo, falible, de ahí que el acto soberano y trascendente de emitir sentencia de condena tiene que estar anclado firmemente en prueba de irrefutable solidez; cuando ello no ocurre, se impone en nombre de esa misma justicia, decisión absolutoria...”²

A partir del conocimiento de los hechos y de aquello que se aporte con los mismos, el instructor se obliga a proponerse hipótesis claramente determinables en favor y en contra de la persona denunciada (investigación integral), luego el error al escoger la hipótesis a despejar, el recaudo de la prueba que la puedan postular como una verdadera tesis,

² CSJ SP6700-2014 Radicado 40105

necesariamente genera consecuencias adversas a la pretensión acusadora, dado que en la fase de juzgamiento, la resolución de acusación, desde los puntos de vista fáctico y jurídico, corresponde al tema de prueba para la audiencia pública.

Es decir, la prueba en la fase de juzgamiento tiene el propósito de confirmar o desvirtuar la acusación. Ya no se practican con el objeto de descubrir hechos y circunstancias desconocidos, sino con el propósito de superar el concepto de probabilidad de verdad que trae el pliego de cargos y poder así mutarlo en el grado de certeza.

El conocimiento surge de un proceso cognitivo originado en las imágenes mentales que se producen mediante el uso de los sentidos, las cuales se van conjugando para la construcción de una figura única (hechos jurídicamente relevantes) compuesta por cada una de las individuales (prueba) y con ello poder llegar a la conclusión alejada de cualquier manto de duda razonable.

A falta de una o varias imágenes que permitan a la mente del juez fallador la construcción de aquella que conformará la estructura completa de los hechos jurídica y penalmente relevantes dentro de la hipótesis delictiva, la conclusión es la ausencia de certeza.

En una situación así *“...se impone la aplicación del apotegma in dubio pro reo (artículo 29 Constitución Política y 7° de la Ley 906 de 2004), ya que como lo tiene decantado de manera inveterada la Sala de*

Casación Penal, ante falta de certeza probatoria en el momento de proferir sentencia debe activarse la señalada garantía para prevenir el inaceptable riesgo de condenar a un inocente, extremo de la disyuntiva falladora más grave que el de absolver a un eventual responsable...³

3. El caso concreto.

De las conclusiones a las que se arriba en la sentencia original, estoy de acuerdo únicamente en la absolución del exgobernador INFANTE VERGARA del cargo por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales con ocasión del contrato 359 de 2007. Disiento en lo demás por las siguientes razones:

3.1. Tipicidad en el caso del exgobernador FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA - Contrato sin cumplimiento de requisitos legales - Contrato 363 de 2007.

Para efectos de sostener la tipicidad objetiva del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la Sala mayoritaria plantea tres cargos a saber:

3.1.1. Falta de licencia de construcción.

Es insistente la sentencia en la definición legal de la expresión *reparaciones locativas*, para afirmar inicialmente que, si la descripción del objeto del contrato fue "*adecuación y reparación*" de la piscina olímpica significa que se realizaría

³ CSJ SP6700-2014 Radicado 40105

una modificación. Argumento que se soporta, entre otros, a partir de la definición del verbo *adecuar* que trae la RAE.

Creo que la premisa aludida es equivocada para adherirla a otros medios de conocimiento y de allí obtener una primera conclusión acerca de la necesaria licencia de construcción.

Observando con detenimiento los términos de referencia para la convocatoria a la contratación directa que realizó el exgobernador INFANTE VERGARA, el contrato mismo y demás medios de convicción, concluyo que, por el contrario, la obra no requería licencia de construcción, dado que no se trataba de modificación estructural sino de reparaciones locativas.

Los aludidos estudios de conveniencia para este contrato, contienen los motivos esenciales de la obra y fueron citados en la sentencia. Allí se hace referencia al deterioro global del complejo deportivo (compuesto por tres piscinas, gradas y demás), dejando en claro que lo **relevante** es *“...filtración sobre el muro que da al foso de clavados...”* y por ello se determina buscarle solución *“...al problema de filtración y deterioro en general...”*.

En la sentencia se indica que el contrato tenía por objeto la *“...adecuación y reparación de la piscina”* y se toma la expresión *adecuar*, para afirmar que *“se infiere la intervención de la estructura...”*, por ende, se requería licencia de construcción.

Creo que resulta jurídicamente inviable determinar la tipicidad objetiva partiendo de **inferencias** que, por su naturaleza, podrían considerarse razonamientos producto del conocimiento privado del juez o íntima convicción, pues, existen medios de conocimiento que controvierten dicha reflexión.

Para ofrecer mi opinión en este cargo, parto del siguiente cuestionamiento:

¿Qué fue lo que se propuso para la solución del deterioro y filtración en la piscina?

De acuerdo con el estudio de conveniencia, la respuesta a este interrogante correspondió a *"...armar un cofre de concreto que se levante alrededor de los muros existentes y demoler uno de los extremos con el fin de **conservar las medidas reglamentarias...**"*.

La interpretación que le doy a la frase que me permitió resaltar en negrilla, es distinta a la ofrecida en la sentencia, pues, en mi sentir, se partía del hecho que la piscina ya tenía medidas reglamentarias, luego, se pretendían **conservar**.

Esto lo explica la construcción de un "cofre" interno que permitiera mantener la piscina como originalmente se construyó, tal como se puede apreciar en las fotografías que

aportan los diversos informes de los servidores que apoyaron a la Fiscalía en su trabajo de instrucción⁴.

En tales imágenes se observa clara la instalación de varillas unidas en la forma que comúnmente se atan para cubrirlas en concreto. Es precisamente esto lo que entiendo como “cofre”, esto es, una caja en concreto en la parte interna de la piscina que, por obvias razones, saneaba el que presentaba la filtración.

Por manera que, en mi opinión, un análisis reposado de las expresiones usadas en el estudio de conveniencia y en el objeto del contrato 363 de 2007, lleva a la conclusión acerca de que efectivamente se trataba de unas reparaciones locativas que para su ejecución, no se requería licencia de construcción por parte de la Curaduría Urbana, al punto que esta misma entidad, frente a las características de la obra, respondió a un derecho de petición que elevó la defensa material, en los siguientes términos:

“...las intervenciones descritas por usted en su solicitud, referidas a solucionar problemas de filtración y cambios de equipos en una piscina, constituyen reparaciones locativas y, por consiguiente, no requieren para su ejecución licencia de construcción...”⁵.

No se dice nada de este documento en la sentencia, además, no existe en la actuación prueba científica que lo controvierta, solo se presentan informes derivados de diligencias de inspección judicial que muestran el estado en que quedó la obra, pero de ningún modo, pericias reveladoras

⁴ Actuación de la Fiscalía Cuaderno 3 Folios 19 a 21 para citar algunas de ellas.

⁵ Actuación Fiscalía Cuaderno 1 Folio 214

de un verdadero trabajo estructural que conforme con las normas vigentes para la época, requirieran de licencia de construcción.

Un argumento adicional para afirmar que no se trataba de una obra que involucrara modificaciones estructurales, consiste en que fue precisamente la ausencia de ello en el objeto del contrato lo que generó su paralización inicial e incluso una adición que suscribió el Gobernador encargado PABÓN MIRANDA.

Todo inició con fundamento en un documento signado por SERGIO VALIENTE GÓMEZ en condición de Director Técnico de la Federación Colombiana de Natación dirigido a la Liga de Natación del Magdalena, en el que textualmente menciona:

"Para la Federación Colombiana de Natación es de gran satisfacción conocer que se adelanta la reparación de las piscinas olímpicas de Santa Marta, hecho de gran beneficio social para el deporte del Magdalena.

En la intención de colaborar a que la reconstrucción permita realizar eventos nacionales e internacionales en esos escenarios, tenemos a bien informarles las exigencias y normas establecidas por la Federación Internacional de Natación para la organización de competencias cuyos resultados puedan ser reconocidos y oficializados, tanto a nivel nacional como internacional..."⁶.

En este punto me anticipo un instante al análisis del tipo subjetivo de este delito, para indicar que el estudio comparativo que allí se hace entre el original contrato 363 y la adición, se observan las grandes diferencias en la

⁶ Cuaderno 1 Folio 121 de Anexos de la Fiscalía

ampliación de la obra y por lo mismo, se ofrece clara la ausencia de una modificación estructural de la piscina.

Al valorar adecuadamente y en conjunto la adición del contrato y la manifestación de la FCN es fácil extraer de allí que ese nuevo instrumento contractual se realizó precisamente para atender las sugerencias de tal entidad, pues, allí se indica:

“...Que en desarrollo de las obras es manifiesta la necesidad de efectuar obras no previstas en el inicio consistentes en la demolición de muro estructural con taladros neumáticos para un muro de espesor 70 cms reforzado, así como mayores cantidades de obra en las estructuras de fondo y paredes de concreto, a fin de cumplir con las exigencias a nivel nacional para este tipo de obras en piscinas de carácter olímpico...”

Fue, entonces, la adición del contrato 363 la que incorporó la viabilidad de realizar modificaciones aparentemente estructurales, sin embargo, este documento no fue suscrito por el exgobernador INFANTE VERGARA, sino por el gobernador encargado para entonces PEDRO PABLO PABÓN MIRANDA a quien la Fiscalía favoreció con preclusión de la investigación argumentándose falta de experiencia y por realizar lo que sus asesores le indicaban.

El testimonio de EVALDO ALEXIS MEJÍA VILLALOBOS⁷, rendido el 28 de junio de 2018, quien fuera interventor de la obra en las administraciones de INFANTE VERGARA, PABÓN MIRANDA y DIAZGRANADOS, aclara aún más la situación. Dicha persona inicia por precisar que el

⁷ Actuación de la Fiscalía No. 4

contrato 363 era de remodelación y adecuación, **no de construcción** y el otro, el 359 de suministro⁸. Es así como la obra inicia y consistía en aprovechar lo existente, es decir, revestir los muros existentes con muros nuevos, adheridos con barras de anclaje. Habiéndose armado el hierro, llega la comunicación de la Federación Colombiana de Natación.

Aclaró que el documento, si bien tiene fecha 30 de noviembre de 2007, llegó a manos de la administración departamental a mediados de diciembre de 2007, en el que se menciona sobre la posibilidad de aprovechar la obra para dejar la piscina con medidas reglamentarias, esto hizo que se suspendiera la ejecución del contrato quedando solo en el armado del hierro.

