



SALA PENAL

Radicado: 050016007180201200006
Procesado: Gabriel Jaime Cadavid Bedoya
Delito: Peculado por apropiación en concurso heterogéneo con Contrato sin cumplimiento de los requisitos legales.
Asunto: Apelación sentencia
Decisión: Confirma
Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín
Acta Nro. 036

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Novena de Decisión Penal

Medellín, trece de marzo de dos mil veinticuatro.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Fiscal 49 Seccional y por la Procuradora Judicial 111 Penal II, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, el 18 de noviembre de 2021, mediante la cual absolvió al señor **Gabriel Jaime Cadavid Bedoya** por los delitos de Peculado por apropiación y Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Los hechos génesis del presente proceso sucedieron, según lo narrado en el escrito de acusación y en la audiencia de formulación de acusación, en los siguientes términos:

“Supuesto fáctico y jurídico de cara al injusto de peculado:

El día 2 de octubre de 2009, el alcalde del municipio de Itagüí GABRIEL JAIME CADAVID BEDOYA suscribe con el área metropolitana el convenio interadministrativo nro. 0309 con el objeto de “fortalecer los proceso (sic) informativos y tecnológicos del municipio de Itagüí para la operatividad del sistema de información metropolitano” en virtud de este convenio, el área metropolitana APORTA al municipio la suma de \$72.000.000, con fecha de terminación 15 de diciembre del año 2009.

En virtud del convenio estos dineros contaban con una destinación específica y discriminada de la siguiente forma:

- Para el fortalecimiento del archivo la suma de \$22.000.000.*
- Para el fortalecimiento plataforma tecnológica \$20.000.000.*
- Para el fortalecimiento de la oficina de planeación mediante la adquisición de un software de medición de indicadores en \$30.000.000.*

El 30 de noviembre de 2010; el área metropolitana decide declarar la liquidación unilateral del convenio y la instauración de una demanda ante un juez administrativo para lograr el pago coactivo de la obligación al verificar que el objeto del convenio no se cumplió; que el dinero fue entregado sin ningún tipo de justificación legal y sin autorización previa del Área metropolitana a un tercero; que no se presentaron los soportes financieros de los bienes adquiridos con recursos del Área metropolitana, que no se soportó mediante documentos financieros los movimientos que se hicieron de la cuenta de ahorros, que no se explicó porque el dinero permaneció en la cuenta por espacio de 14 meses sin ser utilizado para los fines del convenio; que no se demostró con soportes financieros que efectivamente la suma de \$54.999.431 utilizado por fuera de la vigencia fiscal del convenio – 14 meses—se haya destinado al pago de los contratos a la fundación para el buen gobierno y/sistemas y asesorías de Colombia Ltda.; que no existe otro si ni autorización para haber entregado el dinero a la fundación para El BUEN GOBIERNO.

Ante el cobro coactivo, el alcalde encargado, se ve obligado a pagar con dineros propios el 28/09/2012, al área metropolitana la suma total de \$73.481.796 según recibo de caja nro. 72123; generándose un claro detrimento para el presupuesto del municipio de Itagüí.

Con los EMP se ha logrado demostrar que el municipio de Itagüí, representado por el señor ALCALDE se APROPIO en provecho de un tercero la –FUNDACION PARA EL BUEN GOBIERNO—de la suma de

\$73.481.796, pues lo único que se ha logrado establecer es que el dinero ingreso (sic) a las grandes arcas de la fundación para el buen gobierno (un presupuesto aproximado de cinco mil millones), y allí se refundieron, sin saberse la destinación concreta que se le dio a este dinero público.

El señor alcalde del municipio de Itagüí, GABRIEL JAIME CADAVID BEDOYA, se apropió de manera indebida en favor de un tercero del dinero de cofinanciación y este tercero- la fundación para el buen gobierno- no logra demostrar que los dineros se utilizaron en el cumplimiento del objeto acordado mediante el convenio 0309 celebrado con el área metropolitana, toda vez que nunca se logró el fortalecimiento de los procesos informativos y tecnológicos del municipio.

(...)

Recapitulando de cara al injusto del peculado la fiscalía acusa de manera formal al servidor público GABRIEL JAIME CADAVID BEDOYA porque se apropió en favor de un tercero (FUNDACIÓN PARA EL BUEN GOBIERNO) de la suma total de \$73.481.796, este dinero fue aportado por el área metropolitana dentro del convenio interadministrativo nro. 0309 con el objeto de fortalecer los procesos (sic) informativos y tecnológicos del municipio de Itagüí para la operatividad del sistema de información metropolitano” y por ende era un dinero de carácter estatal, con una destinación específica; el dinero fue entregado a un tercero, y luego el municipio debió reintegrar con recursos propios los dineros que fueron recibidos por un proyecto de cofinanciación, generándose un claro detrimento patrimonial, pues a cambio de esto no recibió ninguna utilidad. Este dinero fue entregado al municipio y por ende a su representante legal en calidad de alcalde y ordenador del gasto, el ciudadano GABRIEL JAIME CADAVID BEDOYA quien, al suscribir el precitado convenio, recibe dicho dinero en custodia, por razón de sus funciones como alcalde.”

“Supuesto factico y jurídico en lo referido al injusto penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales:

El municipio de Itagüí, al entregar el dinero para su ejecución a la fundación para el buen gobierno, vulnera de manera clara la cláusula tercera del convenio interadministrativo nro. 0309 con que reza “_Antes de realizar un trámite contractual para cumplir con el objeto del presente convenio deberá levantarse acta con el interventor donde conste la aceptación por parte del área”.

Recapitulando podemos concluir que el ciudadano GABRIEL JAIME CADAVID BEDOYA por razón del ejercicio de sus funciones como alcalde electo del municipio de Itagüí (2008-2011), el 13 de noviembre del año 2009 mediante cheque de gerencia entrega a un tercero la suma de \$72.000.000 operación que no cuenta con ningún tipo de solemnidad, lo que nos permite inferir el ciudadano GABRIEL JAIME CADAVID BEDOYA, tramitó contrato sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales al entregar a un tercero sin ningún tipo de

soporte el dinero y por ende la ejecución de objeto contractual del convenio 0309 celebrado con el área metropolitana, incumpliendo con el requisito esencial de la contratación como es la solemnidad toda vez que antes de entregar a un tercero la ejecución de los recursos debía en primer lugar dar aviso al interventor (cláusula 3 convenio 0309 octubre 2 de 2009) en segundo lugar solemnizar tal operación y en tercer lugar por mandato legal, para debía (sic) verificar que la fundación para el buen gobierno tuviera la IDEONIDAD (sic) necesaria que justificara dicha tercerización”.

El 5 de abril de 2016, ante el Juzgado Cuarenta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación al señor **Gabriel Jaime Cadavid Bedoya**, por los delitos de **Peculado por apropiación en concurso heterogéneo con Contrato sin cumplimiento de los requisitos legales**, cargos a los cuales el imputado no se allanó.

La representación del ente acusador radicó escrito de acusación de manera directa. El conocimiento de la actuación fue asignado al Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, célula judicial ante la cual se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación el día 26 de enero de 2017, y en esta diligencia la Fiscalía General de la Nación reiteró las circunstancias fácticas y jurídicas endilgadas a **Gabriel Jaime Cadavid Bedoya**.

El 18 de mayo de 2017 se realizó la audiencia preparatoria y el juicio oral se desarrolló a lo largo de nueve sesiones, al término de las cuales se anunció sentido del fallo de carácter absolutorio.

El 18 de noviembre de 2021 se profirió la sentencia en el sentido ya reseñado.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

En el fallo de primer grado, el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí absolvió al encausado analizando una a una las figuras delictuales enrostradas. Con respecto al Peculado por apropiación en favor de un tercero, indicó que se verificó la concurrencia de varios elementos del tipo en su aspecto objetivo tales como la calidad del encausado, y que ordenó la entrega de varios recursos monetarios en favor de la Fundación para el Buen Gobierno, los cuales le habían sido confiados por el Área Metropolitana del Valle de Aburrá.

Arguyó que se demostró que parte del dinero entregado por el Área Metropolitana del Valle de Aburrá a la Alcaldía de Itagüí, esto es el valor de \$64.894.260, fue destinado a la cancelación de cuentas por cobrar del Convenio 081 en favor de la Fundación para el Buen Gobierno, y que el mismo acusado ordenó el desembolso de la precitada suma, pues él nunca delegó la facultad de ordenar pagos.

Expuso que el hecho de que el ex alcalde no hubiera levantado el acta con el interventor del Área Metropolitana del Valle de Aburrá no implica que se estuviera apropiando de recursos oficiales en favor de un tercero, toda vez que el peculado por apropiación entre entidades públicas es atípico. Sobre este ítem, explicó que la Fundación para el Buen Gobierno detentaba naturaleza estatal y la Fiscalía nunca cuestionó esa calidad y, *a contrario sensu*, el hecho de que se usara la denominación de convenio interadministrativo respecto al Convenio 081 suscrito entre la Alcaldía de Itagüí y esa corporación, da cuenta, aunque de manera precaria de su carácter de público.

Que durante el juicio oral se probó, al menos en un grado plausible, que la Alcaldía de Itagüí adquirió con el dinero otorgado por el Área Metropolitana del Valle de Aburrá y a través de la Fundación para El Buen Gobierno, 2 servidores, 12 computadores y 600 licencias antivirus; por lo cual la Fiscalía tenía que haber demostrado que con esos \$64.894.260, ninguno de esos bienes muebles fueron comprados y en vista de que omitió su obligación, surge una duda que debe ser resuelta en favor del imputado.

Realizó que encuentra insólito que la Fiscalía garantice que esos dineros no fueron destinados a la compra de los precitados bienes muebles, pues tal afirmación nunca fue refutada probatoriamente y, por ello, era indispensable que se profundizara en el asunto, acudiendo por ejemplo a la entidad que recibió los documentos de la liquidada Fundación para el Buen Gobierno y además allanara y registrara las oficinas de archivo de la Alcaldía de Itagüí, toda vez que surgió la duda de la eventual existencia de unos soportes perdidos, mal archivados o sin una adecuada búsqueda.

De cara al delito estipulado por el artículo 410 del Estatuto Sustancial Penal indicó que, la Fiscalía enrostró al encausado varias omisiones, así: a) no obtuvo autorización del interventor para contratar con un tercero, tal y como lo exigía el Convenio 0309 de 2009, b) la Fundación para El Buen Gobierno no era idónea para cumplir los fines propuesto, y c) no era necesario ejecutar los recursos a través de un tercero.

Sobre el primer punto, demarcó que siendo este un tipo penal en blanco, no cualquier norma puede servir de complemento. Así pues, y no siendo una exigencia de carácter general la relativa a obtener la autorización del interventor, esta no puede catalogarse como esencial para el contrato.

De otro lado, la Ley 1150 de 2007, vigente para la época de los hechos, no prohibía de manera absoluta la subcontratación y, por el contrario, la reglamentaba, habiendo omitido la Fiscalía señalar el fundamento fáctico de la transgresión a esa limitación y, atendiendo al principio de congruencia y a la relevancia jurisprudencial con que se ha dotado a los hechos jurídicamente relevantes, se aprecia que la Fiscalía solo indicó que Cadavid Bedoya había transgredido la prohibición de subcontratar, pero sin concretar de manera clara y precisa cuál fue el supuesto de hecho que generó esa violación.

En punto del segundo señalamiento, concretó que, aunque el Contrato 081 de 2009, celebrado entre la Alcaldía de Itagüí y la Fundación para el Buen Gobierno, fue denominado como “Convenio interadministrativo” difícilmente ostentaba esa naturaleza y era solo un “contrato interadministrativo”, por lo cual la figura del convenio se utilizó en forma no debida. Arguyó que en los hechos jurídicamente relevantes nada se dijo sobre la modalidad de selección del contratista, por lo que este está excluido del debate.

Ahora, aunque en los casos de contratación directa si es obligación de las entidades verificar la calidad de los proponentes, esa obligación no versa sobre la especificidad del objeto contratado, sino sobre la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente (Ley 1150 de 2007 artículo 6°); por ello la Fiscalía tenía la obligación de brindar medios de conocimiento respecto de los atributos que detentaba o no la Fundación para el Buen Gobierno, sin embargo, sobre ello nada se aportó, por lo que descartó el cargo imputado.

