



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

**BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA**

**Magistrada Ponente**

**SEP 039-2022**

**Radicación N° 00025**

**Aprobado Acta No. 35**

Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil veintidós (2022).

Emite la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia sentencia en el proceso penal que se adelanta en contra de JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, otrora Gobernador del departamento del Huila, acusado por la Fiscalía General de la Nación como probable autor del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

## 1. SITUACIÓN FÁCTICA

JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ como Gobernador del departamento del Huila, el 29 de diciembre de 2003 celebró el Convenio Interinstitucional 319 con la entidad privada sin ánimo de lucro, Caja de Compensación Familiar del Huila - Comfamiliar, cuyo objeto era *"aunar esfuerzos con el fin de adquirir material educativo y equipos didácticos y de deporte, dirigidos a la población escolar del departamento"*. El valor ascendió a la suma de \$206.007.257, de los cuales el departamento aportó \$199.827.040 y Comfamiliar contribuyó con \$6.180.217, representados en un descuento efectuado a los elementos a adquirir.

El 5 de abril de 2004 la Contraloría General de la República, a través de su Gerencia Departamental del Huila, reportó un hallazgo penal tras analizar el referido convenio<sup>1</sup> al considerar que no se respetaron los principios generales de los contratos interadministrativos, pues: *i)* no hubo una colaboración mutua que estuviera exenta de algún beneficio económico; *ii)* se trató de una compra directa que tuvo como contraprestación un descuento; *iii)* al no ser Comfamiliar una entidad pública, ni una cooperativa no era viable la suscripción del negocio jurídico; y *iv)* se invirtió un porcentaje mayor en artículos deportivos que en áreas como matemáticas, sociales, español y ciencias; y *v)* se omitieron los procedimientos de invitación, selección y escogencia, establecidos en la Ley 80 de 1993.

---

<sup>1</sup> Fls. 4 a 9, cuaderno No. 1, Fiscalía.

## **2. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO**

JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, se identifica con la cédula de ciudadanía No. 4.881.008 de Acevedo (Huila), nació el 17 de junio de 1955 en el mismo municipio, es hijo de Dagoberto Cárdenas y María Helena Chávez de Cárdenas, de estado civil casado con Karla Covaleda Ramírez, es padre de cinco hijos y de profesión ingeniero civil. Se desempeñó como Gobernador del departamento del Huila para el periodo 2001 a 2003.

## **3. ANTECEDENTES PROCESALES**

### **3.1. Etapa de investigación**

El 14 de septiembre de 2007 la Fiscalía General de la Nación dispuso abrir investigación previa contra JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, por la presunta comisión del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*<sup>2</sup> y el 18 de marzo de 2014, abrió formal instrucción en su contra<sup>3</sup>.

Vinculado mediante indagatoria recepcionada el 08 de septiembre de 2015<sup>4</sup>, su situación jurídica fue resuelta el 16 de marzo de 2018 con medida de aseguramiento no privativa de la libertad, una caución prendaria equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, con la prohibición de salir del país, como presunto responsable del ilícito de

<sup>2</sup> Fls. 58 a 63, cuaderno No. 1, Fiscalía.

<sup>3</sup> Fls. 250 a 262, ídem.

<sup>4</sup> Fls. 284, íbidem.

*contrato sin cumplimiento de requisitos legales consagrado en el artículo 410 del Código Penal*<sup>5</sup>. No obstante, una vez clausurado y calificado el ciclo instructivo, mediante decisión de 27 de julio de 2018 la Fiscalía decretó de oficio la nulidad de todo lo actuado desde el 24 de mayo de la misma anualidad, revocando la medida de aseguramiento ordenada, toda vez que, para la época de los hechos, esto es, para el año 2003, no existían figuras cautelares diferentes a la intramural<sup>6</sup>.

El 12 de septiembre de 2018 se adoptó la nueva calificación sumarial con resolución de acusación por el citado delito contra el bien jurídico de la administración pública, concurriendo la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 9º del artículo 58 del Código Penal<sup>7</sup>.