La explicación que otorga el interventor acerca de la fecha del documento (30 de noviembre de 2007) de elaboración del documento por parte de la Federación Colombiana de Natación y aquella en que materialmente se recibió (mediados de diciembre del mismo año), se ofrece lógica si se revisa que su destinatario no era la Gobernación sino la LIGA DE NATACIÓN DEL MAGDALENA.

Sus jefes el Gobernador Infante Vergara y el Secretario de Planeación se reunieron y concluyeron en admitir lo sugerido por la Federación, lo cual generó la adición del contrato en el que se incorporó la demolición total del muro que presentaba la filtración.

⁸ Record: 06:34

Pasados unos días, ya en enero de 2008, el interventor advirtió que, por el uso de martillos neumáticos para destruir el muro de la filtración, se afectaron los demás, por lo que solicitó a la gobernación un análisis patológico de la obra y fue así como DIAZGRANADOS adelantó gestiones sobre el particular ante varias entidades.

Este testimonio, en cuanto a la actuación de INFANTE VERGARA, respalda mi tesis consistente en que el contrato 363 tenía como único objeto unas simples reparaciones locativas mas no estructurales.

Quienes no manejamos las expresiones técnicas de la ingeniería civil, creemos que decir **demoler** es únicamente eliminar, tumbar, derribar completamente, cuando la misma expresión, al parecer la usan los expertos cuando se refieren, por ejemplo, a las perforaciones para instalar las barras de anclaje que menciona el interventor. Y digo al parecer, por cuanto no me es posible afirmarlo debido a que ningún especialista en esas materias lo explica; sin embargo, el análisis de este particular aspecto me genera esa inferencia lógica.

Consideré relevante la anterior reflexión dado lo manifestado por el interventor relacionado con el hecho de autorizarse la demolición del muro afectado con filtración solo hasta el momento de la adición del contrato.

Por ello, fue necesario consultar el contenido del contrato 363 de 2007 y la adición. Encontré unos precios y medidas absurdos para entender que allí se contrataba la **demolición (destrucción total) de muros estructurales**.

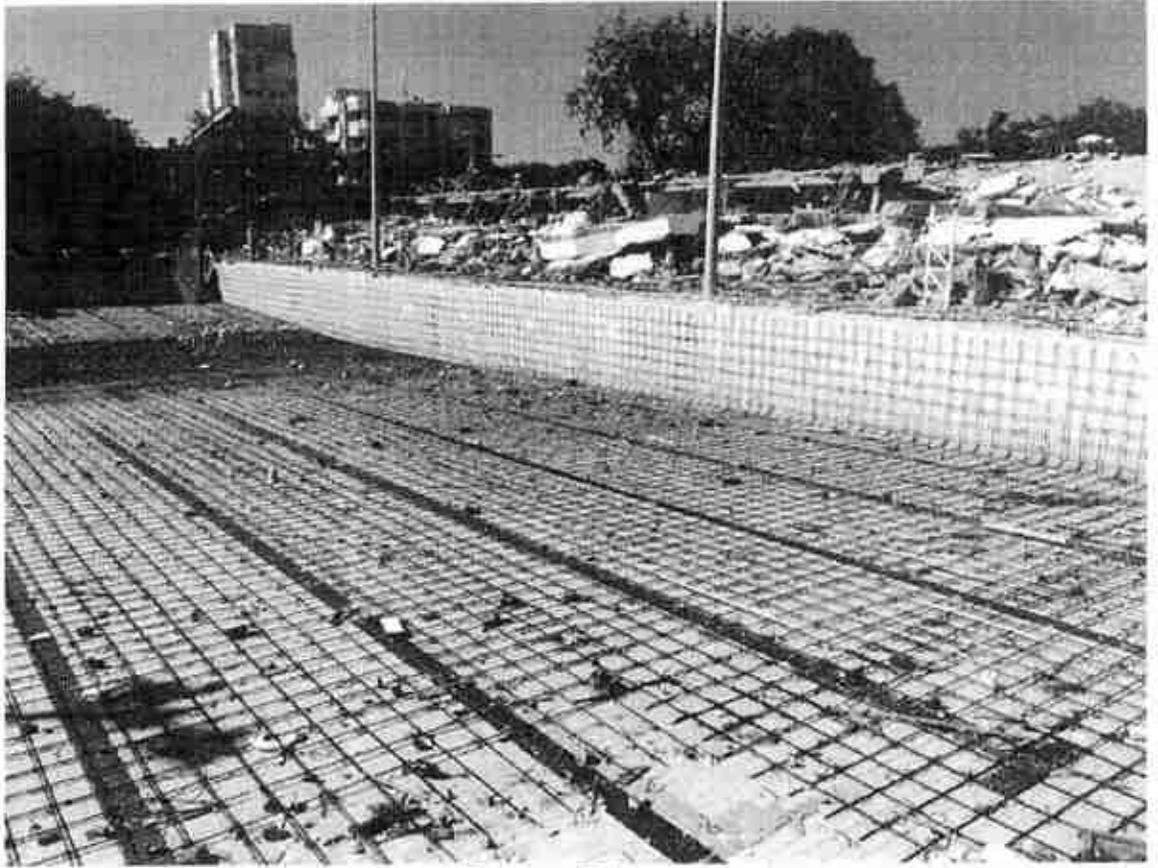
En la siguiente imagen se aprecia que serían **demolidos** 18,75 metros cúbicos de muro en concreto por un total de algo más de quinientos mil pesos y **demolición** de 7,80 metros lineales de piso en concreto por un valor de ciento cuarenta y seis mil seiscientos noventa y cuatro pesos.

implimiento del objeto antes descrito. CLAUSULA TERCERA: VALOR Y FORMA DE PAGO: El valor de este Contrato será la suma de **DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS DOS MIL OCHOCIENTOS OCHO PESOS CON 5/100 M.L. (\$259.702.808,25)** de acuerdo a las actividades, cantidades, unidades, precios que están contenidos en el siguiente cuadro:

ITEM	DESCRIPCION	UND.	CANT.	VR. UNIT.	VR. PARCIAL
1	Pr. eliminables				
1.1	Trazado y replanteo	m2	1250	\$ 857,00	\$ 1.071.250,00
1.2	Demolicion de muros en concreto	m3	18,75	\$ 26.780,00	\$ 502.125,00
1.3	Retiro de material sobrante	m3	36,00	\$ 14.571,00	\$ 524.356,00
1.4	Demolicion de anchape	m2	1.610	\$ 5.710,00	\$ 9.293.300,00
1.5	Demolicion de piso en concreto.	ml	7,80	\$ 18.807,00	\$ 146.694,60
2	Estructura en concreto				
2.1	Fondo en concreto armado e = 0,12m	m3	125,00	\$ 487.094,00	\$ 60.886.750,00
2.2	Paredes en concreto de 3000 psi armado e = 0,12m	m3	25,00	\$ 487.094,00	\$ 12.177.350,00

Entonces, ¿los 18,75 metros cúbicos corresponden a las medidas totales del gigantesco muro (50 metros de largo) visto en las imágenes que aportan los investigadores de la Fiscalía? Además, ¿costaba tan poco demoler (destruir totalmente) un muro de ese tamaño? Por esto es que afirmo que muy seguramente la expresión **demoler** se refiere es a los trabajos de perforación para instalar los anclajes que sostendrían los revestimientos en concreto y corresponde a la destrucción parcial que implica cualquier trabajo de

reforma o reparación. En las siguientes imágenes se puede apreciar el tamaño de los muros y la instalación del hierro:



Al revisar el contrato de adición cobra más sentido la afirmación del interventor Mejía Villalobos cuando manifiesta que fue luego de la nota de la Federación que se decidió **demoler o destruir totalmente** el muro afectado. Obsérvese la siguiente imagen de la adición al contrato 363:

Describe la presente adición, el cual se regirá por las siguientes cláusulas: CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO. Ejecutar las obras adicionales al contrato número 363 de fecha Noviembre 9 de 2.007, las cuales se describen para una mayor claridad en el cuadro anexo.

UN	DESCRIPCIÓN	UN	CANT	VR. UNIT	VR. TOTAL
1	Demoliciones				
1	Demolicion de muro estructural con taladros neumáticos e H. Tal. los tipos según de material	m3	70	\$ 112.761,00	\$ 7.893.727,00
2	Estructuras en concreto				
2	Ruido en concreto e = 0,12 metros e 25 3-8 en ambas verticales	m3	10,51	\$ 482.004,00	\$ 5.064.183,00
2	Paredes en concreto de 3000 psi e = 0,12 metros e 25 1-8 en ambas	m3	16,56	\$ 427.095,00	\$ 7.044.511,00
2	Anclaje especiales 1,5' m2	unidades	2.115,00	\$ 13.946,00	\$ 29.284.920,00
				TOTAL COSTO DIRECTO:	\$ 64.407.338,00
				ALU 25 %	\$ 16.101.835,50
				TOTAL	\$ 80.509.173,50

Allí sí se dice que se contrata una demolición de muro estructural en un tamaño razonable frente a las imágenes de la obra, esto es, **70 metros cúbicos** por valor total de **veintiún millones ochocientos noventa y tres mil doscientos setenta pesos**, cifra igualmente razonable frente a la destrucción total de un muro de medidas considerables y mediante el uso de **taladros neumáticos**.

Esta fue la tarea que inició el contratista cuando INFANTE VERGARA ya no estaba al frente de la Gobernación del Magdalena, lo acordó PABÓN MIRANDA en la adición y fue quien dispuso la ejecución y autorizó en su contrato de adición el uso de los taladros neumáticos. Por esto, resulta lógica la narración del interventor cuando expone que una vez se empezaron a usar dichos taladros, se afectaron los

demás muros, lo que generó su solicitud de un estudio patológico, pero ya en el año 2008 ante el nuevo Gobernador.

En el contrato original no se previó el uso de los taladros neumáticos, lo que reafirma mi tesis referida a que la prueba apunta a que lo pactado inicialmente correspondió a unas simples reparaciones locativas.

No obstante, la Sala mayoritaria considera que con la suspensión de la obra a manos de INFANTE VERGARA para atender "los requerimientos" de la Federación Colombiana de Natación, este **autorizó** a PEDRO PABLO PABÓN MIRANDA a suscribir el contrato de adición como si se tratara de un subalterno suyo, de lo cual discrepo, dado que al momento en que PABÓN MIRANDA lo signó, fungía como Gobernador del Departamento con plenas facultades legales, entre ellas: independencia y autonomía, luego, no se trataba de un asunto de delegación propio de la función pública.