En cuanto al tercer cargo, enseñó que, aunque la Fiscalía aseveró que no era preciso ejecutar los recursos a través de

un tercero, la manifestación fue abstracta y no explicó cuál era la otra opción, ni porque resultaba ser un mejor proyecto. Consideró que lo expuesto por el ente investigador era una especulación, pues en el juicio no se incorporaron los formatos de la consulta SICE sobre el precio indicativo, las especificaciones técnicas, el informe sobre la caracterización socioeconómica y los estudios previos adelantados por la Alcaldía de Itagüí. Subrayó que la Fiscalía no allegó nuevos estudios sobre lo contratado y, por ende, esa célula judicial carecía de referentes cognoscitivos para determinar si era conveniente o no pactar con la Fundación para El Buen Gobierno; por lo que no fue posible concluir si la afirmación de la Fiscalía era cierta o no.

En lo concerniente a que el acusado entregó el dinero a la Fundación para El Buen Gobierno, sin celebrar un nuevo convenio, vía adición de un contrato, sin las solemnidades requeridas y sin la emisión de acto administrativo alguno, indicó que la Fiscalía no aportó ningún medio de conocimiento que sugiera que el intercambio de los \$64.894.260 por las herramientas tecnológicas que requería la Alcaldía fuera parte de una adición al Convenio 081 de 2009, por lo que desconoce por qué el ente acusador arribó a esa conclusión, aun cuando el Convenio 081 de 2009, obligaba al ente municipal a cancelar a la plurimencionada Fundación alrededor de 5.200 millones de pesos a cambio del suministro de bienes, enseres y dotaciones que permitieran el desarrollo de las actividades misionales del Municipio.

Con las pruebas recaudadas arribó a la conclusión de que el dinero consignado a la Fundación se corresponde con el Convenio 081 de 2009, y ello sumado a que ese contrato obra por escrito y que nunca fue cuestionado por la Fiscalía, y que no se demostró que Cadavid Bedoya haya celebrado el contrato sin verificar el cumplimiento de sus requisitos legales esenciales.

De esta manera, argumentó el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí que con la prueba legalmente aducida en el juicio oral no se demostró, más allá de toda duda razonable, ni se arribó al convencimiento necesario sobre la tipicidad y ocurrencia de las conductas delictivas atribuidas al procesado, motivo por el cual no se cumplen los presupuestos previstos en los artículos 7 y 381 del Código de Procedimiento Penal para la emisión de un juicio de responsabilidad en su contra y decidió, en su lugar, absolverlo de todo cargo.

Inconformes con la decisión de primer grado, la Fiscal 49 Seccional y la Procuradora Judicial 111 Penal II interpusieron y sustentaron el recurso de alzada.

LA IMPUGNACIÓN:

La Delegada de la Fiscalía General de la Nación sustentó su inconformidad con el fallo, señalando que el Juez de primera instancia no valoró en conjunto la prueba testimonial y documental allegada en el juicio oral y olvidó, al estructurar su argumento, las reglas de la sana crítica, realizando un indebido abordaje del problema jurídico.

Adujo la apelante que, el Juez incurrió en una falacia, pues no es cierto que la concurrencia del verbo rector apropiarse se haya edificado únicamente en la omisión de no contar con un acta de aceptación por parte del interventor, y tampoco es cierto que la Fundación para El Buen Gobierno hubiese ejecutado, a nombre del municipio, el objeto contractual y las actividades dispuestas en el Convenio 0309. Tampoco encontró como cierto que esa fundación sea una entidad estatal.

Remarcó que, a través de los testigos y con la evidencia documental se probó que el acusado fue el ordenador del gasto y que desde cuando el dinero ingresó a la cuenta del Banco BBVA ejerció actos de señor y dueño, y extralimitó su deber funcional de administrar los montos exactos. Expuso que la apropiación en favor del tercero se observa con el comprobante de egreso Nro. 00000018634 del 24 de diciembre del año 2010 a través del cual canceló la cuenta por pagar Nro. 8906 a la aludida fundación por un valor de 54 millones de pesos. Luego efectuó una devolución a la cuenta, y el 29 de abril de 2011 surtió otra apropiación al pagar \$64.894.260 nuevamente a esa fundación.

Argumentó que con el testimonio de la perito Trujillo, se evidenció un detrimento al patrimonio del municipio de Itagüí, el cual tuvo que cancelar al Área Metropolitana la suma de \$73.816.297 sin tener ningún tipo de retribución en bienes o servicios. Aunado a ello, este testimonio evidenció la naturaleza jurídica de la fundación e incluso su falta de idoneidad en temas informáticos, pues según el certificado de representación legal solo registraba actividades propias de asociaciones y construcción de puentes y carreteras.

Puso de presente que, con los testigos referidos, se probó que los equipos y *software* no se adquirieron ni directamente ni a través de la Fundación, que el municipio de Itagüí no recibió bien o activo proveniente de este recurso cofinanciado por el Área Metropolitana, y que la Fundación no utilizó el dinero para la compra de los insumos y servicios detallados en el Convenio 0309.

Recalcó, que la testigo Cenaida Restrepo verificó antes de emitir un informe, y descubrió que no se fortaleció ni el archivo, ni la planta tecnológica, ni la oficina de planeación mediante

un *software* de la entidad, y que ello fue corroborado por el señor Guillermo Pérez Sánchez, alcalde encargado, quien para el año 2012 encontró una demanda ejecutiva contra el municipio, y que tuvo que cancelar, lo cual generó un detrimento para el ente gubernamental por la suma de \$73.000.000.

Enfatizó esta recurrente en que, según lo dio a conocer el testigo Dayron Mejía, supervisor del Convenio 0309 por parte del Área Metropolitana, luego de realizar una verificación empírica, emitió concepto en el sentido que el señor Cadavid Bedoya dispuso de ese dinero y lo usó como un recurso propio para pagar compromisos con la Fundación para el Buen Gobierno. Así pues, ejerció actividades incompatibles con las reglas previstas en el Convenio 0309 y, ante los requerimientos, respondió que el dinero se había entregado a un tercero pero que no tenía soportes contables o financieros.

Señaló que el Juez de instancia tergiversó el testimonio de Cristina Toro, quien fue clara en señalar que ninguno de los equipos descritos en el Convenio 0309 se adquirieron y que ella como ingeniera de sistemas, aunque nunca fungió como supervisora, atendió en varias oportunidades a Dayron Mejía y los resultados fueron negativos. Sobre el servidor, fue puntual en precisar que aquel no tenía ninguna semejanza desde el punto de vista tecnológico con el que se debía adquirir con el dinero entregado por el Área Metropolitana, y el tema era constatar si los equipos cumplían con las características dispuestas por el convenio y que hubieran sido comprados con esos rubros.

Se quejó de que el Juez arribó a una conclusión construida con premisas fácticas y probatorias falsas, al concluir que el peculado entre entidades públicas es atípico, empero no explica

de dónde emerge que la Fundación sea una entidad pública y de dónde infiere que esa entidad realmente ejecutó el convenio. Precisó que el fallador dedujo la calidad de entidad estatal de ese sujeto del nombre que se le dio a la relación contractual entre el municipio y la fundación. Ello bajo la égida de que si era catalogado como “interadministrativo” era porque la fundación era una entidad estatal y que, además, la Fiscalía no demostró la naturaleza jurídica de la fundación, argumento que considera carece de validez, pues el ente acusador incorporó como prueba documental el Convenio interadministrativo 081 y en él se observa que la fundación es una organización privada.

Fue reiterativa al traer a colación el testimonio de la perito Osmany Trujillo y otros elementos documentales adosados al proceso, en punto de que la fundación involucrada es una persona del régimen privado sin ánimo de lucro, concepto opuesto a una entidad estatal y que por ello el Juez erró al considerarla como sujeto público en virtud de la denominación de convenio interadministrativo, dando por sentado que el dinero se utilizó para fines estatales y que, por ende, no hay daño ni delito.

A su juicio, el *a quo* con un aforismo sin soporte probatorio y totalmente descontextualizado desvirtuó la tipicidad del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, ya que el Alcalde entregó un dinero cofinanciado y con una destinación específica a un tercero, sin que haya sido posible probar la destinación que se le dio a ese rubro.

Adicionalmente, sostuvo que, contrario a lo referido en el fallo objeto de reproche, los problemas probatorios de cada caso los genera la adecuación típica del hecho, y para el delito de peculado no es un elemento estructural del tipo hacer la trazabilidad

final del destino dado al dinero público, pues el punto normativo “en favor de terceros” no exige la plena identificación de la última destinación. El ilícito en cuestión se entiende consumado cuando el servidor público sustrae el bien del erario para hacerlo propio o para que otro lo haga. Consideró que así ocurrió, cuando el procesado ordenó entregar a un tercero particular el dinero del Área Metropolitana sin ningún fundamento y sin evidenciar la utilización final que se le dio al mismo.

Argumentó que sí se probó la apropiación del dinero público por parte del acusado, a través de inspecciones y con la declaración de Cenaida Restrepo, en punto que al municipio no ingresó ningún bien o activo adquirido con el dinero del Convenio 0309, ni de forma directa ni a través de terceros. Realizó que en virtud del carácter privado de la Fundación para el Buen Gobierno no era pertinente solicitar al Consejo Directivo del Archivo General de la Nación la entrega de documentos, pues ese Consejo detenta la obligación de custodiar los archivos de entidades estatales, y la Fundación no lo es.

Arguyó esta recurrente, que el Juez adujo duda sobre la no existencia de soportes pues fueron mal buscados, premisa que carece de fundamento ya que los investigadores informaron en audiencia que en el archivo contable del municipio de Itagüí no se contaba con el soporte contable y financiero de la utilización del dinero del Área Metropolitana. Así, exigir a la Fiscalía la búsqueda de los soportes contables en el universo de documentos del Convenio 081 resulta ilógico, y en caso de aplicarse la carga dinámica de la prueba, la Fundación era quien la detentaba y debía aportarla.

Refirió que, contrario a lo aseverado por el Juez, quien podía aportar los soportes contables sobre la utilización del dinero público era el municipio de Itagüí, pero el Alcalde de la época reconoció ante el Área Metropolitana, que el dinero se entregó a un tercero y no contaba con los soportes contables o financieros que dieran cuenta de la utilización del mismo; que la Fiscalía desplegó todos los actos para lograr establecer la trazabilidad de ese dinero y que así lo logró, pues el área de archivo y contable de Itagüí certificó que el dinero salió “contablemente” y no existe evidencia del ingreso de un bien o servicio. Además, se probó en juicio que la Fundación desapareció y no se pudo acceder a su contabilidad.

En punto del delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, señaló que el Juez incurrió en una errada valoración de las premisas fácticas y probatorias, pues la Fiscalía estructuró la ausencia de requisitos esenciales legales en la falta del principio de Planeación que lleva consigo la falta de solemnidad, al demostrarse que el acusado tercerizó o subcontrató con la plurimencionada Fundación sin ningún tipo de soporte documental, fuera el que fuese, no al 081 sino al 0309. Subrayó que no existen contratos verbales y todo debe documentarse, y que en ningún momento la Fiscalía señaló que debiera hacerse una adición al Convenio 081, pues el objeto de análisis era el Convenio 0309.

Acotó que el Juez se equivocó al analizar el Convenio 081 pues cambió el objeto sobre el cual recayó la acción de tramitar y celebrar el contrato y vulneró el principio de congruencia, pues desde la imputación y la acusación el objeto de investigación es la conducta sobre el Convenio 0309 suscrito entre el Alcalde de Itagüí y el Área Metropolitana.

Trajo a colación que con el testigo Dayron Mejía se probó que no existió un contrato ni una adición al Convenio 0309 a través del cual se le diera solemnidad a la entrega del dinero o la subcontratación y que, con él, además, se demostró la ausencia de un requisito esencial en los temas de contratación directa, esto es la idoneidad. Si bien, el Legislador acepta esa modalidad excepcional de contratación se debe demostrar que la persona jurídica es idónea para cumplir con el objeto contractual. Y, de los documentos aportados y el testimonio de Osmany Trujillo, se extrae que la Fundación tenía actividades específicas de construcción de edificios, carreteras y obras de ingeniería civil, entre otros y, por ende, no era apta para ejecutar los objetivos dispuestos por el Área Metropolitana a efectos de fortalecer el sistema de información.

Insistió esta recurrente en que no hubo idoneidad, planeación y solemnidad en la subcontratación que hizo el acusado con la Fundación para el Buen Gobierno, pues el propósito del Convenio 0309 era comprar *hardwares* y *softwares* que facilitaran la relación entre el Área Metropolitana y sus municipios asociados, por lo que con la omisión, al no dejar nada documentado, se vulneraron los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 debido a que no se suscribió contrato. Ante semejante falencia, el contrato es inválido, lo que implicaba el riesgo de un detrimento patrimonial estatal, pues no se podía reclamar el cumplimiento de las obligaciones contractuales entre las partes.

En consecuencia, solicitó se revoque la sentencia de la primera instancia y se emita fallo de condena.