### **3.2. Etapa de Juicio**

Ejecutoriada la resolución de acusación el 19 de octubre de 2018<sup>8</sup>, el expediente fue remitido a esta Sala Especial<sup>9</sup> y corrido el traslado contemplado en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000<sup>10</sup>, por auto de 27 de mayo de 2019 se negó la nulidad solicitada por la defensora del enjuiciado, en tanto se accedió a la práctica de las pruebas deprecadas<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Fls. 20 a 37, cuaderno No. 2, Fiscalía.

<sup>6</sup> Fls. 126 a 150, *idem*.

<sup>7</sup> Fls. 273 a 302, *ibidem*.

<sup>8</sup> Fls. 19, cuaderno No. 3, Fiscalía.

<sup>9</sup> Fl. 24, *idem*.

<sup>10</sup> Fl. 3, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

<sup>11</sup> Fls. 43 a 64, *ibidem*.

#### **4. RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN**

La Fiscalía Segunda Delegada ante la Corte Suprema de Justicia convocó a juicio a CÁRDENAS CHÁVEZ al estimar que como Gobernador celebró de manera irregular el Convenio Interinstitucional 319 de 29 de diciembre de 2003 con Comfamiliar, pues no se trató de un contrato interadministrativo, el cual es dable suscribir con las entidades estatales señaladas en el numeral 1° del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, y si bien mediaba la facultad constitucional (artículo 355) para la suscripción de convenios con entidades privadas sin ánimo de lucro, la misma no permitía celebrar cualquier clase de contrato, ya que debía tenerse en cuenta la finalidad u objeto del mismo y las excepciones a la aplicación de esta norma.

Indicó que, para adquirir los elementos educativos y deportivos, la gobernación no podía justificar la celebración de un convenio con una entidad sin ánimo de lucro bajo los parámetros del artículo 355 de la Constitución Política, toda vez que al generarse una contraprestación directa en favor de la entidad pública, esa ruta contractual le estaba vedada, según lo contemplado en el artículo 2° del Decreto 777 de 1992.

Como sustento de su afirmación mencionó que a cambio de los \$199.827.040 girados por la Gobernación del Huila a Comfamiliar, el ente territorial recibió un material didáctico respecto del cual la entidad privada realizó un descuento de \$6.180.218, denominado como "aporte" para dar

así por acreditada la consolidación de un convenio, sin embargo, lo que realmente se materializó fue una compra directa, lo cual es evidente con: *i)* la expedición de la factura de venta 191257 de 10 de febrero de 2004 por parte de la Caja de Compensación; *ii)* la orden de alta 060 con la que el jefe de la División Comercial y de Servicios Generales de la Gobernación ingresó los materiales al almacén, como "*los elementos comprados*"; *iii)* la cuenta de cobro 14403 de 1° de marzo de 2004 emitida por Comfamiliar; y *iv)* la orden de pago 018 de 12 de marzo de la gobernación.

Para el ente acusador, existió una contraprestación recíproca resultado de una negociación en la cual la entidad privada sin ánimo de lucro ofreció ciertos productos a bajo costo y la gobernación los adquirió conforme a la costumbre comercial contrariando así el artículo 355 superior, pues los contratos a los que hace referencia son aquellos en los cuales el Estado entrega recursos a una entidad sin ánimo de lucro para que esta pueda adelantar sus propios programas, lo que no sucedió en este caso.

Por otro lado, planteó que, aun cuando la Secretaría de Educación se hubiese ocupado del trámite de la propuesta de Comfamiliar, ello obedeció a las instrucciones que el procesado como gobernador impartió en tal sentido, pudiendo él percibir desde un inicio que se trataba de la venta de productos con los que contaba el hipermercado de esa Caja de Compensación.

Destacó que el estar en el Plan de Desarrollo la posibilidad de celebrar convenios, ello no eximía al aforado de cumplir con las exigencias previstas en la normatividad constitucional y legal.