Ahora, la sentencia cuestiona el hecho de la ausencia de licencia de construcción desde el punto de vista legal con las previsiones del artículo 1 del Decreto 564 de 2006, el cual, expresamente prevé:

Artículo 1°. Licencia urbanística. Es la autorización previa, expedida por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente, para adelantar obras de **urbanización, parcelación, loteo o subdivisión de predios; de construcción, ampliación, adecuación, reforzamiento estructural, modificación, demolición de edificaciones, y para la intervención y ocupación del espacio público, en cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación adoptadas en el Plan de Ordenamiento Territorial, en los instrumentos que lo desarrollen o**

complementen y en las leyes y demás disposiciones que expida el Gobierno Nacional.

Parágrafo. *Las licencias urbanísticas y sus modalidades podrán ser objeto de prórrogas y modificaciones.*

Se entiende por prórroga de la licencia la ampliación del término de vigencia de la misma.

Se entiende por modificación de la licencia, la introducción de cambios urbanísticos, arquitectónicos o estructurales a un proyecto con licencia vigente, siempre y cuando cumplan con las normas urbanísticas y de edificación y no se afecten espacios de propiedad pública. (Negrillas del suscrito).

En el caso presente, se entiende que es un reforzamiento estructural, lo que para la Sala mayoritaria haría necesaria la licencia de construcción, sin embargo, ¿en qué clase de licencia encajaría la obra en la piscina dentro de la época de los hechos (año 2007)? El *nomen iuris* de la norma citada es “*licencias urbanísticas*” y el artículo 2° del citado Decreto relaciona las clases de licencias:

1. *Urbanización.*
2. *Parcelación.*
3. *Subdivisión.*
4. *Construcción.*
5. *Intervención y ocupación del espacio público.*

Por obvias razones, para este asunto, sería la licencia de construcción, la cual está definida en el artículo 7° numeral 6:

“...Artículo 7°. *Licencia de construcción y sus modalidades. Es la autorización previa para desarrollar edificaciones en uno o varios predios, de conformidad con lo previsto en el Plan de Ordenamiento Territorial, los instrumentos que lo desarrollen y complementen y demás normatividad que regule la materia. Son modalidades de la licencia de construcción las siguientes:*

(...)

6. Reforzamiento Estructural. *Es la autorización para intervenir o reforzar la estructura de uno o varios inmuebles, con el objeto de acondicionarlos a niveles adecuados de seguridad sismorresistente de acuerdo con los requisitos de la Ley 400 de 1997 o la norma que la adicione, modifique o sustituya y su reglamento...*

En principio, obsérvese que el reforzamiento estructural estaba dirigido en esa época a un fin específico que consistía en adecuar las estructuras de los inmuebles a las normas de sismo-resistencia. ¿Esto aplica para una piscina? En la totalidad del decreto no se hace la más mínima referencia a las licencias de construcción o de cambios en la estructura de una piscina.

Ahora, en gracia de la discusión, pero solo en esa gracia, pues, tengo claro que no se contrató inicialmente tumbar la totalidad del muro; si de lo que se trata es considerar también la obligación de la obtención de una licencia por la **“demolición”** de uno de los muros laterales (precisamente el que estaba presentando la filtración) y con ello hacer surgir lo dispuesto en el numeral 7° del mencionado artículo 7° del Decreto 564 de 2006, esta disposición contiene una excepción cuando se *“...trate de proyectos de renovación urbana...”* y por renovación urbana se entiende:

“las determinaciones del componente urbano del Plan de Ordenamiento Territorial, que están encaminadas a recuperar y/o transformar las áreas ya desarrolladas de las ciudades, entre otros fines, para, detener los procesos de deterioro físico y ambiental de los centros urbanos; promover el aprovechamiento intensivo de la infraestructura pública existente; impulsar la densificación racional de áreas para vivienda y otros usos, o garantizar la conveniente rehabilitación de los bienes históricos y

*culturales, todo con miras a una utilización más eficiente de los inmuebles urbanos y con mayor beneficio para la comunidad.(...)*9*

Si bien dicho decreto es de fecha posterior a los hechos, esta definición legal de *renovación urbana* estaba vigente en la ley 1151 de 24 de julio de 2007 que contenía el Plan Nacional de Desarrollo. De este modo, si para una piscina en aquella época se requería licencia de construcción por demolición de uno de sus muros, motivado en su deterioro general y principalmente en una filtración que hacía más costoso su mantenimiento y el servicio público de agua, estaba dentro de la excepción del numeral 7° del artículo 7° del Decreto 564 de 2006, por tratarse, a no dudarlo, de un proyecto con claras características de renovación urbana.

De otro lado, en cuanto a piscinas y su licencia de construcción, el Decreto 1469 de 2010 que derogó el 564 de 2006, incluyó norma reglamentaria para su expedición:

CAPÍTULO. III Otras actuaciones relacionadas con la expedición de las licencias Artículo 51. Otras actuaciones. Se entiende por otras actuaciones relacionadas con la expedición de las licencias, aquellas vinculadas con el desarrollo de proyectos urbanísticos o arquitectónicos, que se pueden ejecutar independientemente o con ocasión de la expedición de una licencia, dentro de las cuales se pueden enunciar las siguientes:

1....

7. Aprobación de piscinas. Es la autorización para la intervención del terreno destinado a la construcción de piscinas en que se verifica el cumplimiento de las normas técnicas y de seguridad definidas por la normatividad vigente.

* Decreto Nacional 1077 de 2015, artículo 2.2.1.1 Definiciones.

Y según el artículo 52 de este decreto, para la aprobación de piscinas “...Se deben aportar los planos de diseño y arquitectónicos, los estudios de suelos y geotécnicos de conformidad con las normas vigentes...”

En el caso de la especie, ninguno de los especialistas que apoyaron a la Fiscalía en la instrucción o a la Sala en la fase de juzgamiento, manifestaron o aportaron elementos de conocimiento claros y contundentes para poder afirmar que en el año 2007 aplicaban estas mismas normas en materia de reparaciones. Tampoco se aportaron documentos de los diseños, planos y demás que fueron elaborados previo a la inauguración original de la piscina y de este modo poder conocer si, en últimas, tenía o no las medidas reglamentarias de una piscina olímpica.

Al parecer, solo hasta el año 2010 se inició por reglamentar lo relacionado con las licencias para construcción de piscinas, pero nada se dice en relación con la necesidad de una nueva licencia cuando se le deba reparar.

Desde el punto de vista probatorio, para verificar lo informado por el defensor a través del documento que le expidió la Curaduría Urbana, con fundamento en su poder oficioso, la Sala intentó obtener concepto técnico a partir de prueba pericial que pudiera orientar acerca de si se requería licencia o no de construcción.

Al efecto, se designó al perito EDWIN ALEXANDER ANAYA JEREZ¹⁰, quien, sobre el particular indicó:

**...De acuerdo a lo anterior se da respuesta a lo solicitado por el Honorable Magistrado y el abogado de la defensa, así:*

(...)

las licencias y estudios requeridas para tal efecto,

Como se manifestó anteriormente, antes de realizar cualquier intervención en una estructura existente la cual no se encontraba en funcionamiento y presentaba un problema de grietas y filtración era necesario hacer un estudio técnico detallado de ingeniería para poder determinar el tipo de intervención a realizar.*

Entonces, el perito no pudo ser concluyente, es decir, no afirmó si se requería licencia de construcción, porque, según él, para ello, era necesario un estudio técnico detallado y de allí saber a ciencia cierta cuál camino tomar en el abordaje de la piscina.

No obstante, la Sala mayoritaria realiza un análisis sin consultar esta prueba y menos aún, lo dicho por el Curador Urbano No. 1 de Santa Marta¹¹ y así concluir acerca de la necesidad de una licencia de construcción. Se usa esta prueba únicamente como soporte para el segundo cargo (ausencia de diseños, planos y cálculos).

La prueba en que se apoya el fallo corresponde al contrato mismo y su objeto (adecuación y reparación), para indicar que ***“se infiere la intervención de la estructura”***¹² y por lo mismo la obligatoriedad de la licencia de

¹⁰ Cuaderno 4 de la Sala folio 710

¹¹ Cuaderno 1 Actuación Fiscalía Folio 214

¹² Página 71 de la sentencia

construcción, conclusión esta distinta a la del perito, quien parte de la misma premisa, valga decir, que sí hubo intervención de la estructura de la piscina.

Es el estudio en conjunto de la prueba y no individual o aislado, que me lleva a manifestar que el cargo analizado no prospera como uno de los cimientos que den soporte la acreditación del tipo objetivo del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en lo que atañe a la obligatoriedad de obtener licencia de construcción para la creación del contrato 0363 de 2007.

En síntesis, es absoluto e indiscutible (certeza) con lo probado, que:

1. Se trataba de reparaciones locativas.
2. No se requería de licencia de construcción por ser **i)** una reparación locativa y **ii)** por estar dentro de las políticas de renovación urbana.
3. Si bien se le preguntó a un especialista para verificar desde el punto de vista técnico, no fue concluyente, es decir, no respondió afirmativa o negativamente, quedando con ello como única prueba distinta del análisis normativo, la afirmación del Curador Urbano 1 de Santa Marta Jorge Luis Tamayo Callejas: *“... las intervenciones descritas por usted en su solicitud, referidas a solucionar problemas de filtración y cambios de equipos en una piscina, constituyen reparaciones locativas y por consiguiente, no requieren para su ejecución licencia de construcción...”*

Una conclusión opuesta a aquello que aporta la prueba, como lo hizo la Sala Mayoritaria, soslaya el deber de valorarla en forma conjunta y conforme las reglas de la sana crítica, para dar paso a considerarla producto de reflexiones propias de íntima convicción o de su conocimiento privado.

3.1.2. La ausencia de planos, diseños y cálculos para la obra.

Con fundamento en lo explicado dentro del acápite precedente, se concluye que en el caso del contrato 363 de 2007, lo que se pretendía correspondía, sin dubitación alguna, a una obra de reparaciones locativas y si esto es así, se llega a la imperativa afirmación acerca de lo innecesario de diseños, planos o cálculos para la obra, silogismo claramente apodíctico en la medida que no se encuentra argumento o razonamiento que lo pueda destruir.