Por su parte, la Procuradora Judicial 111 Penal II, arguyó que no es acertada la decisión absolutoria emitida por el Juez de primer grado, pues fue errada la valoración probatoria de

cargo y los alcances de interpretación sobre los conceptos que constituyen los supuestos de los comportamientos atribuidos.

Refirió que el Fallador descartó el delito de Peculado por apropiación en favor de terceros con fundamento en la naturaleza pública de la Fundación para El Buen Gobierno, por lo cual concluyó que la apropiación entre entidades públicas es atípica, y que esa calidad estatal de la Fundación es por haber celebrado un convenio interadministrativo con la Alcaldía del Municipio de Itagüí.

En ese sentido, aseveró que ello sería acertado si se atuvieran a la literalidad con la cual las entidades denominan los actos que suscriben, y puntualizó que, tal y como lo indicó la testigo Osmany Trujillo, la Fundación para El Buen Gobierno era una entidad privada sin ánimo de lucro también llamada Bienestar Global, que tenía como objeto social actividades propias de la ingeniería civil.

Esbozó que, aunque las entidades privadas sin ánimo de lucro pueden recibir dineros de las del orden nacional o municipales y por ende se convierten en administradores especiales de recursos públicos, ello no las convierte en entidades de naturaleza pública y no puede predicarse, tal como lo hizo el *A quo* que sus patrimonios consulten una naturaleza pública.

Indicó que en este caso no pasó un bien de una entidad estatal a otra; por el contrario, un particular contrató con una entidad del orden territorial con el propósito de traspasar unos recursos que le fueron entregados en cofinanciación para un programa específico; sin embargo el para ese entonces Alcalde —quien tenía capacidad de disposición como tal— surtió una subcontratación y no consta documento que lo soporte, y sin que la

Fundación tuviera relación con el objeto misional del municipio o con el Convenio 0309, pues su actividad era otra.

Expuso que con la testigo Rocío Amanda Aguilera, se estableció que en ningún momento el Alcalde sustituyó o delegó el poder de decisión sobre los recursos recibidos en uno de sus empleados.

Manifestó que no consta que el municipio de Itagüí hubiese evaluado de forma motivada, por escrito, la calidad de estatal de la Fundación y que además el Convenio 0309 de 2009, celebrado entre esa Alcaldía y el Área Metropolitana era claro en los límites y finalidad de su objeto. Luego, el hecho de que el Convenio 081 celebrado entre Itagüí y la precitada Fundación hablaran en forma amplia de la adquisición de aplicativos y otros ítems, el Convenio 0309 sí fijaba que los recursos tenían una destinación predeterminada y no podía el contratante *motu proprio*, entregar esos recursos a un tercero, sin fijarle límites, pautas y obligaciones claras y exigibles.

Invocó la Ley 80 de 1993 y sus reformas contenidas en las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, las cuales hablan de la modalidad de convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, y señaló que aquella era excepcional y por ende tenía condiciones y exclusiones para su uso. Concluyó que en vista que la naturaleza no era pública, el comportamiento deviene típico.

De otro lado, señaló que el hecho sí afectó el peculio del municipio de Itagüí pues el dinero permaneció 14 meses en una cuenta con destinación especial, pero la suma salió para el tercero y no existe documentación respecto a que la obligación contraída con el dinero cofinanciado se hubiese cumplido dentro del plazo

fijado y conforme a lo pactado. Y aunque se intentó aducir que en el Convenio 081 se dio cumplimiento al pacto con el Área Metropolitana, en realidad con el análisis documental se contraviene la hipótesis plausible de la defensa y ningún *ítem* da a entender que los computadores y servidores comprados hacían parte del Convenio 0309, cuya fecha de terminación era diciembre de 2009.

En cuanto al delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, expuso que en este asunto se trataba de dinero con destinación especial, por lo que el municipio, al momento de suscribir el convenio, debía verificar la capacidad e idoneidad del sujeto que podría ejecutarlo.

Destacó que según la prueba practicada la contratación se llevó a cabo contrariando los principios y disposiciones esenciales de orden legal y constitucional previstas en los artículos 23 de Ley 80 de 1993 y 209 de la Constitución Nacional, y con ello se omitieron todas las actividades encaminadas a comprobar la idoneidad y capacidad de cumplimiento de la aludida Fundación.

Argumentó que en caso tal de que el procesado estimase que estaba actuando al amparo del numeral 2 del artículo 355 C.P. —que lo autorizaba a celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad— el celebrar el denominado “convenio interadministrativo” no lo eximía de verificar la vocación misión de esa corporación, que en realidad detenta una actividad de construcción y suministro de vehículos.

Denotó que, ante la falta de suscripción de contrato, es obvia la falta de solemnidad y que se está ante el comportamiento previsto en el artículo 410 del Código Penal, discrepando de lo

expuesto en la sentencia de primera instancia en la cual se señaló que no haber suscrito en el Convenio 0309, la figura de un tercero, no es de la esencia del contrato, pero se omite considerar que la distracción del dinero del Convenio 0309, se presentó en diciembre de 2010 y no existe suscripción de ningún acuerdo, adición o similar para que en el cumplimiento de ese convenio se hubiera dispuesto del dinero o se hubiera autorizado por ello por la otra parte.

De esta manera, deprecia la revocatoria de la decisión absolutoria y, en su lugar, pide se condene al acusado por los delitos endilgados.

NO RECURRENTES

El abogado defensor solicitó se confirme la decisión de la primera instancia en tanto la Fiscalía no logró cumplir con la carga probatoria de sus afirmaciones.

Argumentó que, la Fiscal en su apelación fue descomedida con el juicioso y claro examen surtido por el Juez *A quo*, quien motivó adecuadamente los fundamentos de su fallo y plasmó en debida forma las consideraciones de la absolución.

Remarcó que el juzgador si valoró adecuadamente las pruebas obrantes en el proceso no dejando de mirar con el paso de cada una las debidamente practicadas.

Señaló, igualmente, que analizado el ejercicio surtido por la Procuradora Judicial se nota un “*copy paste*” ya que incluso se observan las hojas dejadas con posterioridad al memorial de otro proceso; pero insistió en que conforme lo adujo de cara a la apelación de la Delegada Fiscal, el señor Juez sí valoró la prueba

obstante en el proceso que lo llevó al conocimiento suficiente para considerar no probados los elementos esenciales de los tipos penales, por lo que las conductas endilgadas devinieron atípicas.

Manifestó que la Fundación para El Buen Gobierno era una entidad pública y así se demostró, pues tenía participación 100% pública; y según el Certificado de Cámara de Comercio (folios 512 a 516¹) para la época en que se firmó el contrato interadministrativo en el año 2009, estaba conformada por el Politécnico Jaime Isaza Cadavid y el Instituto para el Desarrollo de Antioquia, y en ese certificado se verifica la idoneidad de la Fundación, pues su actividad era de desarrollo tecnológico.

Manifestó que lo firmado entre la Fundación y el municipio sí era realmente un contrato interadministrativo y que la característica de administrativo de un convenio surge de la calidad de las partes, pues ambas deben ser de naturaleza pública, lo cual se cumple en el contrato del Municipio con la Fundación.

Aseguró que existe evidencia de ingreso de los bienes o servicios, en este caso 2 servidores, 12 equipos de cómputo y 600 licencias antivirus entregadas por la Fundación al municipio, lo que obra en el acta parcial de ejecución contractual del 9 de septiembre de 2010. Fue por esa razón, que la Secretaria de Hacienda Municipal Rocío Amanda Aguilera, y no el Alcalde, fue la signataria del oficio 0150-11 TG donde se solicitó al banco BBVA que expidiera los cheques de gerencia a favor de la Fundación, desde la cuenta en donde se encontraban los dineros que el Área Metropolitana había entregado al municipio.

¹ Verificado por esta Sala Penal no se observa que el proceso penal enviado por el Juzgado de Origen tenga 500 folios.

Afirmó que, el Juez de primera instancia sí valoró adecuadamente las pruebas y dio a cada una el valor requerido. Solicitó la confirmación en su integridad de la decisión recurrida.

CONSIDERACIONES:

Le asiste competencia a esta Sala de Decisión para abordar el tema sometido a su consideración, atendiendo a lo normado en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, que la faculta para conocer de los recursos de apelación contra las decisiones que en primera instancia profieran los Jueces Penales del Circuito.

La función revisora del Tribunal se ha de circunscribir en esta oportunidad, a los reparos efectuados por los impugnantes y a aquellos que les sean inescindibles.

De esta manera, la Colegiatura se aprestará a constatar si la valoración conjunta del acervo probatorio conlleva al proferimiento de la sentencia condenatoria, solicitada tanto por la Fiscal Delegada como por la Delegada del Ministerio Público, o si, por el contrario, debe impartirse confirmación al fallo absolutorio.

Los delitos endilgados a Cadavid Bedoya son dos, —Peculado por apropiación en favor de terceros (artículo 397 C.P.) y Celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales esenciales (artículo 410 ibídem) —. Respecto al primer ilícito, el canon en cita, vigente para los años 2009 a 2011 (fecha en la que ocurrieron los hechos) expresaba:

“El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte

o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

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

Conforme la sentencia SP 364-2018, Radicado 51142, el ilícito de peculado por apropiación tiene como elementos objetivos del tipo, los siguientes:

“(…) es necesario que concurra en el agente la calidad de servidor público, que tenga la potestad, material o jurídica, de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de las funciones que desempeña y finalmente, que el acto de apropiación sea en provecho propio o a favor de un tercero, lo que lesiona el bien jurídico de la administración pública, en tanto representa un detrimento injustificado del patrimonio estatal.”

En punto del momento en que se consuma el reato, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que ocurre cuando se produce la apropiación patrimonial como consecuencia de la disposición jurídica del servidor público:

“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 apropiárselo.

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 funcional

que faculta al servidor público para decidir sobre el destino de los bienes o recursos de la misma naturaleza.”²

De allí entonces, que para la estructuración del plurimencionado tipo penal se requiera de a) un sujeto activo calificado, que no es otro que un servidor público, b) la competencia jurídica o material para disponer de los recursos estatales, y c) que se dé la apropiación, en provecho propio o en favor de un tercero de bienes del Estado o de empresas o sociedades en la que este tenga parte.

En punto de la calidad de servidor público del procesado para la época de los hechos, aunque al proceso no se allegó documentación alguna emitida por la Registraduría Nacional del Estado Civil que acredite que Gabriel Jaime Cadavid Bedoya fue elegido como Alcalde de Itagüí, y la fecha en la que tomó posesión y terminó su periodo, ninguna discusión plantearon las partes sobre ese ítem y varios testigos, tales como Rocío Amanda Aguilera y Luis Guillermo Pérez Sánchez, dieron cuenta de que detentó esa calidad entre los años 2009 y 2011. Así mismo los convenios incorporados dan cuenta de que firmaba como representante del municipio de Itagüí para ese periodo.

Tampoco fue objeto de discusión que en el ejercicio de sus funciones detentaba la tenencia y custodia de los bienes y presupuesto del municipio de Itagüí y que además ostentaba la calidad de ordenador del gasto, pues en ningún momento delegó esa competencia y siempre la ejerció. De este atributo, dio cuenta la testigo Rocío Amanda Aguilera, e incluso el mismo procesado, quien, aunque interrumpió su declaración, pues se negó a responder el contrainterrogatorio de la Fiscalía, sí expuso que él era

² CSJ SP, 28 jun. 2017, rad. 49020

el ordenador del gasto del ente territorial. La potestad como ordenador del gasto encuentra su asidero jurídico, en el artículo 11 numeral 3, literal b de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 41 de la Ley 489 de 1998.

En el transcurso del proceso se acreditó, de manera amplia y suficiente, que el 2 de octubre de 2009, entre el representante legal del Área Metropolitana del Valle de Aburrá y el Alcalde del Municipio de Itagüí, Gabriel Jaime Cadavid Bedoya, se suscribió el Convenio 0309 de 2009, el cual fue incorporado como prueba documental al plenario a través de la investigadora y testigo Victoria Andrade Londoño Quintero y tenía como objeto principal *“fortalecer los procesos informativos y tecnológicos del municipio de Itagüí para la operatividad del sistema de información metropolitano”*. El valor del convenio se estipuló en setenta y dos millones de pesos (\$72.000.000).