Paralelamente, reprochó la manifestación del acusado, según la cual, el aporte de Comfamiliar no sólo se representó en el descuento ofrecido, pues además brindó la infraestructura para entregar los elementos adquiridos en la gobernación o en las instituciones educativas ubicadas en el departamento, puesto que dicha actividad no se puede entender como un aporte teniendo en cuenta que es una obligación inherente a la Caja de Compensación por la clase de negocio jurídico celebrado, así que tratándose de la venta de productos en significativas cantidades resultaba obvio su transporte y entrega en el sitio establecido por el comprador.

También resaltó que la Ley 21 de 1982, por medio de la cual se modificó el régimen de subsidio familiar, no habilitó a las cajas de compensación para celebrar convenios con entidades privadas cuyo objeto fuera comercializar productos, ya que sus disposiciones buscan propender por el beneficio de los trabajadores cobijados con el subsidio familiar, y si bien podía desarrollar obras y programas sociales, estas actividades debían estar encaminadas a lograr una mejor atención a los trabajadores y personas a su cargo, no a redundar en los estudiantes de la región, como se indicó por parte del representante legal de Comfamiliar en la propuesta presentada a la Gobernación del Huila.

Recriminó el hecho que la Caja de Compensación no estuviera inscrita en la Cámara de Comercio, conforme lo exigía el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, lo que era indispensable para ser incluida en el registro de proponentes a efectos de comercializar productos.

Por otra parte, hizo énfasis en que el procesado no puede pretender que el aval del Director de la Oficina Jurídica para la celebración del aludido contrato lo exonere de cualquier consecuencia, teniendo en cuenta que, en cabeza de él estaba asignada la celebración de dichos negocios por ser el gobernador del departamento. Además, no requería conocimiento jurídico para advertir que lo propuesto era una compra directa con un descuento y no un convenio, en consecuencia, esa asesoría no le era vinculante y era suya la responsabilidad contractual.

Criticó que la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública hubiera archivado el asunto disciplinario en favor de CÁRDENAS CHÁVEZ con base en el parágrafo del artículo 3° del Decreto 855 de 1994, el cual contemplaba la posibilidad de que las entidades estatales contrataran directamente con personas naturales o jurídicas que estuvieran en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, omitiendo que para la fecha de la celebración del convenio la norma se encontraba derogada por el Decreto 2170 de 2002.

Finalmente, sostuvo que en el presente caso se debió adelantar una licitación pública por tratarse de la adquisición de productos didácticos y artículos deportivos



para establecimientos educativos del departamento, excluyéndose la posibilidad de acudir a la contratación directa, toda vez que el asunto no se acomodaba a ninguna de las alternativas previstas en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

De igual modo, descartó que se tratara de un *convenio de asociación*, pues de conformidad con el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, esta modalidad demanda el desarrollo conjunto de actividades, lo cual dista de lo dispuesto en el Convenio 319, pues se omitió para su celebración la ritualidad exigida en el ordenamiento jurídico en contravía de los principios de legalidad (artículo 6° de la Constitución Política), transparencia y responsabilidad (artículos 24 y 26 de la Ley 80 de 1993), que rigen la contratación estatal.

## **5. AUDIENCIA PÚBLICA**

El 3 de octubre de 2018<sup>12</sup> se dio inicio a la audiencia pública de juzgamiento en cuyo desarrollo se escuchó en interrogatorio al acusado y se recaudaron varias declaraciones, salvó la de Jairo Ernesto Paredes Guerrero, porque la defensa desistió del mismo y la de Armando Ariza Quintero, por cuanto no fue posible lograr su comparecencia, declarándose por auto de 20 de septiembre de 2021 agotada la práctica probatoria<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Fls. 132 a 135, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

<sup>13</sup> Fls. 215 a 222, cuaderno No. 2, Sala Especial de Primera Instancia.