Mi postura frente a las previsiones del artículo 25 numeral 12 de la Ley 80 de 1993, está ligada al objeto del contrato, para resaltar que no toda obra requiere la elaboración de diseños (planos), como se entiende de la sentencia frente a este punto.

Tratándose de un contrato de reparaciones locativas como el que contiene el 363 de 2007, cuál era la necesidad de realizar planos, si lo pretendido **no** era diseñar una piscina con forma distinta, simplemente se propendía por solucionar un problema de filtración y reparar su deterioro

para dejarla funcional, como estaba en la época en que fue construida y de ese modo ponerla a disposición de los deportistas en su entrenamiento, lo cual se ajusta a las políticas de renovación urbana en el Plan Nacional de Desarrollo vigente para la época del hecho.

En este tema, la Sala mayoritaria parte de la afirmación acerca de la inexistencia *“...de un ítem dedicado a las especificaciones técnicas para la ejecución de la obra, ni diseños y en opinión de la Sala, tal como se señaló en el informe pericial IP 0006728170 de 22 de septiembre de 2021 suscrito por el Profesional Investigador II del CTI, Edwin Alexander Anaya Jerez¹³, el boceto elaborado a mano por el exgobernador INFANTE VERGARA, no supe los estudios técnicamente efectuados de acuerdo con las Normas Colombianas de Diseño y Construcción Sismo Resistente (NSR-98)...”* en los términos de referencia.

Al consultar el contenido de ese documento denominado términos de referencia, allí se menciona el Anexo Técnico número 2¹⁴ y también se halla un documento en el que se describe la demolición de un muro en el ítem número 2 y la construcción de otro en concreto en el ítem número 7, con la aclaración que no es estructural, tal como se aprecia en la imagen siguiente¹⁵:

¹³ Cf. folio 710 c. 4 (cita de la Sala).

¹⁴ Anexo 2 de la Fiscalía folio 66

¹⁵ Anexo 2 de la Fiscalía folios 96 y 97

REPUBLICA DE COLOMBIA							
GOBERNACION DEL MAGDALENA							
CONSULTAS Y DUDAS C.U.B.							
OBJETO: ADECUACION Y REPARACION DE LA PISCINA OLIMPICA " JOSE BENITO VIVES DE ANDREIS " EN SANTA MARTA - MAGDALENA							
PLAN DE COMPRAS GDP No: 1636 VENCIMIENTO: 31/12/2007							
ITEM	DESCRIPCION	CANTIDAD	C.U.B.	CONSULTA DE PRECIO DE REFERENCIA	PRECIO INDICATIVO	PRECIO UNITARIO SEGUN OFERTA	PRECIO TOTAL SEGUN OFERTA
1	Trabajo y suministro de mano de obra para el mantenimiento de la piscina	1250	1.1.1.1.2	NO EXISTE	2053.70	1.75	2167.125
2	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	1875	1.1.1.1.2	NO EXISTE	2167.125	21.67	40633.375
3	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	25	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	4379.525
4	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	1010	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	176983.10
5	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	25	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	4379.525
6	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	1010	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	176983.10
7	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	25	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	4379.525
8	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	1010	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	176983.10
9	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	25	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	4379.525
10	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	1010	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	176983.10

11	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	150	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	26277.275
12	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	1500	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	262772.75
13	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	70	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	12262.65
14	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	1500	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	262772.75
15	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	50	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	8758.76
16	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	50	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	8758.76
17	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	50	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	8758.76
18	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	50	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	8758.76
19	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	50	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	8758.76
20	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	50	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	8758.76
21	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	2	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	350.36
22	Material y accesorios para el mantenimiento de la piscina	22	1.1.1.1.2	NO EXISTE	175175.2	175.18	3854.04
TOTAL						1784.425	250.998.335

En ese punto, el mismo perito Edwin Alexander Anaya Jerez hace referencia a especificaciones técnicas que si existían pero que se contrató de manera distinta.

De este modo, en mi respetuosa opinión, resultó apresurada la afirmación acerca de la inexistencia de ítems respecto de las características técnicas de la obra en los términos de referencia.

Como se indicó en el acápite anterior para este cargo, se apoya la Sala mayoritaria en la experticia del perito Anaya Jerez, junto con el testimonio de la representante legal de la Unión Temporal adjudicataria, Sara Inés Lozano Pérez, lo mismo que del interventor Evaldo Mejía Villalobos, el Secretario de Infraestructura Fabián Saumet Pacheco y la propia indagatoria de INFANTE VERGARA y con ello concluir, con soporte jurisprudencial, en lo siguiente:

“...En suma, contrario a la postura de la bancada de la defensa, una obra civil de la magnitud descrita en los estudios de conveniencia, debe necesariamente contar con diseños estructurales, memorias de cálculo, estudio sísmico, planos estructurales, diseño arquitectónico, levantamiento topográfico, diseño hidráulico, diseño eléctrico, estudio de suelos y estudio de patología de la estructura, estudios que no se suplen con el bosquejo a mano elaborado en forma antitécnica por el procesado INFANTE VERGARA y que son necesarios, no solo para elaborar el pliego de condiciones, sino para que cualquier oferente interesado en participar en la contratación pueda presentar una propuesta seria y ajustada a la realidad.

Como consecuencia del análisis anterior ha llegado la Sala a la conclusión de que ciertamente durante el trámite precontractual del contrato 363 de 2007 se omitió la obligada elaboración técnica de los diseños, planos y proyectos requeridos de la obra contratada con clara vulneración de los principios de planeación, economía y responsabilidad, hasta el punto de que finalmente el proyecto fracasó con las ya conocidas consecuencias, incumpléndose así los requisitos legales esenciales en la fase de la tramitación de dicho contrato...”

Tuve la necesidad de transcribirlo para poner en contexto las razones que me impiden estar de acuerdo con tales conclusiones.

En efecto, ninguna de las pruebas en que se apoya la Sala Mayoritaria determina de manera absoluta, irrefutable o indiscutible que las consecuencias de la suspensión de la obra y no terminación, obedeció a una ausencia de planeación por no realizarse estudios técnicos, planos diseños, cálculos, análisis topográfico o valoración patológica de la filtración.

El problema jurídico que considero correcto frente a la posibilidad de la falta de planeación, consiste en un interrogante específico de cara a aquello que se conoce: la suspensión definitiva de la obra y, es el siguiente: ¿la ausencia de dichos estudios o análisis fue fundamental para el abandono indefinido de la obra?

Recuérdese que el perito presentó su dictamen en el año 2021, (14 años después de los hechos), luego, por obvias razones, no podía afirmar contundentemente si la parálisis de la obra correspondió a aquello que extrañó con ocasión de la valoración que hizo del contrato, la oferta del contratista, los estudios técnicos, los términos de referencia y el objeto del contrato.

Los dictámenes son prueba que, como cualquier otra, están sujetas a valoración en conjunto con los demás medios de conocimiento como ya lo indiqué, y en este caso, la Fiscalía conoció el hecho prácticamente 8 años después de haberse paralizado la obra y esa antigüedad del suceso fue lo que no le permitió al perito explicar las razones técnicas de su abandono.

De allí se comprende por qué el perito **no** afirma con contundencia que los trabajos de planeación realizados fueron determinantes en las consecuencias conocidas, como lo comprendió la Sala mayoritaria. Solo dijo que no fueron los más idóneos, pues, esa opinión fue la que se le pidió, que explicara si tales trabajos de planeación fueron idóneos o no.

Cuando el perito rindió el dictamen, la obra estaba en abandono, el muro en cuestión había sido destruido totalmente, entonces ni él ni otro especialista podrían haber afirmado que un estudio patológico de las filtraciones haría que la piscina se encontrara en situación distinta a la hallada por los servidores de la Fiscalía que realizaron las inspecciones judiciales.

Es más, el auxiliar de la justicia no es concluyente en la respuesta a la pregunta de si eran reparaciones locativas o no, pues ante ello respondió:

“...De acuerdo a lo analizado lo que la administración pretendía con el desarrollo del contrato 363 de 2007 era el desarrollo de un contrato de obra que requería de unos estudios técnicos de ingeniería previos a cualquier intervención en la estructura. Los estudios técnicos indispensables como un estudio patológico de la estructura para saber el estado actual de la estructura y poder determinar con presión (sic) el tipo de intervención que se debía realizar.

Estudios Técnicos como lo expresa claramente la NSR-98 Normas Colombianas de Diseño y Construcción Sismo Resistente, debían ser realizados por profesionales especializados en diferentes áreas (sic)...”

Aquí es necesario retomar lo indicado por la Curaduría No. 1 de Santa Marta para insistir que dicha oficina sí fue precisa y clara en afirmar que la obra correspondía a unas reparaciones locativas, por lo mismo, no necesitaba licencia de construcción. Se trata de autoridad especializada en esas materias, luego, su afirmación, sin que en la actuación obre medio de prueba que la controvierta, surge como una innegable verdad.

Con el propósito de dilucidar el problema jurídico que propongo, la explicación que ofrece el proceso acerca del estancamiento de la obra, no fue la falta de planeación, correspondió a una intervención accidental de la Federación Nacional de Natación; entidad que quiso aprovechar para opinar acerca de las medidas reglamentarias de una piscina olímpica, mas no porque se haya incurrido en errores de cálculo que impedian continuar adelante.

Recuérdese lo dicho en el acápite anterior: fue el uso de los taladros neumáticos, autorizados en la adición del contrato, lo que generó afectación a los demás muros de la piscina, daños que generaron la parálisis de la obra y en consecuencia, una solicitud del interventor al Secretario de Planeación acerca de la necesidad de realizar valoración patológica para corregirlos.

Es más, en el capítulo del tipo subjetivo, la Sala mayoritaria reconoce la vasta experiencia y formación profesional del exgobernador INFANTE VERGARA en el área

como uno de los soportes de reproche, pero, frente a la elaboración que él hizo de un boceto o diagrama que visualizara lo se quería reparar, no se tienen en cuenta esas calidades profesionales y de experiencia en el ramo, más aún cuando no se le admite que lo hizo para ahorrarle costos cercanos a los 25 millones de pesos al Departamento, que serían los honorarios de un ingeniero que realizara lo que él mismo podía hacer.

Por todo lo hasta aquí dicho, considero que no se requerían los estudios para el inicio y terminación de unas simples reparaciones locativas.