En desarrollo de ese objeto, el Municipio de Itagüí se obligaba, entre otras cosas, a realizar todos los trámites contractuales tendientes a fortalecer los procesos de administración de la documentación, automatización del expediente municipal y de mejoramiento de seguridad de la plataforma tecnológica necesaria para operar el sistema de información metropolitano y a garantizar que lo contratado sería para uso exclusivo del archivo municipal y del sistema de información metropolitano, desarrollado este último ítem en cinco (5) obligaciones relacionadas con la sistematización del archivo del municipio, la mejora de la plataforma tecnológica para la operatividad del sistema de información metropolitano, el fortalecimiento de la seguridad informática y la implementación del expediente municipal y contar con indicadores de impacto, de forma sistematizada que permitiera hacer seguimiento a los POT y planes de desarrollo municipal.

El término de ejecución del convenio era por tres meses iniciando cuando se suscribiera el acta de inicio y concluyendo el 15 de diciembre de 2009. Como coordinador se designó al funcionario Dayron Alberto Mejía Zapata, quien sería el encargado de dar seguimiento a la ejecución del convenio, así como supervisar su desarrollo efectivo y financiero.

Para recibir el dinero proveniente del Área Metropolitana, el Municipio de Itagüí el 20 de octubre de 2009, abrió la cuenta de ahorros 416073435 en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. –BBVA-, circunstancia que se constata a través del extracto bancario incorporado al proceso como prueba documental por el testigo de acreditación Mario José Moyano Soto.

Examinado dicho extracto, se aprecia que en efecto el Área Metropolitana, el 29 de octubre de la misma anualidad depositó setenta y dos millones de pesos en esa cuenta, por lo que a partir de esa data es dable afirmar que el Municipio de Itagüí y su representante legal disponían de esa suma para agotar el objeto del convenio 0309/2009.

Sobre las salidas ocurridas respecto de la cuenta bancaria en mención, se advierte en un primer momento el movimiento 031 del precitado extracto, según el cual el 28 de diciembre de 2010 y a través de un cheque de gerencia del Municipio de Itagüí se retiró la suma de \$54.999.431.

Sin embargo, en el extracto bancario también se observa que el 8 de abril de 2011, y en el denominado movimiento 38, se surtió en la cuenta de ahorros 416073435, un “abono por

traspaso Itagüí” por valor de \$50.000.000, y el saldo quedó en \$67.644.352.

Sobre esta devolución, que aun así representaría que existió una apropiación de \$4.999.431, pocas luces se dieron y tan solo la testigo Osmany Trujillo García, cuando dio cuenta de los movimientos de esa cuenta bancaria, manifestó que el Municipio se dio cuenta de que hubo un error y reintegraron el dinero, pero lo devolvieron sacándolo de otro rubro de salud.

Igualmente indicó la deponente Trujillo García otro movimiento en dicha cuenta, de suma importancia, esto es el surtido por valor de sesenta y cuatro millones aproximadamente. Verificado el extracto emitido por el Banco BBVA, se observa que en efecto ocurrió el movimiento 41 denominado “cargo compra cheque gerencia Itagüí” por la suma de \$64.894.260,50, condición que dejó el saldo en \$2.607.589, y que devela otra erogación para los \$72.000.000 que fueron entregados por el Área Metropolitana para el Convenio 0309/2009.

A pesar de que observa esta Sala que en efecto ese dinero fue trasladado desde la cuenta 416073435 del BBVA y pudo darse una eventual apropiación por parte del enjuiciado, verificada con detenimiento la acusación surtida por la señora Fiscal, tanto en el escrito de acusación como en la audiencia con el mismo propósito, no se observa que esa erogación haya sido endilgada a Cadavid Bedoya de manera precisa y detallada, y solo se le adjudicó la relativa a \$54.999.431.

Sobre este punto, quiere dejar sentado la Magistratura, que la posible emisión de sentencia condenatoria o absolutoria debe ceñirse, no a cualquier delito o a cualquier

supuesto fáctico que durante el devenir del proceso se haya develado, sino a aquel por el cual la Fiscalía General de la Nación imputó y acusó a Cadavid Bedoya.

El artículo 337 del Código de Procedimiento Penal establece de manera puntual los elementos y acápites que debe contener el escrito de acusación. Entre ellos:

2. Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible.

5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener:

a) Los hechos que no requieren prueba.

(...)

La relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes no es un asunto de poca importancia, pues, como la misma Sala de Casación Penal lo ha puntualizado, la adecuada exhibición de los supuestos fácticos a esclarecer determina el ámbito temporal, espacial e incluso probatorio que permitirá al procesado ejercer una adecuada defensa técnica y material, y a la Fiscalía agotar su plan metodológico.

En cuanto a la importancia de los hechos jurídicamente relevantes, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP4472-2020, radicado 49.926 de 2020, señaló:

La Sala ha señalado de manera reiterada que para la construcción de los hechos jurídicamente relevantes es imprescindible que: (i) se interprete de manera correcta la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal verifique que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) se establezca la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las

evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación – entendida en sentido amplio-, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación.

Aplicados dichos preceptos al caso en concreto, aunque no se observa una confección imprecisa de los hechos jurídicamente relevantes de cara al delito de Peculado por apropiación, lo cierto es que el hecho de haber ordenado el movimiento de \$64.894.260,50 en favor de un tercero por parte de Cadavid Bedoya, no fue endilgado y, por ende, mal haría la Judicatura en arrojar consecuencias jurídicas a un hecho sobre el cual el procesado no tuvo la oportunidad de defenderse, pues aquello implicaría la vulneración de sus derechos fundamentales.

Cerrada esta salvedad y retomando, el temario previo; en lo relativo al destinatario de la primera suma dineraria, la para ese entonces Secretaria de Hacienda, Rocío Amanda Aguilera González, dio cuenta del comprobante de egreso N° 18234 fechado el 24 de diciembre de 2010 por valor de \$54.999.431, con cargo a la factura 114 y a nombre de la Fundación para El Buen Gobierno.

La testigo manifestó que los traslados se hicieron porque los documentos estaban en regla, y explicó que para cancelar cualquier obligación les debían entregar la cuenta de cobro del contratista, los parafiscales, la copia del convenio, el recibo a satisfacción del supervisor que tenía el municipio, entre otros legajos. Con ellos se causaba el reconocimiento del gasto para elaborar el comprobante de egreso. Sin embargo, puesto de presente el comprobante por la Delegada Fiscal, la señora Rocío Aguilera adujo que faltaban anexos para verificar porqué se había generado el pago.

Explicó que el comprobante de egreso nace del pago de una obligación con un tercero que, en este caso en particular, fue la Fundación para El Buen Gobierno y que, al prestar un servicio, ese es el último que se genera. Detalló que los documentos mencionados previamente, se pasan a Tesorería y el comprobante de egresos es el último que se genera cuando se hace el pago, es decir, el comprobante es el que evidencia que se hizo efectivo el pago.

Sobre lo que ocurrió con el recurso, develó que se ordenó un pago para la Fundación El Buen Gobierno, pues se anexaron los documentos soportes y se dio la autorización para hacer el desembolso con cargo a tales fondos. Expuso sobre el movimiento 31 que correspondía a un cheque que se mandó a solicitar desde la Tesorería y que todos los cheques que se pedían eran por un pago. El supervisor autorizaba y lo ordenaba el alcalde.

Acotó con el comprobante de egresos, que el 24 de diciembre de 2010 se autorizó el pago por cincuenta y cuatro millones y en el extracto observaba un giro por valor de cincuenta y cuatro millones, que correspondía a ese pago que se autorizó en ese momento.

A través de la testigo Osmany Trujillo García se incorporó el comprobante de egreso 18234, cuya fecha era el 24 de diciembre de 2010 y que tenía como beneficiario a la Fundación para El Bienestar Global identificada con Nit 900216750, y como detalle “cancelación CXP 8906 CONT interadmon SG CD 081-2009, suministrar los aplicativos y vehículos e insumos”. El valor del comprobante de egresos era de \$54.999.431 y el pago se hizo en cheque del banco BBVA. El detalle del movimiento consistió en retirar de la cuenta BBVA 416-07343-5 Convenio 0309 de 2009 la

suma ya mencionada para cancelarla a la Fundación para El Bienestar Global.

Lo anterior da cuenta entonces, de que el hoy encausado ordenó girar la suma de \$54.999.431, desde la cuenta BBVA 416-07343-5 Convenio 0309 de 2009 en favor de la Fundación para El Bienestar Global, la cual previamente se identificaba como Fundación para El Buen Gobierno.

Ahora bien, el anterior movimiento da cuenta entonces de una erogación en favor de la Fundación para El Buen Gobierno, sin embargo, fue siempre la postura de la defensa, que en efecto los bienes y enseres tecnológicos requeridos para el cumplimiento del objeto contractual del Convenio 0309 sí fueron comprados de manera efectiva y que por ende el recurso público, se invirtió en debida forma.

Como parte de la labor probatoria de la Fiscalía, para soportar que los bienes comprados no fueron los pactados con el Área Metropolitana, se recibió como testigos de descargo a los señores Cenaida María Restrepo Bermúdez, Ana Cristina Toro Correa y Dayron Alberto Mejía Zapata, siendo la segunda la ingeniera de sistemas de la entidad territorial para la época de los hechos, y el varón el interventor designado por el Área Metropolitana del Valle de Aburrá para vigilar el cumplimiento material y efectivo del Convenio 0309 de 2009.

La señora Cenaida María Restrepo Bermúdez, profesional de planeación para los años 2009 y 2010 de la Alcaldía de Itagüí, dio cuenta de que el alcalde encargado, Luis Guillermo Pérez Sánchez, les solicitó a todos verificar novedades en las dependencias y que las dieran a conocer. Por esa razón, ella

informó sobre una novedad por un incumplimiento del convenio interadministrativo firmado con el Área Metropolitana 0309 de 2009. La dificultad fue que el convenio no se cumplió y por ello había muchos oficios por el incumplimiento del objeto. Esbozó que fue el interventor quien los envió y que ella verificó en la parte de planeación y el *software* nunca se adquirió.

Expuso que verificó en el archivo que estuvieran los equipos de cómputo, escáner, cableado y fotolectores, sin embargo, ello no se adquirió ni para planeación ni para archivo. Explicó lo que era un convenio cofinanciado y de que se trataba la destinación específica, concluyendo que el recurso entregado por el Área, no se ejecutó. Que el Área Metropolitana solicitó primero la liquidación bilateral y luego la unilateral del convenio y fue en ese momento que el Municipio de Itagüí respondió que se había dado cumplimiento con la Fundación para El Buen Gobierno.

La ingeniera Toro Correa manifestó que empezó a trabajar en el Municipio de Itagüí para el mes de octubre de 2009 y que a las dos semanas de entrar a laborar se le acercó el señor Dayron, interventor del Área Metropolitana para verificar el cumplimiento del objeto contractual del Convenio 0309 de 2009. Detalló que las actividades para desarrollar dicho convenio eran adquirir un *software* para planeación llamado “Alfasic”, avaluado en 30 millones de pesos, comprar equipos y escáneres para dotar el área de gestión documental y adquirir un servidor para renovar tecnológicamente al área de sistemas. El fin de ejecutar esas acciones era que todos los municipios del Área tuvieran el mismo *software* y manejaran los indicadores a través de “Alfasic”.

Acotó que, aunque ella no fue encargada como supervisora, hizo lo requerido para que el convenio fuese ejecutado;

y colaboró con Dayron, quien le solicitaba información, empero cuando ella la pidió en la Alcaldía, le indicaron que ese dinero ya había sido destinado y que se iba a adquirir a través de una Fundación; sin embargo, el Convenio 0309 no se cumplió pues, aunque se compraron unos equipos de cómputo no se adquirieron como se habían solicitado; además los dos servidores eran muy poderosos y más costosos que lo presupuestado.

De otro lado el *software* “Alfasic”, nunca se adquirió y solo fue comprado en la administración del Alcalde Trujillo, en el año 2012 aproximadamente. Dijo que conoció al señor Mauricio Ramírez, quien era contratista de la empresa SIAC y lideraba el desarrollo de un *software* que manejaba toda la administración municipal por ejemplo en recaudos y nómina, y que agrupaba a toda la administración. Para esa época ya había módulos de contabilidad y presupuesto, sin embargo, no era similar al *software* del Área Metropolitana pues ese era específico para el manejo de indicadores.

El interventor del Área Metropolitana, Dayron Alberto Mejía Zapata fue claro en manifestar que a pesar de que insistentemente requirió al Municipio de Itagüí para que diera cumplimiento al Convenio 0309 de 2009, ello no fue posible pues no era atendido por los delegados del Alcalde, ni por los secretarios de su gabinete y la única que le prestaba ayuda para establecer la adquisición o no de los bienes requeridos era la ingeniera Ana Cristina Toro Correa. Recordó los objetos del Convenio 0309/2009, que eran fortalecer el tema de indicadores para el Plan de Ordenamiento Territorial y el fortalecimiento de la plataforma tecnológica, así como que el convenio se firmó hasta el 15 de diciembre de 2009 y por un valor de setenta y dos millones de pesos.