Finalmente, el 30 de noviembre de 2021 se continuó con la audiencia pública dando paso a la presentación de las alegaciones finales por parte de los sujetos procesales.

### **5.1. Fiscalía**

Solicitó emitir sentencia condenatoria en contra del enjuiciado como autor del delito objeto de acusación concurriendo la circunstancia de mayor punibilidad por su posición distinguida y privilegiada en la sociedad al momento de los hechos, su trayectoria en el sector público y la confianza depositada por los electores, por haberse acreditado que con la suscripción del Convenio 319 de 2003, infringió de manera consciente y voluntaria los postulados esenciales de la contratación estatal.

Como sustento señaló que se suscribió el suministro de un material didáctico con una contratación directa vulnerando los principios de transparencia, responsabilidad, economía, el deber de selección objetiva y los principios de la función pública en general, sin que hubiera mediado alguna justificación para ello.

Reiteró que por el objeto del contrato no podía celebrarse ni como convenio interadministrativo, ni convenio de interés público, porque respecto de los primeros la Caja de Compensación no ostenta la calidad de entidad pública (artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998), y frente a los segundos (art. 355 de la Constitución), la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conceptuó que para que

esto sea posible se deben reunir básicamente tres requisitos: *i)* la naturaleza jurídica del contratista: entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad; *ii)* el objeto: impulsar programas y actividades de interés público de contenido eminentemente social; y *iii)* han de estar acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo.

Y en este caso, si bien no hay discusión en que Comfamiliar es una caja de compensación de naturaleza privada sin ánimo de lucro, como lo dispone el art. 355 de la Constitución, no se demostró por escrito su reconocida idoneidad para la celebración de este tipo de contratos. Además, su objeto es propender por el beneficio de sus afiliados, no por el bienestar de la comunidad estudiantil del Huila, siendo lo tanto ajeno a sus fines. Tampoco se cumplió con el impulso a programas y actividades de interés público, ya que se trataba de un programa de gobierno que implicó una contraprestación para el departamento.

Destacó que se pretendió hacer ver el descuento realizado por Comfamiliar de \$6.180.218, como un aporte del cooperante y así evidenciar la celebración de un convenio, cuando en realidad se trató de una compra directa derivada de una relación conmutativa onerosa, lo que se constata con: *i)* la factura de venta; *ii)* la orden con la que se dio ingreso a la gobernación de los elementos comprados; *iii)* la cuenta de cobro; *iv)* la orden de pago, así haya sido expedida con posterioridad al mandato del aforado, pues corrobora la naturaleza de la negociación; y *v)* el certificado de disponibilidad presupuestal en el que se señaló que los

dineros serían para la compra de material y equipos didácticos.

Que tampoco era aceptable que el acusado alegara como aporte de la entidad privada sin ánimo de lucro el disponer de la logística para la entrega de los elementos en las instituciones educativas, pues era una obligación a cargo del contratista, la que no cumplió, pues el material fue recibido en la Gobernación y, paulatinamente entregado a los establecimientos educativos de diferentes municipios.

Precisó que se cumplió con el requisito que el contrato resultara acorde al Plan Seccional de Desarrollo, lo que se verificó tanto en el estudio de conveniencia y oportunidad, como en la parte considerativa de la minuta del *"convenio interinstitucional"* y en los testimonios ofrecidos por las secretarías de educación, donde se alude a un proyecto de inversión y a lo que se consideró un estudio de planeación debidamente agotado con antelación a la suscripción del convenio, no obstante, en el *"acta de conveniencia y oportunidad"* signada por el gobernador y Martha Cecilia Losada, Secretaria de Educación, no se describieron las características requeridas de los diferentes elementos, ni tampoco la cotización que sirvió de base para suscribir el contrato.