A propósito, como bien se dice en la sentencia, el artículo 10 del Decreto 564 de 2006 define las reparaciones locativas:

“Artículo 10. Reparaciones locativas. Se entiende por reparaciones o mejoras locativas aquellas obras que tienen como finalidad mantener el inmueble en las debidas condiciones de higiene y ornato sin afectar su **estructura portante**, su distribución interior, sus características funcionales, formales y/o volumétricas. No requerirán licencia de construcción las reparaciones o mejoras locativas a que hace referencia el artículo 8° de la Ley 810 de 2003 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya.

Están incluidas dentro de las reparaciones locativas, entre otras, las siguientes obras: El mantenimiento, la sustitución, restitución o mejoramiento de los materiales de pisos, cielorrasos, enchapes, y pintura en general, y la sustitución, mejoramiento o ampliación de redes de instalaciones hidráulicas, sanitarias, eléctricas, telefónicas o de gas.

...” (negrillas fuera del texto original)

En vista que la pretensión de la Fiscalía se apoyaba en el hecho de tratarse de una obra que involucraba la

estructura, lo cual fue acogido por la Sala Mayoritaria, nótese que **no** se le prestó atención a la expresión “*estructura portante*” para cuya definición no era necesaria la intervención de expertos en arquitectura o ingeniería civil a efectos de saber que corresponde a una especie de cajón o figura esquelética que sostiene una edificación.

Por ello, el decreto considera que será reparación locativa si no se afecta la **estructura portante**. En este caso, no se pretendía demoler la totalidad del cofre de la piscina, solo se iba a demoler (perforar) el muro deteriorado, el cual no hacía parte de ninguna *estructura portante*, pues, no se supo si fungía como muro de contención del terreno o como soporte de los demás muros.

La misma norma acabada de mencionar refiere que “*Están incluidas dentro de las reparaciones locativas, entre otras, las siguientes obras: El mantenimiento, la sustitución, **restitución o mejoramiento de los materiales de pisos, cielorrasos, enchapes, y pintura en general, y la sustitución, mejoramiento o ampliación de redes de instalaciones hidráulicas, sanitarias, eléctricas, telefónicas o de gas...**”.* (negrillas del suscrito)

Resalto en negrilla esa parte porque en la sentencia se involucran los anclajes para el piso y muros como elementos que sustentan la intervención estructural. No obstante, es un hecho notorio que los pisos de la mayoría de los inmuebles, en especial los de las piscinas, son en concreto y su sustitución obviamente genera su destrucción, lo cual no era

el propósito del contrato. Se pretendió fue poner un refuerzo sobre el mismo como parte del cofre que se menciona en el documento.

Ahondar en este tema me haría redundante, pues es lógico que, si se trataba de simples reparaciones locativas y por lo mismo, la obra no requería licencia, inane resultaba la elaboración de planos o diseños, pues no se trataba de un trabajo de alta complejidad en materia de ingeniería o arquitectura y menos aún se estaba modificando el uso del suelo o afectándose normas ambientales.

Es así como este cargo, en mi parecer, tampoco prospera para afianzar la acreditación de elementos objetivos del tipo derivados de la afectación de los principios de planeación, economía y responsabilidad.

3.1.3. Fraccionamiento del contrato.

Como se indicó en el acápite del primer cargo, el documento que contiene los términos de referencia es absolutamente claro en que lo pretendido era realizar las reparaciones relacionadas con una filtración y además corregir el deterioro en que se encontraba la piscina sin alterar las medidas que tenía, las que consideraron eran reglamentarias y esto se materializa en el objeto del contrato 363, luego, la necesidad de adicionar ocurrió por las sugerencias que realizó la Federación Nacional de Natación, lo cual generó la inquietud de buscar el mecanismo adecuado para que la piscina quedara con las medidas estandarizadas

a nivel internacional y de ese modo dejarla habilitada con fines de encuentros deportivos oficiales de alto nivel.

En el estudio de conveniencia¹⁶ claramente se señala:

"...Actualmente el escenario deportivo esta (sic) deteriorado en su globalidad, pero lo relevante es que la piscina tiene una filtración sobre el muro que da al foso de clavados, que produce pérdida de agua y por lo tanto incrementa los valores de los servicios de agua y luz.

Igualmente su placa andén se encuentra en deteriorada en su hierro sobretodo, (sic) lo cual es un peligro.

Debido a lo anterior, se evidencia claramente la necesidad de darle solución al problema de filtración y de deterioro general con el fin de conservar el escenario, porque este se constituye en el escenario para cumplir con el entrenamiento necesario para hacer una presentación acorde a los juegos nacionales...".

Resalto en negrillas, para destacar mi oposición a la afirmación que se realizan mis colegas. En la decisión mayoritaria se dice:

"Una cuidadosa lectura del estudio de conveniencia, permite afirmar que desde el principio se consideró la necesidad de que la intervención proyectada a la piscina se hiciera respetando las medidas reglamentarias de las piscinas olímpicas...".

No fue esto lo que el suscrito magistrado entendió al consultar el estudio de conveniencia. La conclusión que se ofrece de esa consulta, es que había un fin concreto y era **conservar** el escenario deportivo que cumpliera con sus propósitos de entrenamiento, es decir, la piscina no era olímpica propiamente dicha y el proyecto no era el de convertirla en una de tal naturaleza.

¹⁶ Actuación de la Fiscalía Cuaderno 2 Folio 30.

Entonces, lo percibido por el suscrito no me permite reflexionar acerca de la obligación de haberse considerado en el contrato la obra que se involucró en su adición solo porque se usa la expresión “...*adecuación de la piscina olímpica...*”, pues, del contexto del proceso de creación del contrato, el exgobernador y sus asesores, tenían claro que no se pretendía ampliar a una piscina olímpica en estricto sentido.

Aunado a lo dicho, el contrato de adición fue suscrito por el entonces Gobernador encargado PEDRO PABLO PABÓN MIRANDA, a quien la Fiscalía, independientemente del acierto o no, precluyó en su favor la investigación bajo un principal argumento consistente en ausencia de experiencia y movido por lo que le indicaron sus asesores.

Entonces, si el exgobernador INFANTE VERGARA no participó en la adición del contrato, ¿cómo atribuirle a él el fraccionamiento del contrato para exigirle que debió convocar a licitación pública por cuanto la sumatoria de la cuantía del contrato y de la adición superaban el monto para la contratación directa?

A propósito, este cargo, debió haberse planteado como el primero y no en tercer lugar, dado que, como puede apreciarse en el segundo cargo, se le hacen cuestionamientos al referido procesado por no observarse lo previsto en el numeral 12 del original artículo 25 de la ley 80 de 1993, el cual está previsto respecto de la contratación directa y no mediante el mecanismo de la licitación pública, cargo que

debió ser propuesto a título subsidiario o en gracia de la discusión en el entendido que se presentan dos reproches disimiles para la construcción del tipo objetivo delictivo.

Si se tenía claro que en este caso hubo un fraccionamiento del contrato que eludió la obligación de acudir a la licitación pública, bastaba con plantearlo así para darle paso a la posibilidad de contraargumentar en el evento que quien tuviese la posibilidad de proponer una tesis alterna, se alertara también acerca de su vicios.

En suma, considero que, en lo referente a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, no resulta jurídicamente viable atribuírsele como cargo un fraccionamiento del contrato 363 de 2007 para enrostrarle el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En cuanto a la tipicidad subjetiva, no hay elemento de conocimiento que desarticule la accidental situación que se presentó con la sugerencia de la Federación Nacional de Natación, menos aún que se aprovechó de esta misiva para encubrir un premeditado fraccionamiento del contrato.

Así mismo, no hay prueba directa o indirecta (indicio) que permita la construcción de una mínima inferencia razonable acerca de la intención de INFANTE VERGARA de armar una contratación directa dirigida a ocultar una presunta idea criminal cuya exteriorización se produciría en días posteriores a la firma del contrato 363 mediante la adición, la que, insisto, no suscribió, pero consistía en

aplicar la cuantía real y por lo mismo, superior a la autorizada en un modelo de contratación como el que se materializó.

Ni siquiera se puede inferir de su única acción, que fue la de firmar un contrato con un propósito claro de recuperar el escenario deportivo. EL contrato inicial en su momento **no** pretendía su acondicionamiento a las medidas estandarizadas internacionalmente para que quedara, en sentido estricto, como una piscina olímpica.

Tampoco existe prueba de ninguna naturaleza que lleve a pensar, sin dubitación alguna, que INFANTE VERGARA ordenó, autorizó o determinó a PABÓN MIRANDA para que firmara la adición del contrato 363 como lo comprendió erradamente la Sala mayoritaria.

Por el contrario, la Fiscalía tenía clara la situación de PEDRO PABLO PABÓN MIRANDA, (obró por falta de experiencia y por la guía de sus asesores) a quien interrogó en diligencia de indagatoria, sin que esta prueba se haya tenido en cuenta por la Sala mayoritaria, pues, de allí no se extracta la existencia previa de una orden de INFANTE VERGARA a PABÓN para que firmara la adición al contrato 363 de 2007 y menos aún que, como lo concluyen mis colegas, lo haya autorizado.

En la indagatoria¹⁷ a récord 00:09:42 se halla la presentación que PABÓN MIRANDA hace de su trayectoria laboral y profesional. Dice que trabajó con EPAC, empresa de procesamiento de datos, con una estación de servicios, fue propietario de una constructora en Santa Marta. En el Departamento del Magdalena fue jefe de suministros del servicio de salud, estuvo como gerente en la Caja de Previsión Departamental, jefe administrativo en la Fábrica de Licores del Magdalena y como contralor concordatario, gerente de tránsito distrital.

De igual manera, manifestó que fue docente en Universidad Cooperativa en muchos periodos, en la Universidad del Magdalena como vice rector administrativo cuatro o cinco meses, en la Alcaldía Distrital como asesor económico, fue asesor financiero del Fondo Nacional del Ahorro, regresa como docente dictando clases en el SENA y en la Universidad Sergio Arboleda.

También trabajó en la Contraloría del Departamento del Magdalena como profesional especializado hasta julio de 2007, renuncia y va a la gobernación nombrado por INFANTE VERGARA como secretario del Interior hasta el 1° de enero de 2008 que entrega su cargo de gobernador encargado.