Explicó en qué consistía el sistema de información metropolitano, el cual es un *software* que maneja el Área Metropolitana y que el Municipio de Itagüí no contaba con el mismo. Que el *software* recomendado era el “Alfasic”, pues el Área ya lo tenía y los demás municipios también, lo que facilitaba el nivel administrativo pues se manejaba el mismo lenguaje; empero no era necesario comprar ese.

Informó que la cuenta de ahorros para recibir el dinero, se abrió por el Municipio de Itagüí en el BBVA y por eso, él autorizó que se giraran los setenta y dos millones de pesos. Que para verificar el cumplimiento y compra de los elementos pactados acudió a archivo, planeación y sistemas, y allí comprobó, a pesar de haber ido varias veces que no se había adquirido nada. Que remitió varios oficios al Municipio y ellos únicamente manifestaron que habían comprado unos computadores, sin embargo, cuando él iba a revisar no había nada operando ni instalado en las dependencias donde debían estar.

En vista de que no pudo constatar el cumplimiento del objeto comercial, remitió sendos requerimientos al Municipio de Itagüí, incluso cuando ya había concluido el término del contrato solicitando información sobre en qué se habían invertido los setenta y dos millones, y que le enviaran los soportes financieros, sin embargo, esa explicación no llegó. Por ello y tras enterar de la situación al área de jurídica, ellos liquidaron el convenio unilateralmente.

Este testigo dio cuenta de que era importante conocer los soportes contables y financieros de las operaciones hechas por la Fundación pues las facturas contendrían la información sobre los equipos comprados, sus valores, sus identificaciones o seriales, así

como sus propiedades y, así, confrontándolos con los documentos expedidos por el municipio se podría verificar si las compras fueron efectivas o no.

A través de este testigo se incorporaron como prueba documental varios oficios remitidos al Municipio de Itagüí, esto a su Alcalde Gabriel Jaime Cadavid Bedoya y al doctor Juan Guillermo Montoya Giraldo, Jefe de Contratación del Municipio entre los años 2009, 2010 y 2011 y solicitando información sobre los elementos tecnológicos que adquirió el municipio para el cumplimiento del Convenio 0309/2009; cómo se fortalecieron los procesos en el municipio particularmente en Archivo, la Plataforma Tecnológica y la Oficina de Planeación mediante la adquisición del *software* de indicadores y explicaciones sobre el incumplimiento de la cláusula tercera del convenio, esto es que antes de realizar cualquier trámite contractual debería levantarse acta con el interventor donde constase la aceptación por parte del Área Metropolitana.

De la escucha atenta y de la lectura de los oficios incorporados por el interventor Dayron Alberto Mejía Zapata, es posible concluir que, durante los años 2009, 2010 y 2011, el Área Metropolitana intentó obtener información sobre la forma en que el Municipio de Itagüí ejecutó los dineros entregados en virtud del Convenio 0309 de 2009, pero las respuestas que obtuvo de la Alcaldía cuestionada, no solo resultaron evasivas sino además escasas. A pesar de que solicitaron la entrega de soportes financieros y facturas para corroborar la compra de equipos, servidores y el *software* en cuestión, esa documentación nunca fue entregada y se limitó la entidad territorial a informar que había comprado unos computadores y otros servidores, sin precisar si habían sido dispuestos en las 3 dependencias que debían ser

fortalecidas, esto es archivo, planeación y la plataforma de sistemas.

Aunque de la lectura detenida del Convenio 0309 de 2009 no se desprende que las partes hayan estipulado la destinación precisa del dinero entregado —es decir no se discriminó por cuantías—, de la prueba documental arrimada y de los testimonios mancomunados de descargo, es dable vislumbrar que las partes dispusieron que de los \$72.000.000 entregados el municipio debía destinar \$22.000.000 para el fortalecimiento del archivo, \$20.000.000 para el fortalecimiento de la plataforma tecnológica y \$30.000.000 para el fortalecimiento de la oficina de planeación, mediante la adquisición de un *software* de medición de indicadores.

Procuró la defensa a través del testimonio del señor Mauricio A. Ramírez —contratista que laboró en área de sistemas durante los años 2009, 2010 y 2011 con la empresa Sistemas y Asesorías de Colombia Ltda.— demostrar que la Alcaldía regentada por el procesado cumplió con la adquisición de los elementos encargados en el Convenio 0309/2009; empero su declaración resulta inane pues él estaba concentrado impulsando el desarrollo de un *software* de mayor envergadura que el requerido por el Área Metropolitana, y que para el momento del cumplimiento del contrato aun no operaba en su totalidad, pues para esas datas iniciaba con Presupuesto y Hacienda.

Contrastados los testimonios de manera armónica, comparte esta Colegiatura la apreciación de la señora Fiscal y la señora Procuradora, en punto que el Convenio 0309 no se cumplió de manera objetiva y certera, y aunque el Municipio de Itagüí procuró hacer ver que adquirió computadores, servidores, y un

software a través de la Fundación para El Buen Gobierno, sobre los mismos nunca se tuvo la certeza de que en efecto fueron comprados con esos dineros, ni que cumplieran con las especificaciones técnicas requeridas, debido a que nunca se entregaron las facturas que dieran cuenta de cuántos equipos se compraron, sus cuantías y sus identificaciones o seriales, así como sus cualidades o características.

Con los testimonios de Restrepo Bermúdez, Toro Correa y Mejía Zapata, se constata que los equipos tecnológicos nunca se destinaron ni funcionaron de manera efectiva en las tres dependencias que requerían el fortalecimiento, esto es archivo, planeación y la plataforma tecnológica, de allí que el incumplimiento al Convenio 0309/2009 es palmario.

De la detenida lectura de los oficios enviados por el interventor Dayron Alberto Mejía Zapata, se observa que él fue insistente en procurar obtener las facturas, recibos de pago, y trazabilidad de los equipos comprados por el Municipio de Itagüí, a efectos de constatar qué productos tecnológicos habían sido adquiridos, y a pesar de que le fue indicado de manera somera que se habían comprado dos servidores y dos *softwares*, el ente territorial nunca le entregó los documentos que soportaran esos importes o erogaciones en disfavor de la cuenta dispuesta para el Convenio 0309/2009 y además él fue claro y contundente en manifestar que nunca observó la disposición de esos aditamentos en las áreas de archivo y planeación; situación que fue corroborada con el testimonio de la ingeniera Toro Correa.

A través del testigo Mario José Moyano Soto, se incorporaron importantes pruebas documentales que dan cuenta de la falta de cumplimiento del convenio y de su objeto contractual,

tales como el Acta de liquidación final del Convenio 0309/2009; la Resolución 2224 del 30 de octubre de 2010, la Resolución 00472 de 2011; elementos de prueba que dan cuenta de los insistentes requerimientos efectuados por el Área Metropolitana y que no obtuvieron respuesta, o de obtenerla, fue evasiva pues siempre se habló de la compra de varios productos tecnológicos, pero el interventor fue claro en señalar que nunca los vio operando de manera cierta en las dependencias donde debían hacerlo, pues los 12 equipos que supuestamente fueron comprados con dineros del convenio no fueron usados para ese propósito y uno de los servidores se estaba usando para el *Software* financiero.

Así las cosas, se tiene entonces que existen sendos vacíos sobre la destinación que se le dio al dinero pues, se itera, a pesar de las múltiples explicaciones que en su momento solicitó el Área Metropolitana, el Municipio de Itagüí nunca rindió cuentas de manera certera y soportada documentalmente con facturas, sobre en qué se invirtieron realmente los montos dinerarios que Cadavid Bedoya ordenó girar en disfavor de la cuenta BBVA 416073435³, y mucho menos, y a pesar de que la defensa intentó dar esa apariencia de cumplimiento, se tiene certeza de que los computadores, servidores y *software* comprados nunca se emplearon de manera efectiva en archivo, planeación y sistemas.

Frente a la negativa en la entrega de los soportes contables, financieros y demás por parte de la Alcaldía de Itagüí y también del procesado, queda entonces la duda de por qué sí es obligación del municipio llevar y cumplir las normas contables tales como la Leyes 1314 de 2009, 1450 de 2011 y 549 de 2000 “Ley de archivo”, nunca se entregaron esos soportes al Área Metropolitana

³ Cuenta de ahorros denominada Convenio 0309/2009-Fortalecimiento de los procesos informativos del municipio de Itagüí; según se extrae del certificado bancario expedido por el Banco BBVA.

y mucho menos a la Fiscalía General de la Nación cuando fueron requeridos, dejando en duda si en efecto se extraviaron o se rompió la metodología que se debe llevar en la archivística del municipio o si nunca existieron y por eso se tornaba imposible su exhibición.

Y se insiste en que si la hipótesis alternativa plausible, planteada por el hoy acusado, era que en efecto se cumplió y se adquirieron los elementos dispuestos para la ejecución del Convenio 0309/2009 con las actividades de los funcionarios o empleados designados para ello, esto es con el interventor designado para el Convenio 081/2009, quien era el que daba el recibido a satisfacción de los productos comprados, y la Tesorería y la Secretaría de Hacienda del periodo 2009-2011, con el recibo para hacer los traslados de dinero, debía probar tales afirmaciones, no limitándose a esbozarlas sino ejerciendo una defensa más activa que denotara que los productos comprados si se compadecían con los requeridos o que si fueron usados en las dependencias de archivo, planeación y sistemas, lo que nunca ocurrió.

De cara al planteamiento esbozado por la señora Fiscal y la Delegada del Ministerio Público en punto a que el tercero que recibió el dinero por parte del procesado, es decir la Fundación para El Buen Gobierno, no se puede presumir como una entidad pública y que si se demostró su naturaleza como privada, esta Magistratura quiere hacer las siguientes claridades:

El artículo 2° de la Ley 80 de 1993, enlista de manera detallada qué entidades se denominan como estatales y cuáles sujetos tienen la calidad de servidores públicos. Revisada detenidamente dicha lista no se observa que las Fundaciones sin ánimo de lucro detentan *per se* esa calidad, por lo que, para verificar

su naturaleza, es necesario examinar la participación que el Estado tenga en las mismas y que la participación pública sea mayoritaria.

Una fundación es una persona jurídica que emerge de la voluntad de una o varias personas sean naturales o jurídicas, cuya finalidad es atender un fin o propósito general, y cuentan en sí mismos con personería jurídica. Su naturaleza pública o privada dependerá de los sujetos que la integren o conformen y en caso de ser públicas reciben sus recursos de transferencias.

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 43 del Decreto 2150 de 1995, la representación legal y la existencia de las personas jurídicas privadas se prueba con la certificación de esa calidad expedida por la Cámara de Comercio del lugar de su registro.

Si la mencionada Fundación se trataba de una entidad sin ánimo de lucro creada a través de la unión o asociación de varias entidades públicas, no podía la Delegada Fiscal desentenderse de probar esa naturaleza allegando el acto administrativo contentivo de esa voluntad, máxime cuando la misma mutó, como al parecer lo hizo, por lo que se debió probar cómo nació y cómo no solo cambió de nombre o razón social, sino además como perdió esa connotación de pública pasando al régimen de lo privado, a través precisamente del certificado de existencia y representación, elemento que no se allegó al plenario, a pesar de lo manifestado por esa recurrente.

En consecuencia, para establecer si la Fundación para El Buen Gobierno era de naturaleza estatal o privada, era necesario que la Delegada Fiscal o el apoderado de víctimas del Municipio de Itagüí allegara —a través de aquella— el certificado de

existencia y representación de la entidad sin ánimo de lucro, empero nunca se hizo.

Manifiestan las apelantes que la Fiscalía sí probó la naturaleza y calidades de la Fundación para El Buen Gobierno, empero tal ejercicio probatorio se agotó de manera exigua, pues la única información allegada sobre las cualidades de la fundación se circunscribe al informe pericial entregado por la testigo Osmany Trujillo García donde consta que para el año 2016, la Fundación había cambiado de nombre, llamándose ahora Fundación Cubo, sigla FundaCubo y con actividad económica para la construcción de edificios no residenciales, de carreteras, vías de ferrocarril y obras de ingeniería civil.

Y esta falencia de la Fiscalía General de la Nación, deviene de la omisión en incorporar, aunque fuera como prueba documental adjunta dicho certificado, que nunca como se advierte en la revisión y escucha detallada de todos los testigos de cargos, fue allegado al proceso y por eso en este momento no se tiene certeza sobre sí la Fundación para El Buen Gobierno era una entidad sin ánimo de lucro de naturaleza privada o, por el contrario, desde el año 2009 y hasta el año 2011, cuando el procesado hizo los dos movimientos extrayendo dinero de la cuenta del BBVA adscrita al Convenio 0309/2009, cambió o mutó en su naturaleza y constitución y pasó de ser una entidad pública a una privada.