No obstante toda esta trayectoria académica y profesional, para la Fiscalía no fue suficiente, dado que le precluye la investigación por encontrarlo, entre otros

¹⁷ Actuación 1 de la Fiscalía

aspectos, ausente de experiencia en el objeto central de este caso, el que, de alguna manera corresponde a un tema del que no se le podría catalogar como absolutamente neófito.

En relación con el fraccionamiento del contrato, la Fiscalía fue precisa en preguntarle acerca de la sumatoria de las cuantías del contrato 363 y la adición, pero siempre respondió que se asesoró de la oficina jurídica y de allí le reportaron que todo estaba en regla.

Y contrario a lo concluido por la Sala mayoritaria respecto de la supuesta autorización de INFANTE VERGARA, ratifica el evento accidental, esto es, la nota de la Federación Nacional de Natación como la fuente para adicionar el contrato y, a propósito, su dicho respalda la lectura que le doy al caso frente a la necesidad de demoler el muro (destrucción total), decisión que, insisto, surgió para lograr las medidas reglamentarias de una piscina olímpica en sentido estricto, explicación que mis compañeros de Sala no advirtieron.

En efecto, si se consulta el récord 00:19:10 de la indagatoria en adelante, PABÓN MIRANDA dijo que el documento le fue presentado por EVALDO MEJÍA, Interventor de la obra. En específico le manifestó que la obra estaba paralizada porque la FNN había objetado el ancho de la piscina, pues, quedó 24 centímetros más corto y no podían mantener la *"política a lo ancho"*, se necesitaba corregir. EVALDO MEJÍA le indicó entonces que la solución ya estaba y que para el efecto le presentó el *"acta del día 13"*. Habían

considerado "que se debía **romper** la pared lateral de la piscina" (demoler totalmente).

Obsérvese entonces que no hace mención a una autorización u orden de INFANTE VERGARA para suscribir la adición del contrato, pero si deja ver que la decisión de derribar el muro, surgió después de la nota de la FNN.

Otro aspecto que me llama la atención de esta indagatoria es que, de la forma como se interroga a esta persona, la Fiscalía coincide con mi postura acerca de que el contrato inicial 363 no tenía previsto desde el principio dirigir la obra para dejar la piscina con las medidas internacionales reglamentarias de una olímpica. Así se le preguntó:

*De acuerdo con la certificación del secretario jurídico del departamento del Magdalena, la cuantía para contratar por el procedimiento de contratación directa iba hasta la suma de 260,219,999 pesos, de ese valor en adelante de vida pública. en el texto del contrato suscrito por usted aparece que al sumar el valor inicial del contrato de obra \$259,702,808 y el valor de su adicional de 80,509,402.50 pesos da total de 340,212,210,75. Lo cual significa que, **de haberse previsto desde el comienzo las medidas oficiales de las piscinas olímpicas, habría licitación pública que puede decir al respecto...**" (destaco en negrillas)*

El aparte resaltado de esta pregunta, soporta con mayor fortaleza una clara reflexión y consiste en que no soy el único en apreciar claro que para la creación del contrato 363 no se previó aquello relacionado con las medidas internacionales de una piscina olímpica, también así lo pensaba la Fiscalía, de lo contrario, el cuestionamiento se habría estructurado de manera distinta.

En conclusión, la ausencia de prueba para aferrarse a una inferencia inequívoca acerca del conocimiento que tenía INFANTE VERGARA de afectar el bien jurídico de la administración pública a través de lo que se conoce como un fraccionamiento ilegal del contrato estatal, me permite mantener la duda razonable al respecto y por ello la prevalencia del principio de presunción de inocencia, lo cual constituye un argumento más encaminado a favorecerlo con la aplicación del apotegma *in dubio pro reo*.

3.2. Peculado por apropiación en favor de terceros.

Si bien integro mayoría para un fallo absolutorio a favor de INFANTE VERGARA respecto de este delito, no coincido plenamente en la base argumentativa de dicha conclusión.

En mi parecer, como pasaré a explicarlo, ninguno de los dos gobernadores incurrió en dicha conducta delictiva.

Tengo claro que los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación son autónomos, por lo mismo, escindibles en un caso concreto. Sin embargo, de los hechos surge claro que los dos delitos tienen origen idéntico, hay una comunicación directa entre ellos que podrían llevar a la conclusión acerca de la dependencia de uno con relación al otro.

Este es uno de los aspectos que me obliga a aclarar el voto respecto de la argumentación presentada por quien me

acompaña en la conclusión de absolver a INFANTE VERGARA respecto del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, pues, a pesar que la señora Magistrada concluye en que prevalece la duda en favor de aquél, lo cual comparto, ella está de acuerdo con la condena que plantea el ponente original por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Para el efecto, la señora Magistrada aduce que hay diferenciación entre estos dos delitos, mientras que en la ponencia original y en concreto la pretensión del ente acusador, sostienen que la falta de planeación de la obra, la no obtención de licencia de construcción y demás, hicieron que quedara abandonada o inconclusa, con el consecuente incremento irregular en el patrimonio de los contratistas,

Es decir, según la ponencia original, la contratación ilegal llevaba como fin enriquecer a los contratistas, lo que por supuesto no comparto, pero es lo que permite afirmar que según la sentencia, el delito de peculado sí depende del de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Nunca se consideró el peculado por despilfarro del dinero en una obra que quedó inconclusa, de haberse hecho tal afirmación en la sentencia, sí era viable escindir un comportamiento del otro.

De igual modo, la declaración de responsabilidad fiscal en una cifra concreta, no implica necesariamente una de naturaleza penal en el contexto de un peculado por

apropiación, pero, como se podrá observar más adelante, la prueba practicada en sede de juicio fiscal y que fuera traída a esta actuación, tiene vocación para ser valorada por estar dentro del contexto de prueba trasladada.

Esto último ocurrió en el presente caso. Al ciudadano INFANTE VERGARA se le declaró fiscalmente responsable por cuenta de la Contraloría General del Departamento del Magdalena con ocasión del contrato 363 a título de culpa grave.

No obstante, en mi sentir, dentro del presente proceso, no se llega a la conclusión de un detrimento patrimonial sufrido por el Departamento del Magdalena, en lo que tiene que ver con los contratos 363 y 359 de 2007 ni siquiera a título de culpa.

Es posible afirmar que se encuentra acreditada la tipicidad objetiva. No obstante, considero que no ocurre lo mismo con el componente subjetivo.

En efecto, mi propuesta de absolución a favor de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, si bien, como ordenador del gasto pagó los anticipos de los contratos 363 y 359 lo que daría lugar a considerar la existencia de elementos objetivos del tipo, se soporta en que la prueba no permite sostener una afirmación de conducta dolosa, debido a que la obra inició y se ejecutó de manera parcial en los dos contratos.

En el contrato 363 de 2007 las inspecciones judiciales y fotográficas que se arrimaron a la actuación, muestran el tendido del hierro, los trabajos de demolición, en fin, una obra en proceso que fue suspendida, es decir, resulta claro que el dinero entregado al contratista como anticipo, fue invertido en una buena proporción, al punto que las pruebas que practicó la Contraloría General del Departamento del Magdalena así lo confirmaron, entre ellas el dictamen técnico rendido por el Ingeniero CARLOS ALVARADO BELLO¹⁸, quien concluye que lo invertido en la parte inicial de la obra en la piscina fue un valor total de \$184.134.367,50 y recuérdese que el anticipo por este contrato fue una cifra menor, esto es, 129.851.404,125, de donde se concluye que el experto orienta a que no hubo enriquecimiento del contratista por este valor.¹⁹

Es cierto que quedó una parte de la obra por ejecutar, pero ello obedeció a varios factores que la paralizaron, entre otras, atender las sugerencias de la Federación Colombiana de Natación, los daños generados a la totalidad de los muros por el uso de taladros neumáticos que autorizó gobernador distinto en el contrato de adición y la actualización del certificado de disponibilidad presupuestal para la vigencia del año siguiente (2008).

El hecho de que la obra haya quedado inconclusa debido al corto tiempo (30 días) que en principio era suficiente para unas simples reparaciones locativas y a los

¹⁸ Se menciona en la Actuación de la Fiscalía Cuaderno 1 Folio 296

¹⁹ Párrafo último página 141

errores que se cometieron relacionados con la inquietud que se generó de lograr que la piscina quedara con las medidas reglamentarias internacionales de eventos deportivos oficiales y no con función de simple entrenamiento, no significa que el pago del anticipo estuviera acompañado de un conocimiento delictivo y la voluntad de ejecutarlo.

Haber quedado la obra en la situación que fue hallada por los investigadores de la Fiscalía, algo menos de diez años después de iniciada, corresponde a un evento que involucra la responsabilidad fiscal mas no al derecho penal, en el entendido que para el presente caso, la calificación jurídica del peculado consistió en que el mismo se realizó a favor de terceros, y éstos no son otros más que los contratistas, quienes dispusieron de los dineros de los anticipos en los fines del contrato.

Expongo en plural en relación a los contratistas, debido a que, similar situación ocurrió con el valor del anticipo que se entregó por razón del contrato de suministro 359. El representante legal de TECNOAGUAS J.S. LTDA, Juan Fernando Arias Cardona, precisó que compró los equipos, los instaló, pero luego los retiró ante el pedido del Gobernador entrante OMAR RICARDO DIAZ GRANADOS, generándole la necesidad de adquirir unos nuevos para instalarlos a las piscinas de clavados y de entrenamiento.

Tales afirmaciones carecen de controversia en el acervo probatorio, por el contrario, la prueba documental recaudada con ocasión de la variación al objeto de los contratos que

realizó el exgobernador OMAR DIAZGRANADOS, las confirman.

Es cierto que el investigador Diego Hernando Buitrago Patiño no encontró ningún equipo instalado en la piscina como se afirma en el párrafo último de la página 148 de la ponencia, lo cual resultaba apenas lógico, pues, algo más de nueve años atrás habían sido retirados de allí e incluso nunca se utilizaron, debido a que no eran aptos para las piscinas de clavados y entrenamiento, lo cual generó la adquisición de otros que se ajustaran a sus requerimientos.

Entonces, si la calificación jurídica dada por la Fiscalía corresponde al delito de peculado en favor de terceros podríamos afirmar que ¿los contratistas incrementaron ilícitamente su patrimonio económico con los dineros que recibieron por concepto de anticipo?, mi respuesta a este cuestionamiento surge de la misma prueba recaudada y no es otra más que la negativa.