No es cierto como lo manifestó la Delegada Fiscal en su escrito de apelación que con la perito Osmany Trujillo García se haya probado la naturaleza, objeto, actividades o incluso idoneidad o capacidad contractual de la Fundación para el Buen Gobierno, y mucho menos que con su dicho se hubiera aclarado que esa entidad se dedicaba a la ingeniería civil y la construcción, pues su

declaración se quedó corta, y aunque ella incorporó varios documentos, tales como su peritaje, en ningún momento arrimó prueba documental que diera cuenta de la existencia y representación de esa fundación o como mutó a través del tiempo y cambió su razón social, y sólo acotó a señalar que cuando intentó recoger elementos materiales sobre la entidad de esa corporación no la encontró, pues en la dirección ya se encontraba otra sociedad.

A pesar de que la Fiscalía intentó hacer un ejercicio de indagación con la testigo sobre qué había ocurrido con esa fundación, su pesquisa se quedó corta, pues, aunque se tiene que la entidad pasó de llamarse Fundación para El Buen Gobierno a Fundación Global, esa mínima reseña no da cuenta de la calidad que la entidad sin ánimo detentaba para diciembre de 2010 y luego para el año 2011, momentos en los que Cadavid Bedoya ordenó transferir dineros del Convenio 0309/2009 a esa corporación, sin el soporte de qué elementos había adquirido de manera efectiva.

Ahora, sobre la presunción efectuada por el Juez *A quo* en tanto la Fundación para el Buen Gobierno, era una entidad pública, entiende esta Magistratura que se debió a que, en vista de las falencias probatorias de la Fiscalía, acudió a las pruebas que sí fueron debidamente incorporadas y una de ellas es precisamente el Convenio SG-CD-081 de 2009 celebrado entre el Municipio de Itagüí y la citada Fundación.

Y si bien es cierto, tal y como lo dice la señora Procuradora, ocurre que determinados actos administrativos o contratos estatales no se compadecen en su naturaleza al nombre con el cual son titulados, en el presente asunto, fue la misma Fiscal quien incorporó el Convenio SG-CD-081 de 2009, el cual se

denomina Contrato Interadministrativo, y que nunca fue atacado por ninguna de las partes.

Como es bien sabido y entiende esta Magistratura fue la premisa que el Juez de primera instancia tomó como base para hacer tal atestación, de conformidad con lo previsto en el artículo 83 del Decreto 066 de 2008, los convenios interadministrativos son aquellos que celebran entre sí, las entidades enumeradas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal en providencia con Radicación 30677 de 2010, precisó que el convenio interadministrativo únicamente puede suscribirse cuando:

...un contrato de colaboración entre entidades públicas, que solo puede realizarse cuando las mismas son capaces de ejecutar el contrato por sí mismas, sin acudir a la subcontratación; dentro de las entidades factibles de suscribir esta clase de contratación directa para la fecha del contrato, aparecían en el artículo 2° de la citada ley, las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, al ser equiparadas por esa norma a entidades estatales, sujetas a las disposiciones contractuales cuando en el desarrollo de convenio interadministrativo celebren contratos.

De allí entonces que el Juez de instancia, construyera el hilo consecuencial de que al haber suscrito el Municipio de Itagüí un convenio interadministrativo con la Fundación para el Buen Gobierno, y esa situación nunca fuera atacada ni se probara que era una entidad privada, se tratara de una entidad pública, pues recordemos los convenios interadministrativos únicamente se suscriben entre entes públicos.

Durante su declaración manifestó el señor procesado que la Fundación para el Buen Gobierno era una asociación de varias entidades públicas, esto es, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA-, la Gobernación de Antioquia y el Politécnico Jaime Isaza Cadavid; por lo que surge la inquietud de si la verdadera

naturaleza de la Fundación era la de una asociación conformada por varias entidades estatales, como en un momento lo dio a entender la Procuradora en su escrito de apelación.

Y esa inquietud resultaría relevante a la luz de lo señalado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, la cual revocó esa calificación de entidades estatales a las asociaciones conformadas por entes estatales, de suerte entonces que, si la precitada Fundación era en realidad una asociación, no tendría esa calidad de pública, y contrario a lo señalado por el ex Alcalde en su declaración tampoco podía contratar con ella directamente, pues debía atenerse a lo señalado en el artículo 10 de la precitada norma, de suerte que el proceso de selección debía someterse al Estatuto de la Contratación de la Administración Pública⁴.

Con la presunción de que la Fundación para el Buen Gobierno era para los años 2009 y 2011, una entidad pública, se aviene a la atipicidad del hecho endilgado tal y como lo señaló el Juez de primera instancia.

De conformidad con la sentencia SP20262-2017, Radicación No. 29726, del 30 de noviembre de 2017, el daño patrimonial ocurrido entre entidades del Estado no constituye el delito previsto en el artículo 397 del Código Penal. En un caso analizado por la Corte Suprema de Justicia, donde la mala gestión de un servidor público degeneró en que otra entidad pública se

⁴ Artículo 10 Ley 1150 de 2007: *Tratamiento para las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales*. Las cooperativas, las asociaciones conformadas por entidades territoriales y en general los entes solidarios de carácter público estarán sometidos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La celebración de contratos de entidades estatales con asociaciones o cooperativas de entidades territoriales y en general con entes solidarios, se someterá a los procesos de selección de que trata la presente ley, en los que participarán en igualdad de condiciones con los particulares.

apropiara de un dinero estatal sin ejecutar el objeto para el cual fue contratada, se absolvió al procesado bajo la siguiente égida:

“En el proceso siempre quedará la duda, porque ese tema no fue objeto de indagación, si los dineros que a título de remanente se pagaron a la universidad, dicha institución los invirtió en sus objetivos misionales, así como tampoco se demostró que fueron a manos de particulares. Por lo mismo, la posibilidad de que el beneficio económico haya favorecido al subcontratista particular o a otra persona en lugar de beneficiar a la universidad estatal está en duda. Desde esta perspectiva, si el delito de “peculado por apropiación a favor de terceros” describe conductas indebidas que afectan de manera explícita el patrimonio público frente al despojo en favor de particulares (de terceros dice la disposición), el traslado de recursos mediante la contratación o mediante convenios interadministrativos a favor de otras entidades del mismo Estado no constituiría el injusto del artículo 397 del Código Penal.

Apoya esta tesis el hecho de que la Sala de Consulta del Consejo de Estado⁵ haya definido que el servidor público puede incurrir en responsabilidad fiscal cuando con dolo o culpa grave afecta el patrimonio de una institución en beneficio de otra, conclusión que reafirma que en estos eventos la sanción fiscal es una manifestación de la manera progresiva como se protege el bien jurídico de la administración pública, frente a disfunciones que ameritan por el grado de injusto la intervención administrativa de los organismos de control y no necesariamente de la jurisdicción penal.

De manera que en la medida que existe duda acerca del real destino de los bienes y frente a la alta probabilidad de que los mismos pasaron de una entidad pública a otra como producto de un convenio interadministrativo y no fueron desviados en beneficio de terceros, la Corte absolverá a la sindicada”.

En criterio de la Sala Penal de la Corte Suprema, el peculado por apropiación en favor de terceros no acaece, a pesar de que se desconozca si la entidad pública invirtió o no el dinero transferido en sus objetivos misionales, pues al quedar en manos de otro ente público, «no fueron desviados en beneficio de terceros».

⁵ Concepto del 15 de diciembre de 2009, Rad. 11001-03-06-000-2007-00077-00 (1852).

Sustenta además su dicho, la Corte, en que conforme la descripción del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, y en los términos del AP del 28 de marzo de 2016, Radicación 32645, el delito de peculado por apropiación requiere que se desarrolle el acto de apoderamiento a favor del procesado o un tercero **“privando así al Estado de la disposición que pueda ejercer sobre sus recursos, los cuales le habían sido confiados a aquél.”** (Se subraya).

Así las cosas, si el dinero es apropiado en favor de una entidad pública, aunque se atente contra el patrimonio del sujeto estatal que entregó el dinero, como el bien o suma dineraria está siendo trasladada a otro ente también de naturaleza pública, finalmente no se priva al Estado de la disposición sobre sus capitales y mucho menos opera el despojo de esos recursos.

Siendo consecuente con ello, esta Magistratura deberá mantener la absolución dispuesta en favor del señor Gabriel Jaime Cadavid Bedoya, de los cargos formulados como probable autor del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, por atipicidad de la acción atribuida a él, atendiendo a lo probado dentro del juicio oral.

Se pasará, ahora, a analizar el delito de Contrato sin el cumplimiento de requisitos legales contenido en el artículo 410 del C. Penal. El precitado canon vigente para la época de los hechos estipulaba que:

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

para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) meses a doscientos dieciséis (216) meses”.

Conforme con lo anterior, los elementos objetivos del tipo se circunscriben a un sujeto activo que no es otro que un servidor público y su bien jurídico tutelado es de la administración pública, específicamente los principios que la inspiran y la regentan tales como el interés general, la economía, la imparcialidad, la celeridad entre otros⁶.

En sentencia SP 9225-2014 (37462), la Sala Penal de la Corte Suprema, al respecto indicó:

De acuerdo con la descripción típica transcrita, constituyen supuestos para la realización del tipo objetivo, en primer lugar, ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato; en segundo término, desarrollar la conducta prohibida, consistente en la intervención en una de las mencionadas fases del contrato estatal, sin acatar los requisitos legales esenciales para su validez.

El comportamiento señalado en la norma transcrita, consiste en «tramitar contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o celebrarlo o liquidarlo sin verificar su cumplimiento».

De otro lado, ha señalado la Alta Corporación, que el delito estipulado en el artículo 410 del Código Penal, se trata aquellos denominados en blanco, de suerte que deben ser llenados en su contenido con otras leyes, decretos y preceptos administrativos⁷. En la decisión SP 4463-2014 (39852) se dijo:

(...) el artículo 410 del Código Penal, corresponde a los denominados delitos en blanco, porque el legislador en su potestad de configuración legal, dada la multiplicidad de eventos y circunstancias en que se puede realizar la conducta, deja, para que conforme a la especialidad sean

⁶ CSJ, SP. Sentencia de única instancia Rad. 18911, 13 de octubre de 2004. M.P. Mauro Solarte Portilla.

⁷ CSJ SP, 19 dic. 2000 rad. 17088.

complementados por el juez a través del reenvío normativo en el proceso de interpretación legal.

(...)

Precisamente, bajo estos lineamientos, esta Corporación (CSJ SP, 19 dic, 2000, rad. 17088), reiteró que el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por tratarse de un tipo penal en blanco y para completar la descripción típica, puede hacer remisión a otra ley o disposición que lo desarrolle, sin que se excluyan contenidos normativos administrativos, eso sí, con el irrestricto respeto de preexistencia que realice el principio de legalidad.

Conforme a lo explicado por la Corte Suprema de Justicia, el servidor público (que detenta tal calidad o que siendo un particular ha sido investida con ella), al momento de surtir los negocios jurídicos que sirven como desarrollo de los intereses generales del Estado debe observar y ceñirse a las normas que regulan la contratación pública y sus procedimientos. Al punto la Corporación ha indicado:

Sobre este elemento normativo del tipo –requisitos esenciales- la Corte ha precisado (CSJ SP, 25 sep. 2013, rad. 35344), corresponden al acatamiento integral de las disposiciones que desarrollan los principios que armonizan la contratación pública, referidos a la planeación, economía, responsabilidad, transparencia y el deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993 y disposiciones que la desarrollan y reglamentan, por tratarse de mandatos improrrogables, imperativos, innegociables e inderogables por voluntad de las partes⁸.

El tipo penal es de conducta alternativa y puede presentarse en tres escenarios a saber, esto es al momento de dar trámite al contrato sin la observancia de los requisitos legales para ello, es decir, “ *la gestión que esta Sala ha precisado comprende «los pasos que la administración debe seguir hasta la fase de celebración del compromiso contractual»⁹*; en el periodo de su celebración sin la verificación del cumplimiento de sus requisitos

⁸ CSJ SP 4463-2014 (39852).

⁹ CSJ SP 9225-2014 (37462).

legales esenciales (contemplados en la Ley 80 de 1993 y el desarrollo legal de la misma) y finalmente cuando se liquida sin atender los preceptos señalados en la ley.

Agréguese, por otra parte, que no cualquier inobservancia en el cumplimiento de las formalidades legales configura el delito mencionado, sino que conforme lo preceptuado por la Alta Corte en decisión CSJ, SP. SP712-2017, Radicación 48250 *“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”*.