La investigación inició apenas en julio de 2015, pocos meses antes de cumplirse los ocho años de haberse paralizado la obra de la piscina y unos años menos de realizarse las adecuaciones a las de clavados y entrenamiento, lo cual dificultó a la Fiscalía realizar un trabajo de investigación más detallado como verificar la facturación en las compras que realizaban los contratistas, un estudio financiero de estos en aquella época para establecer sus movimientos económicos con los dineros de los anticipos, seguimiento a los proveedores de insumos, etc.,

determinar si en algún momento hubo fuga de los dineros públicos y en consecuencia, usarlos en temas distintos a los contratados como por ejemplo compras de materiales de mala calidad.

Con fundamento en lo expuesto, la absolución de FRANCISCO JAVIER INFANTE VERGARA respecto del delito de peculado en favor de terceros debe estar anclada a la ausencia de la tipicidad subjetiva en tanto aún se mantiene circulando por el sendero de la duda razonable, lo cual impone acudir al apotegma *in dubio pro reo*, tal como se concluye en la coaponencia, único razonamiento que comparto.

3.3. Respecto del exgobernador OMAR RICARDO DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ.

Es indiscutible que por la variación en el objeto de los contratos 363 y 356 de 2007, su liquidación y pago de los saldos a los contratistas, se evidencian los presupuestos de la tipicidad objetiva no solo de la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sino, además, en lo que atañe a la de peculado por apropiación en favor de terceros.

Inicio por referirme al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales reflexionando acerca de las razones que llevaron al exgobernador DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ a modificar el objeto de los contratos, las que surgieron tras concluir, con apoyo en sus asesores, que si en

el mes de enero de 2008 tomaba la determinación de liquidar unilateralmente los contratos ante la parálisis en la obra y el inicio de una investigación fiscal, esto generaría una gran pérdida de capital para el Departamento, debido a que los contratistas hasta ese momento estaban cumpliendo con sus cargas, luego se habilitaban a accionar en contra de la Gobernación buscando el pago de indemnizaciones y de los saldos.

Acerca de este tópico, el Secretario de Infraestructura FABIAN ANTONIO SAUMETT PACHECO, en la declaración que rindió ante la Contraloría General del Departamento del Magdalena, explicó en forma similar a lo narrado por DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ en su indagatoria, que para inicios de 2008²⁰ encuentran paralizada la obra del contrato 363 por inconvenientes técnicos. Literalmente indicó:

**...estos correspondían a las medidas de la piscina la cual como para ser homologada como olímpica por la Federación Nacional de Natación debería tener las medidas reglamentarias a las cuales son 50 metros de largo por 25 metros de ancho, esto no se cumplía con el contrato original y después de una inspección que se realizó a mediados de marzo o abril por el experto en natación Dr. Rafael Ceballos de la Federación Colombiana de Natación realizó unas observaciones adicionales a las dimensiones las cuales consistían en cambiar el fondo de la piscina a un fondo uniforme que tuviera una lámina de agua no inferior a 1.80 mts y realizara un refuerzo y cambio en los diseños de los muros del costado este el cual tiene una longitud de 24.75 mts y el del lado sur el cual debía adicionársele las respectivas anclajes del muro con el fondo y las juntas de dilatación que requieren este tipo de muro por efecto de la presión del agua, ante esta situación solicitamos el concurso de la facultad de Ingeniería Civil de la Universidad del Magdalena quienes nos facilitaron el estudio patológico respectivo y de rediseño estructural de los muros para proceder a reiniciar las obras, estos estudio arrojaron una serie de cantidades de obras que no estaban contempladas en el contrato adicional ni en el*

²⁰ Actuación de la Fiscalía Cuaderno 3 Folio 67

contrato inicial que se había firmado esto implicaba que las obras pasaban de tener un costo de 340 millones de pesos que se había contratado en la Gobernación a finales de 2007 a tener un costo de aprox. 800 millones de pesos por efectos de las anotaciones arriba mencionadas. Ante esta situación se llegó a la conclusión primero que el departamento no tenía los recursos suficientes para terminar el proyecto en su totalidad y segundo que había que buscar una solución que permitiera a los deportistas del Magdalena utilizar la piscina...”.

Estas afirmaciones y explicaciones encuentran respaldo en los documentos que contienen los análisis y estudios que se hicieron para la continuación de la obra en los términos de la adición del contrato 363, el que tenía como finalidad acondicionar la piscina a una con medidas reglamentarias que permitieran eventos deportivos nacionales e internacionales.

Luego, de continuar adelante, como se especificó, era evidente que los algo más de ochenta millones de pesos que se pactaron en la adición del contrato, correspondía a una cifra insuficiente que cubriera la finalidad buscada y además, no se contaba con los recursos para lograrlo.

Aquello que en mi parecer ocurrió, fue una conducta apresurada por parte del Gobernador encargado PEDRO PABLO PABÓN MIRANDA al suscribir la adición al contrato sin un análisis financiero y por una cifra que no cubriría las expectativas de la Federación Nacional de Natación y los imprevistos como, repito, los daños que se causaron a la totalidad de los muros por el uso de los taladros neumáticos.

No obstante, la Fiscalía precluyó la investigación en su favor con argumentos que la Sala Mayoritaria usa en contra

de OMAR DIAZGRANADOS, incluso, mediante razonamiento propio de los elementos de la culpa, al decirse:

“...Ahora, el hecho de la existencia de los conceptos de sus asesores jurídicos en los que, según dijo, se apoyó para tomar sus decisiones, no desvirtúan el dolo, porque como se mencionó antes, la ley, al ejercer sus funciones, le exige el máximo de diligencia y cuidado al tomar las decisiones que como ordenador del gasto y cabeza de la administración le corresponde, máxime, que por su formación profesional de arquitecto y empresario en el sector de la construcción y vasta experiencia en el servicio público en cargos de los niveles municipal y departamental no podía serle ajeno...”²¹.

Léase bien: se le exige al exgobernador obrar con el deber objetivo de cuidado, sin incurrir en actos de negligencia como argumento para estructurar el comportamiento doloso cuando, en mi parecer, tales reflexiones corresponden a elementos de una modalidad culposa.

Mientras que, en la resolución calificadora del mérito del sumario, para precluir a favor de PABÓN MIRANDA, se argumentó su actuación amparada en el principio de confianza que adquirió con la orientación suministrada por sus asesores, dado que la contratación no era su campo: Esto para resaltar lo contrario a la exigencia que se le hace a DIAZ GRANADOS VELÁSQUEZ de obrar con la diligencia que le impone la ley al tomar decisiones como ordenador del gasto.

La ausencia de dolo en el comportamiento de este procesado frente al contrato sin cumplimiento de requisitos legales, igualmente se produce en el delito de peculado por

²¹ Página 133 de la ponencia

apropiación, pues, los dineros que se usaron para completar las reparaciones de las piscinas de clavados y de entrenamiento surgen de los saldos de los contratos 363 y 359, es decir, se hizo uso del valor representado por el certificado de disponibilidad presupuestal creado respecto de estos instrumentos jurídicos y no existe prueba alguna que indique que las obras no se hicieron allí y de esta manera afirmar que los contratistas resultaron favorecidos como consecuencia de comportamiento doloso.

Si bien el destino de esos recursos fue distinto a lo inicialmente pactado, lo cierto es que no es posible considerar este aspecto como un conocimiento de la conducta delictiva y en consecuencia la voluntad de realizarla, dado que, como lo expliqué, la intención no estuvo dirigida a afectar el patrimonio del Departamento, llevaba propósito de beneficiar a los ciudadanos, al menos, dejando en adecuadas condiciones dos de las piscinas del complejo deportivo.

Las explicaciones que otorgó Díaz Granados para cambiar el objeto del contrato se enmarcan en un contexto de razonabilidad, pues, todo inició con fundamento en el informe y solicitud que presentó el interventor EVALDO MEJÍA VILLALOBOS al Secretario de Infraestructura de la Gobernación el **14 de febrero de 2008**, donde le pone en conocimiento lo manifestado por el contratista acerca del deterioro progresivo de la estructura y la necesidad de un estudio patológico para la continuación de la obra:

La presente es para exponerle la situación que presenta actualmente los contratos Nos. 359 y 363 de 2007 los cuales se encuentran actualmente suspendidos. Tanto el contrato de obra civil como el de suministro iniciaron a finales de Noviembre del año 2007. En lo relacionado al contrato de obra se inició con la escarpiación de muros, instalaciones de barras de anclaje paredes y fondo, demoliciones de enchape existente, muros en concreto y piso en concreto, así como la instalación del acero de refuerzo para el fondo y muros lo anterior basadas en indicaciones del Gobernador de ese entonces, Dr. Francisco Infante Vergara, cuyo diseño a mano alzada indicaba que los trabajos a ejecutar consistían en la construcción y enchape de muros y piso en concreto de la piscina olímpica adheridos a los muros y piso existentes mediante barras de anclaje, circunstancia que posteriormente requirió un vaciado debido a las fisuras y grietas presentes en los muros existentes.

Por razón de esa visita, el interventor solicitó:

Por lo señalado, es menester de igual manera solicitar concepto técnico patológico al Laboratorio Integrado de Ingeniería Civil de la Universidad del Magdalena, con el fin de verificar el estado de los elementos estructurales existentes de la piscina, debido a la presencia imprevista de nuevas fisuras en los estructuras, la urgencia de dar solución a esta situación, que como bien antes le he manifestado podría generar mayores costos y modificaciones representativas al contrato No. 363 de 2007.

Esto explica inicialmente las verdaderas razones de la interrupción de la obra y que es clarificado por el interventor en su declaración cuando afirma que el agrietamiento de los muros se presentó luego de iniciarse la ejecución de la adición al contrato, lo que hizo que DIAZGRANADOS recibiera la obra en situación traumática, que lo obligó a atender las recomendaciones y consultar con varias entidades, para concluir que, como lo informa el interventor, la terminación de la obra costaba más de cuatrocientos millones de pesos y en vista que ese dinero no lo tenía el Departamento y que el saldo de los contratos tampoco era suficiente para corregir los daños en los muros y terminar la obra, decidió pactar con los contratistas trasladar su labor a las piscinas de clavados y de entrenamiento y de ese modo llegar a su liquidación.