Estas premisas jurisprudenciales constituyen eje de referencia para examinar si en efecto el ex alcalde Cadavid Bedoya durante el trámite y desarrollo del Convenio 0309/2009, acató los principios que rigen la contratación estatal o por el contrario incurrió en alguna de las tres falencias señaladas por la Fiscalía General de la Nación, en el escrito de acusación y en la audiencia de formulación de acusación, a saber:

“GABRIEL JAIME CADAVID, tramitó contrato sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales al entregar a un tercero sin ningún tipo de soporte el dinero y por ende la ejecución de objeto contractual del convenio 0309 celebrado con el área metropolitana incumpliendo un requisito esencial de la contratación como es la solemnidad toda vez que antes de entregar a un tercero la ejecución de los recursos debía en primer lugar dar aviso al interventor (cláusula 3 convenio 0309 octubre 2 de 2009) en segundo lugar solemnizar tal operación y en tercer lugar por mandato legal, para debía verificar que la fundación para el buen gobierno tuviera la ideonidad (sic) necesaria que justificara dicha tercerización”.

De allí entonces que es necesario constatar si la ausencia de alguno de esos requisitos puede configurar objetivamente el tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos

legales, y si además Cadavid Bedoya, actuó con pleno conocimiento y voluntad, esto es, si obró con dolo. Sin embargo, en caso de no encontrar tipificado el ilícito no será preciso entrar a evaluar el acápite subjetivo del tipo penal.

Tal y como se indicó en el delito de Peculado por apropiación, está acreditado el sujeto activo calificado, esto es que el procesado fungía como alcalde electo de Itagüí para el periodo 2009-2011, por lo que no es necesario surtir mayores disertaciones al respecto.

Para esa data entonces, obraba como ordenador del gasto y le asistía el deber de atender los preceptos constitucionales, legales y principalísticos de la contratación estatal, tales como los principios de transparencia, economía y responsabilidad, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo. Cabe anotar que el ex alcalde no había delegado su facultad para contratar dentro del municipio por lo que incólume permanecía en su haber la competencia para ello. De ello dio cuenta la testigo Rocío Amanda Aguilera González.

Así mismo, está plenamente decantado que mientras se desempeñó como alcalde firmó el Convenio 0309/2009 con el Área Metropolitana del Valle de Aburrá, a efectos de *“fortalecer los procesos informativos y tecnológicos del municipio de Itagüí para la operatividad del sistema de información metropolitano”*.

Por tratarse de un tipo penal en blanco, es necesario acudir a las leyes y principios que regulan la contratación estatal a efectos de determinar cuáles son los requisitos esenciales que Cadavid Bedoya debió atender y que debían cumplirse al momento

de tramitar el negocio jurídico que daría ejecución al Convenio 0309/2009.

Manifestó la Delegada Fiscal que faltó el procesado a la solemnidad inherente a los contratos estatales toda vez que antes de entregar a un tercero la ejecución de los recursos debía dar aviso al interventor (cláusula 3 Convenio 0309) y en segundo lugar debió solemnizar tal operación.

El punto focal de este ítem, es constatar si en efecto el procesado no suscribió un contrato para procurar la ejecución del Convenio 0309/2009, lo cual atentaría contra el principio de solemnidad y el hecho de que el acusado no solicitara la aquiescencia del interventor del Área Metropolitana constituye un requisito esencial de los contratos estatales, ello pues, la Jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido clara en señalar que la desatención debe recaer sobre aspectos sustanciales que atenten sobre alguna de las máximas de la contratación estatal.

Como teoría de la defensa, y la cual fue expuesta por el procesado e informada en su momento al Área Metropolitana en los escasos oficios que respondió, se manifestó que el ex burgomaestre Cadavid Bedoya, sí celebró un contrato para ejecutar el Convenio 0309/2009, y aquel no es otro que el Convenio interadministrativo SG-081 de 2009, suscrito con la Fundación para El Buen Gobierno por un valor de 5.200.000.000 de pesos aproximadamente.

Se incorporó, como ya se señaló, en el juicio oral como prueba documental autónoma, el Convenio interadministrativo SG-081 de 2009, el cual fue firmado en el mes de noviembre de

2009, por el hoy investigado y el representante legal de la plurimencionada fundación.

Estipula la Ley 80 de 1993, en su artículo 39, que todos los contratos estatales, deben solemnizarse y constar por escrito, de suerte que, la forma escrita es esencial pues, como lo diría la Corte Constitucional en sentencia C-949/2001, *“Precisamente la forma es uno de esos requisitos esenciales y se refiere al modo concreto como se documenta, materializa e instrumenta el vínculo contractual”*.

El artículo 39 de la ley en cuestión, establece:

Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales. (subrayas del despacho)

Conforme al artículo 40 de la Ley 80 de 1993, las estipulaciones de los contratos estatales deben atender a las normas civiles, comerciales y las previstas en la Ley que correspondan a su naturaleza y a su esencia.

La precitada norma autoriza a las entidades públicas a celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y sean necesarios para dar cumplimiento a los fines del Estado. Además, permite que los entes estatales incluyan las condiciones, modalidades y demás cláusulas que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre y cuando no contraríen la Constitución, la ley y los principios de la buena administración.

Por su parte el artículo 41 ibídem estipula:

“DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”.

El Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción de Contencioso Administrativo, en sentencia del 4 de mayo de 1998, expediente 11.422, se refirió a las formas del contrato estatal, indicando que debe versar por escrito pues de no ser así, se tornaría inexistente. En su momento se señaló:

“Téngase presente que, como lo ha sostenido la Sala, con ponencia de quien proyecta ahora ésta, en materia de contratos estatales o regidos por la disciplina de derecho público, la regla general, en punto de formalidades establecidas legalmente para la eficacia del negocio, es la observancia del documento escrito, consagrada las más de las veces por razones de seguridad y certeza, cuya ausencia comporta la ineficacia negocial e impide poder sostener que el pretendido negocio ha adquirido vida jurídica”.

Sobre el contrato estatal, su existencia, elementos y momento de perfeccionamiento, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en providencia con radicado 47001233100020110003701, expediente 54.711, del 6 de julio de 2022, precisó:

Con meridiana claridad se extrae del anterior precepto, que (i) el contrato es perfecto cuando en él convergen los elementos esenciales que determinan su existencia; (ii) los requisitos allí advertidos definen que un contrato se ha perfeccionado siempre que exista acuerdo de voluntades, al menos, sobre el objeto del negocio y su contraprestación, y que se eleve a escrito; (iii) entonces, desde el momento en que las partes firman el contrato, éste se reputa existente; (iv) luego de lo anterior, dicho negocio será ejecutable cuando se cumpla con la aprobación de la garantía y la realización del registro presupuestal.

En suma, el contrato existe y es perfecto cuando cumple con los requisitos esenciales de orden legal antes aludidos, establecidos para que la voluntad de los contratistas produzca efectos jurídicos en la forma o solemnidad exigida para ello, es decir, "esos elementos

esenciales del contrato se refieren al contenido mínimo legal impuesto que resulta de los términos de la ley a propósito de la definición del negocio jurídico en concreto, y contra los cuales nada puede la autonomía negocial por el carácter imperativo de las normas que las previenen, so pena de inexistencia o conversión.

En el mismo sentido, el negocio jurídico es inexistente o "desprovisto de juridicidad", cuando "la conducta dispositiva de intereses es irrelevante ... y no puede conducir más que a la nada en el campo negocial", esto es, cuando carece de alguno de dichos elementos constitutivos requeridos en la ley, escenario que implica entonces su propia negación, ante la falta de nacimiento al mundo jurídico.

Pues bien, conforme lo señala la Fiscalía en su escrito de acusación, Cadavid Bedoya faltó al principio de solemnidad por entregar a un tercero sin ningún tipo de soporte el dinero entregado por el Área Metropolitana en virtud del Convenio 0309/2009. Sin embargo, y como se señaló previamente, manifestó en ejercicio de su defensa, que sí había suscrito un contrato para ello, esto es el Convenio interadministrativo 081 de 2009.

En consecuencia, debe constatar esta Judicatura, en virtud de la oposición expuesta por la Fiscalía y el Ministerio Público si en efecto cumplió el encausado con la carga que le correspondía o si, *a contrario sensu*, no lo hizo.

En pro de dilucidar el principio que lo vinculaba, quiere señalar la Judicatura que, por tratarse de un tipo penal en blanco, es necesario atenerse a la construcción jurídica y a los señalamientos que el ente investigador haya hecho de cara a su omisión. La Delegada Fiscal se limitó a indicar que faltó a la "*solemnidad*" sin ahondar o discriminar la ley, decreto u obligación que lo ataba para suscribir el contrato de una o determinada forma o por qué el hecho que haya suscrito el Convenio 081/2009 no suplía las obligaciones que le eran inherentes.

En relación con lo anterior, de especial relevancia resulta que, a pesar de tratarse de un tipo penal en blanco, la Delegada Fiscal no surtió la construcción que se le exigía en su escrito de acusación y, por ende, no comunicó ni al procesado ni mucho menos al Juez *A quo* cuáles son las normas o preceptos que Cadavid Bedoya debía atender y que, no lo hizo.

Sin embargo, entenderá esta instancia judicial que la solemnidad a la que hizo referencia la Fiscalía es aquella de la que se habla en los artículos 39, 40 y 41 de la Ley 80 de 1993, en tanto todos los contratos estatales deben versar por escrito para su nacimiento a la vida jurídica.

En vista de que el procesado manifestó en su declaración que sí elevó un contrato escrito y que el mismo fue incorporado por la Delegada Fiscal como prueba documental autónoma, esto es el Convenio 081/2009 y que del mismo se hizo una amplia referencia durante el juicio oral, debe verificar esta instancia judicial, por qué el mismo no podría dar cumplimiento al objeto contractual del Convenio 0309/2009 y así poder dilucidar si el procesado incurrió en el tipo penal o no. Para ello, se compararán los objetos contractuales de los referidos convenios y se determinará si en efecto el uno podía contener al otro o si, por el contrario, sus finalidades resultaban tan disimiles que hacían imposible tal actividad.

Convenio 0309/2009: Área Metropolitana y Municipio de Itagüí.	Convenio 081/2009: Municipio de Itagüí y Fundación para el Buen Gobierno.
Objeto: Fortalecer los procesos informativos y tecnológicos del	Objeto: Suministrar aplicativos, vehículos, equipos, insumos y

municipio de Itagüí para la operatividad del sistema de información metropolitano. Alcance: En desarrollo del objeto del presente convenio EL MUNICIPIO se obliga a: 1. Realizar todos los trámites contractuales tendientes a fortalecer los procesos de administración de la documentación, automatización del expediente municipal y de mejoramiento y seguridad de la plataforma tecnológica necesaria para operar el sistema de información metropolitano. 2.Garantizar que lo contratado será para uso exclusivo del archivo municipal y el sistema de información metropolitano, para obtener como resultado a) sistematizar los procesos de recepción, radicación, procesamiento y atención de la documentación que ingresa al municipio. b) mejorar la plataforma tecnológica para la operatividad del sistema de información metropolitano. c) fortalecer el proceso de seguridad informática de la administración d) fortalecer el proceso de implementación del expediente municipal e) contar con indicadores de impacto, de forma sistematizada, que permita hacer seguimiento a los POT y planes de desarrollo municipal	dotaciones para apoyar el desarrollo de las actividades misiones y de funcionamiento. Actividades: Actividad 1: Adquirir para la Administración Municipal los aplicativos, vehículos, equipos, insumos y dotaciones para apoyar el desarrollo de las actividades misiones y de funcionamiento, relacionadas en las especificaciones técnicas y en la propuesta. Actividad 2: Hacer llegar a la dependencia correspondiente los aplicativos, vehículos, equipos, insumos y dotaciones en correspondencia con las solicitudes de la Administración Municipal. Actividad 3: Presentar informe final que relacione los aplicativos, vehículos, equipos insumos y dotaciones entregados, con sus respectivas especificaciones.
--	---

De entrada, los objetos y actividades de ambos convenios interadministrativos resultan dispares, sin embargo, en el decurso del juicio oral y, en particular, con los testimonios de Hernán Darío Elejalde López, Ana Cristina Toro Correa y Dayron Alberto Mejía, se pudo establecer que la ejecución del Convenio 0309/2009 implicaba la compra de servidores, computadores y un software, sin que se obligase a la compra de una marca o creado por una casa de programación en particular o con ciertas especificaciones técnicas, siempre y cuando cumpliera con los ítems requeridos para planeación, archivo y el presupuesto designado por el Área Metropolitana para ello, por lo que contrastados ambos objetos, se percibe que nada impedía a Cadavid Bedoya subsumir el cumplimiento del Convenio 0309 de 2009 en el Convenio interadministrativo 081 de 2009, y de hecho, ningún punto del mencionado convenio se lo prohibía expresamente.

Y esta afirmación se fortalece toda vez que el propósito de ambos convenios es la compra de bienes, enseres o elementos tecnológicos, detallándolo el Convenio 0309/2009 para fortalecer el sistema de metropolitano, mientras el Convenio 081/2009 habla de un suministro global para la Alcaldía de Itagüí. La finalidad de los negocios no es contraria y comparte una intención de adquirir productos para el ente municipal.

Nótese que el Convenio 0309 de 2009 se signó el 2 de octubre de 2009, mientras que el 081 de 2009 se suscribió el 13 de noviembre de la misma anualidad. En su cláusula octava, el segundo convenio contiene una imputación de gastos, y en ella se indica que el cumplimiento de los pagos correrá durante la vigencia fiscal de ese año con cargo a varios certificados de disponibilidad y registros presupuestales que allí se especifican.

En particular, tal y como obra en la Resolución Metropolitana 0002224 de 2010, expedida por el Área Metropolitana el 30 de noviembre de 2010 incorporada por la Fiscalía, el municipio de Itagüí informó con respecto a la ejecución de los dineros aportados por el Área que en ese Convenio 081 de 2009, se dispuso la disponibilidad presupuestal N° 1695 y el registro presupuestal N° 2733, rubro presupuestal 05040302201-34 Convenio 0309-2009 y contrastado aquello, con el precitado Convenio 081, se observa que en efecto ese certificado y ese registro presupuestal sí estaban insertos allí, de manera entonces, que aunque el ex alcalde Cadavid Bedoya no suscribió un contrato único y particular, pequeño y amoldado para el Convenio 0309 de 2009, sí incluyó ítems para la ejecución del mismo dentro del Convenio 081, que como ya se indicó estaba destinado al suministro de aplicativos, insumos y dotaciones para el Municipio de Itagüí.

Partiendo de ese hecho, y de que nada le prohibía al entonces burgomaestre acumular la compra de aplicativos, insumos y dotaciones para el Municipio de Itagüí, en un solo contrato, y sin que la Fiscalía expresara de manera puntual qué norma o precepto administrativo pudiera vulnerar con tal acción, no encuentra esta Colegiatura demostrado más allá de toda duda razonable, en qué omisión o falta a la solemnidad pudo incurrir Cadavid Bedoya cuando se observa que sí suscribió un contrato por escrito para ejecutar el Convenio 0309 de 2009.

En cuanto al segundo punto, esto es que no solicitó autorización al Área Metropolitana para suscribir tal contrato, ya que el Convenio 0309 de 2009, contenía en su cláusula tercera las obligaciones para las partes, en las dispuestas para el municipio en el numeral 4, se encontraba la enrostrada por la Fiscalía: *“Antes de*

realizar un trámite contractual para cumplir con el objeto del presente convenio, deberá levantarse acta con el interventor donde conste la aceptación por parte del ÁREA.”

Dicha cláusula representaba entonces la voluntad entre los dos contratantes, de que antes de suscribir un contrato para delegar la ejecución del Convenio 0309, debía contarse con la aprobación del interventor del Área Metropolitana del Valle de Aburrá.

Como se indicó previamente el artículo 410 del Código Penal, describe como conducta ilícita el tramitar contratos sin atención al lleno de los requisitos legales, sin embargo, no todos los elementos que falten lo tipifican y para que se configure la misma se debe tratar de aquellos que son de la esencia misma del contrato. En consecuencia, para verificar si lo son o no, debe constatarse para la tipología del contrato cuáles se instituyen como tal, sin dejar de lado, los que son inherentes a su existencia misma.

Sobre la identificación de los requisitos inherentes a la esencia del contrato estatal, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia SP 17159-2016, Radicación 46.037 del 23 de noviembre de 2016, señaló:

“A fin de identificar cuáles requisitos pertenecen a la esencia del contrato estatal, son aplicables tres criterios, complementarios entre sí, que se extraen tanto de la teoría general del negocio jurídico como de los postulados rectores del Estatuto de Contratación Estatal.

El primero de ellos se basa en los arts. 1501 y 1741 del C.C. Conforme a la primera de estas normas, son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente. Son de su naturaleza las que, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. Por su parte, el art. 1741 inc. 1º ídem señala que la nulidad absoluta de un

contrato deriva de un objeto o causa ilícita o la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos contratos, en consideración a su naturaleza.

El segundo criterio se fundamenta en las causales de nulidad absoluta del contrato estatal, previstas en el art. 44 de la Ley 80 de 1993. De acuerdo con esta norma, será esencial la formalidad cuyo incumplimiento comporta ineficacia absoluta del contrato cuando, entre otras razones, éste se celebre i) con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; ii) contra expresa prohibición constitucional o legal y iii) con abuso o desviación de poder.

En tercer término, como complemento de las anteriores pautas, 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 jurisprudencia 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 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).

Verificada tal cláusula, no representaba que su incumplimiento afectara los requisitos genéricos que *per se* regula la ley civil, en caso de que el ex alcalde suscribiera otro contrato sin esa autorización, pues no estaba vinculada con la capacidad, el consentimiento, el objeto o la causa lícita del convenio, de suerte que, en el plano de la existencia, su incumplimiento no determinaba el nacimiento a la vida jurídica ni viciaba de nulidad el Convenio 081/2009.

Se itera, la inobservancia de la precitada cláusula, no alteraba los requisitos para la ejecución del contrato, y mucho menos tornaba inexistente el negocio estatal, pues de conformidad con los artículos 1501 y 1741 del Código civil, son de la esencia del

contrato aquellas cosas sin las cuales no produce efecto alguno o se convierte en un contrato diferente.

Así las cosas, sin que esa autorización por parte del interventor del Área Metropolitana fuera de la esencia del contrato estatal su omisión por parte del ex alcalde no tipifica el delito endilgado, y como ocurrió en su momento fue una clara falta a las voluntades que habían formalizado las partes en el Convenio 0309/2009, sin embargo y conforme a la jurisprudencia reseñada con antelación no recoge el elemento objetivo del tipo del ilícito y por ende resulta atípica; sin que se pueda enrostrar responsabilidad penal por la falla en esa obtención.

Finalmente, frente a la tercera omisión endilgada al procesado, esto es no verificar la idoneidad de la Fundación para El Buen Gobierno que justificara dicha tercerización, encuentra esta Magistratura la misma dificultad que en los anteriores supuestos fácticos, toda vez que no detalló la Delegada Fiscal cuáles fueron las normas o principios obligatorios para el señor Cadavid Bedoya que no atendió, ni tampoco si fue burlada alguna de las modalidades de selección contractual o si no era procedente la contratación directa, por lo que se considera no se incorporaron en debida forma los preceptos estipulados por el artículo 337 del C.P.P.

Este punto resulta de suma importancia pues, tal como lo señala la Corte Suprema de Justicia de vieja data, el escrito de acusación es la carta de navegación del proceso penal debido a que:

“Justamente, con el propósito de satisfacer el perfecto conocimiento de la acusación y afirmar los derechos que de ella se activan, el legislador reguló de manera estricta los aspectos que el escrito acusatorio debe contener y permitió su control formal, pues como se ha sostenido, al constituir el límite al poder punitivo del Estado y por tanto el marco

jurídico y supuesto básico de la sentencia, debe ofrecer el conocimiento exacto de los extremos que se debatirán en el juicio. Por este motivo, en reiteradas oportunidades la Sala ha llamado la atención a la Fiscalía para que la decisión de acusar obedezca a los más estrictos postulados de responsabilidad en la investigación que se adelantó y lideró, de forma tal que el escrito sea el reflejo de los resultados de la actividad probatoria desarrollada y por tanto entrañe el pleno convencimiento de la teoría del caso que se defenderá en el juicio»¹⁰.

Así pues, la acusación y los hechos jurídicamente relevantes contenidos en él deben ser redactados en forma clara, precisa y detallada a efectos que la Fiscalía establezca plenamente cuáles hechos, indicios o situaciones jurídicas debe probar y así desenvolverse en el juicio, y permite además que la defensa pueda ejercer todas las actividades pertinentes a demostrar su teoría del caso y solicitar las pruebas que le permitan agotarla.

Partiendo de la escueta manifestación de “*idoneidad*” planteada en el escrito de acusación, ha señalado el Consejo de Estado que la misma hace parte de la capacidad exigida a los contratantes y que no se limita únicamente al objeto o actividad social que detente el proponente o contratista, sino que además implica su capacidad legal, idoneidad técnica, profesional y económica para asegurar el cumplimiento del objeto negocial¹¹.

En este caso, aunque la Fiscalía procuró dar pistas de la actividad u objeto mercantil de la Fundación para El Buen Gobierno, no quedó claro si lo que aportó correspondía a los años 2009 y 2011, cuando ocurrieron los hechos; y por ello, aunque en el peritaje de la señora Osmany Trujillo García se señala cuáles eran las actividades a las que se dedicaba la Fundación involucrada, no

¹⁰ CSJ. SP 1392-2015. Radicación 39894.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso número 850012331000030901. Radicación número 15.324.

obstante, estas corresponden al año 2016, anualidad en que la fundación había cambiado, incluso de nombre.

Sobre la idoneidad de la Fundación para la ejecución del objeto contractual, era necesario verificar no solamente su objeto mercantil, sino además si se encontraba en la capacidad jurídica y material de agotar ese convenio interadministrativo, sin embargo, huérfana quedó la Fiscalía en materia probatoria, pues se recalca, su actividad fue infortunada y como se mencionó en acápites anteriores no demostró ni siquiera la naturaleza de la Fundación para los años 2009 a 2011 y mucho menos su músculo financiero o posibilidades de operatividad.

Por lo anterior, la conclusión de la Sala, de acuerdo con la valoración de los medios de prueba antes descritos, conduce a afirmar, conforme lo concluido por el Juez de primera instancia, que no se cuenta con prueba suficiente que permita desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al señor **Gabriel Jaime Cadavid Bedoya** respecto de las conductas endilgadas, pues, en esta oportunidad la prueba adosada al proceso fue escueta y ciertamente no supera el estándar señalado por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

La Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que de acuerdo con la teoría de la valoración probatoria, si las pruebas de cargo practicadas en el juicio oral dejan dudas en el funcionario que examina de manera conjunta los elementos de convicción, se deberá dar aplicación al principio rector y de garantía procesal del artículo 7 del Código de Procedimiento Penal que ordena resolver en favor del procesado las dudas respecto de la responsabilidad penal. Aclarando que no es cualquier duda la que lleva al fallador a

expresar que la prueba no fue suficiente para que su conocimiento racional supere la exigencia impuesta por la ley para proferir sentencia condenatoria.

La duda razonable, como presupuesto que debe superarse para proferir condena, fue explicada por la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SP4316-2015, radicado 43.262 del 16 de abril de 2015:

“Impera recordar que la verdad racional constituye una pretensión sustancial común a cualquier sistema procesal penal, pues sería contrario a la justicia como valor fundante de las sociedades democráticas que la finalidad del proceso fuera la mentira, la falacia o el sofisma.

(...) sólo cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del acusado.

Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer constitutivo de la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.

Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales”¹².

¹² CSJ. Radicado: 43262. MP. María del Rosario González Muñoz.

En tales condiciones, corresponde impartir confirmación a la sentencia recurrida que absuelve al señor **Cadavid Bedoya** de los delitos de Peculado por apropiación en concurso heterogéneo con Contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, pues su presunción de inocencia no ha podido ser derruida con la prueba de cargo, ya que en relación con la responsabilidad penal que se le pueda atribuir a los hechos materia de investigación hay déficit probatorio y la limitación establecida en el inciso segundo del artículo 381 C.P.P.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN -Sala Novena de Decisión Penal-** administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: CONFIRMAR la sentencia de fecha, origen y naturaleza indicados mediante la cual se absolvió al señor **GABRIEL JAIME CADAVID BEDOYA**, por los delitos de **Peculado por apropiación en concurso heterogéneo con Contrato sin cumplimiento de los requisitos legales**.

Segundo: Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación que deberá interponerse en los términos de Ley.

DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
Magistrado

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
Magistrado.

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
Magistrado.

Firmado Por:

Pio Nicolas Jaramillo Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Cesar Augusto Rengifo Cuello
Magistrado
Sala 01 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jorge Enrique Ortiz Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5b3e61c8aa00710aae0fc7f0d1e60d3134118bd524afee52fd1745f71cb7caf5**

Documento generado en 13/03/2024 03:55:53 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>