Fue necesario exponer en el capítulo anterior mis propias apreciaciones respecto de la ausencia de tipicidad subjetiva en el comportamiento de INFANTE VERGARA en lo que tiene que ver con el delito de peculado por apropiación, dado que en la sentencia mayoritaria se presentan conclusiones para el caso de DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ, originadas en premisas similares.

En efecto, por una parte, para absolver a INFANTE VERGARA del delito de peculado en favor de terceros, se afirma:

“...un estudio financiero de las mismas empresas a fin de evidenciar sus movimientos económicos, acreditación de los proveedores de los insumos etc, sin que esa ausencia investigativa pueda mutarse para predicar la responsabilidad del citado gobernador...”

Mientras que respecto de DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ se afirma que éste enriqueció a los contratistas con el pago de obras no realizadas. ¿Cómo afirmar que los contratistas incrementaron irregularmente su patrimonio si no obra estudio económico de ellos que permitan confirmarlo?

No es que se esté proponiendo una tarifa legal para probar el hecho del enriquecimiento de los contratistas, pues, soy consciente del principio de libertad probatoria, lo que ocurre es que se sustenta el incremento patrimonial irregular de los contratistas en un informe de dos

investigadores, quienes solo analizan los documentos que contienen los pagos parciales y definitivos.

Al analizar el informe de policía judicial 10120138 en el que se apoya la Sala Mayoritaria para condenar a DIAZGRANADOS VELASQUEZ, el mismo se realizó con fundamento en una orden concreta de la Fiscalía²²:

4.2 Solicitese al Grupo de Investigación, Análisis criminal e intervención Temprana (GIACIT) que nos apoya, la designación de un ingeniero, un arquitecto y un contador para que se elaboren un estudio exhaustivo orientado a determinar la cuantía del presunto delito de Peculado por apropiación en favor de terceros.

4.3 Con base en los soportes documentales que obran en el proceso y los ordenados en el punto 4.1, los funcionarios establecerán (i) si el presupuesto oficial de obra se ajusta a los precios del mercado y como la administración determinó esos precios, (ii) si durante los años 2007, 2008 y 2009 se presentó giro de recursos de las cuentas de los contratos 363 y 359 de 2007 mientras la obra estuvo suspendida, en que cuantías y por que conceptos; (iii) si el valor del anticipo fue debidamente amortizado, teniendo en cuenta que la obra no se terminó de ejecutar, (iv) y, finalmente, la cuantía actualizada de los recursos objeto de probable apropiación, respecto de los recursos destinados al suministro de elementos y a la construcción, adecuación y reparación de la piscina olímpica José Benito Vives de Andreis de Santa Marta.

En desarrollo de esa orden es que se realiza el trabajo de revisar la documentación que contiene la historia de los contratos y refiriéndose al 363 de 2007, los investigadores encontraron inconsistencias que sugieren el pago de obras no ejecutadas:

²² Folio 232 Actuación de la Fiscalía No. 1

Para los ítems 2.1, 2.2, ADIC 1, ADIC 2, ADIC 3 y ADIC 4, se realizó el siguiente análisis:

- Ítems 2.1 y 2.2

ITEM	DESCRIPCION	UNID.	CANT.	ACTA 1		ACTA 2	
				CANT.	VALOR	CANT.	VALOR
2.1	Trabajo de construcción de 1.57 metros cúbicos de obra acumulada	m ³	15.7	15.7	\$21.675.683	15.7	\$21.675.683
2.2	Trabajo de construcción de 15.3 metros cúbicos de obra acumulada	m ³	15.3	15.3	\$20.268.969.62	15.3	\$20.268.969.62

Estos ítems no representan la totalidad de la cantidad contratada tanto que el acumulado de las actas parciales de obra 1 y 2 es de 70.82 m³ para el ítem 2.1 y de 15.3 m³ para el ítem 2.2.

GRUPO DE INVESTIGACIÓN EN ANÁLISIS CRIMINAL E INTERVENCIÓN TEMPRANA Y GRUPO CONTABLE
 FISCALÍA DE LEGALIDAD ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
 ASESORIA TÉCNICA Y CONTABLE

Pág. 10 de 17

Estos ítems pertenecen al capítulo de la estructura en concreto que se menciona en el contrato 363, pues fue en los que encontraron inconsistencias haciendo notar los investigadores que en el acta final no presentan valores de ejecución, sin embargo en las actas 1 y 2 sí se muestran ejecutados, por lo que indicaron:

Adicionalmente se observa que en la columna de cantidades de obra acumulada del acta final no presentan ningún valor de ejecución los ítems 2.1 y 2.2 haciendo referencia a que no se ejecutaron estos ítems, sin embargo según el Acta No. 1 y No. 2 sí presentó ejecución de estos, por lo cual se presume que mediante estas actas se cancelaron valores de obra no ejecutada equivalentes a \$21.675.683 según acta No. 1 y \$20.268.969.62 según acta No. 2 para un total de \$41.994.652.62

En mi opinión, la prudencia de los investigadores para ese momento era acertada, pues, con el solo examen de los documentos no podían afirmar de manera absoluta e indiscutible que efectivamente se pagaron valores por obras no ejecutadas.

De allí que surja claro el criterio orientador que constituyen los informes de policía judicial para enriquecer las hipótesis investigativas, en la medida que una alerta de estas características, necesariamente debía generar nuevos actos investigativos para confirmarlo, de contera, eludir la presunción, como pudo ser la verificación material de los pagos con soportes bancarios, análisis financiero de las compañías contratistas, notas contables de egreso para el pago de las supuestas obras no ejecutadas, en fin.

Siguiendo entonces con el análisis del informe aludido, luego de referirse a los referidos ítems, los investigadores analizan aquellos denominados ADIC 1 y ADIC 2 y encuentran que ocurre lo mismo, es decir, aparece en cero dentro del acta final pero valores pagados en el acta número dos. Nuevamente manifiestan:

Continuando con este análisis se observa que en la columna CANT del acta final, los ítems ADIC 1 y ADIC 2 contemplaban 10 5 m3 y 10 50 m3 por ejecutar respectivamente, sin embargo en el Acta N°2 se estableció que se ejecutaron 121 43 m3 y 26 22 m3 para estos ítems, indicando que sobrepasaron las cantidades establecidas en el Adicional 1. De igual manera se observa que en la columna de cantidades de obra acumulada del acta final no presentan ningún valor haciendo referencia a que no se ejecutaron estos ítems. por lo cual se presume que mediante el acta No. 2 se cancelaron valores de obra no ejecutada equivalentes a \$71 905 118 78

Una presunción más, la cual es acogida como una indiscutible verdad por la Sala Mayoritaria para afirmar que así sucedió el detrimento patrimonial del Departamento del

Magdalena y el consecuente enriquecimiento de los contratistas.

De las imágenes que me permití fijar en este documento para ilustrar de mejor manera mi postura, surgen dos cuestionamientos que pueden consultar con la lógica: ¿será que se trató de un error contable? o por el contrario, ¿fue cierto que se pagaron obras no realizadas?

El informe ni otro medio de prueba ofrece respuesta concreta a cualquiera de estas dos preguntas, lo cual constituye un marco de duda razonable acerca de la postulación de la Fiscalía relacionada con su interés por lograr una condena en contra de DIAZGRANADOS VELÁSQUEZ respecto del delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

Es más, al final del informe, los investigadores ponene en evidencia que su análisis se refirió exclusivamente a las obras ejecutadas en la piscina "olímpica" no en la de clavados y entrenamientos que fue donde se aplicaron los dineros restantes de los dos contratos, pues, la obra inicial ya no era viable y lógicamente tenían que encontrar en la visita que hicieron al lugar, un faltante de obra. Esto señalaron:

En conclusión teniendo en cuenta, que el valor de \$187.973.578,25 corresponden al valor no ejecutado en la piscina Olímpica lo cual significaría que la amortización aplicada a las actas 1, 2 y acta Final de ejecución de obras no era procedente aplicar la amortización sobre los valores que no correspondían a la Piscina Olímpica, sobre el valor no ejecutado correspondiente al 50%, que sería \$93.986.789.13

Es así como en criterio de este servidor, el obrar de OMAR RICARDO DIAZ GRANADOS no corresponde a una conducta dolosa en punto del cambio de objeto del contrato y menos aún respecto de la posibilidad de apropiarse de dineros públicos para favorecer a terceros. Sus actuaciones desde el momento en que se entera de la situación de la obra, que principio lo llevaron a reflexionar sobre la liquidación de los contratos, pero luego de recibir asesoría acerca del riesgo económico que esto conllevaba por el hecho que los contratistas hasta ese momento estaban cumpliendo con sus cargas, trató de salvar la obra haciendo consultas que en últimas no favorecían al departamento. Por estas razones, decidió proteger los recursos públicos (saldos de los contratos) usándolos en beneficio de los ciudadanos samarios al momento de aplicarlos en mejorar las piscinas de clavados y de entrenamiento.

No hallé prueba en la actuación que desvirtúe lo afirmado por OMAR RICARDO DIAZ GRANADOS, que demuestre mendacidad en el uso de los recursos en las otras piscinas, al contrario, la Sala Mayoritaria reconoce que así

fue, al punto que por ello le reprocha haber cambiado el objeto del contrato original.

Finalmente, quiero insistir en recordar que la obra fue recibida en las condiciones mencionadas por la Gobernación de DIAZGRANADOS debido a los daños estructurales que presentó el cofre de la piscina causados por la vibración que generaba el uso de los taladros neumáticos, los que solo se autorizaron con ocasión de la adición al contrato que firmó PEDRO PABLO PABÓN MIRANDA.

La Fiscalía se apresuró a precluir la investigación en su favor, sin percatarse que fue su actuar el que permitió usar herramientas en la obra sin un estudio que pudiera prever lo que finalmente ocurrió, como fue el daño en los demás muros que impedían terminar la obra como inicialmente fue pactada, dado que este imprevisto, que era previsible pero que poco le importó (posible dolo eventual) necesariamente generaba nuevos estudios, planificación, en fin, un nuevo proceso contractual con las consecuencias nefastas para las arcas del Departamento.

Por todo lo que he manifestado a lo largo de este documento, considero que la decisión definitiva en este caso debió ser la de absolver a los exgobernadores INFANTE VERGARA y DÍAZ GRANADOS VELASQUEZ de los cargos

que les atribuyó la Fiscalía para convocarlos al presente
juicio criminal.

Fecha ut supra

JORGE EMILIO CALDAS

Magistrado