Indicó que, si bien el procesado contaba con el aval del director del Departamento Jurídico, éste no era vinculante, y nada le impedía apartarse del concepto y no celebrar el convenio, toda vez que tenía amplia experiencia como

alcalde, diputado y gobernador, además, le estaba asignada la celebración de contratos y convenios ceñidos a la constitución y la ley, máxime que no requería conocimiento jurídico especial para advertir que se trataba de una compra directa con descuento.

Aseguró que no desconoce que el Decreto 855 de 1994 contempló en el parágrafo del artículo 3° la posibilidad de que las entidades estatales contrataran directamente con quien estuviera en capacidad de ejecutar el objeto del contrato sin necesidad de obtener previamente varias ofertas, sin embargo, esta norma no era aplicable teniendo en cuenta que el Convenio 319 fue celebrado el 29 de diciembre de 2003, fecha en la que estaba vigente el Decreto 2170 de 2002, el cual derogó expresamente la disposición mencionada. Por eso reiteró que no puede ser de recibo que la Procuraduría haya archivado la investigación disciplinaria con base en una norma no vigente.

En consecuencia, a criterio del ente fiscal, para adquirir estos productos debió surtirse una modalidad de contratación que asegurara la libre concurrencia y observara el estatuto de contratación pública estando demostrado que al momento de los hechos el acusado era consciente que transgredía el ordenamiento legal, lo cual acredita el dolo en los términos del artículo 22 del Código Penal, pues conocía las normas, sus funciones y obligaciones como ordenador del gasto y responsable de la actividad contractual.

## **5.2. Ministerio Público**

Pidió emitir sentencia de carácter absolutorio en favor del aforado, toda vez que, según el artículo 9º del Código Penal, para que la conducta se considere punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable, no encontrándose demostrado este último tópico para predicar, en el grado de certeza, su responsabilidad como autor del delito investigado.

Dijo no estar de acuerdo con la afirmación de la Fiscalía en torno a que el acusado no requería conocimiento jurídico para advertir que lo propuesto enmarcaba en una compra directa, pues tal planteamiento dista mucho de ser reputado como un argumento de autoridad, en la medida que no se suministra la razón o fundamento de dicha aseveración.

Y que nada se opone a que el sindicato aduzca ignorancia acerca de la real naturaleza jurídica del contrato por él suscrito con la Caja de Compensación del Huila, máxime cuando el asunto fue revisado por el asesor jurídico y administrativo de la gobernación de la época, y bien pudo el acusado obrar bajo el convencimiento de que podía celebrarse en la modalidad de un convenio, amparado erróneamente en el artículo 355 constitucional, en lugar de haberlo tramitado de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, como era lo legalmente procedente.

Para el representante de la sociedad, los medios probatorios recaudados en la etapa de juicio debilitan el argumento de la Fiscalía, pues tal como lo expuso Noe Santiago Parada Pardo, dentro de sus funciones como Director Administrativo Jurídico de la Gobernación del Huila para la época de los hechos, se encontraban la de *"revisar y dar concepto previo de los convenios y contratos que debe suscribir el Gobernador y llevar su registro y archivo"*, además, confirmó haber estudiado el Convenio 319 de diciembre de 2003, agregando que su dependencia contaba con más de 18 abogados quienes verificaron el negocio jurídico en mención y luego pasó a sus manos para ser refrendado ya que cumplía con las exigencias establecidas por la legislación en ese entonces vigente.

Del hecho que por lo menos dos asesores jurídicos de la gobernación, incluido el propio jefe de esa dependencia, adelantaran la revisión del *convenio interadministrativo*, hallándolo ajustado a derecho, deviene forzoso concluir que el enjuiciado procedió a suscribirlo bajo el convencimiento de que estaba firmando un contrato o negocio jurídico conforme a la ley.

Además, si los abogados asesores, quienes tenían una formación profesional que les permitía determinar la naturaleza jurídica del negocio incurrieron en un yerro de apreciación sobre un tema que aparentemente no revestía mayor complejidad, se pregunta, ¿por qué habría de exigírsele a un ingeniero que supiera que se encontraba en

presencia de un contrato de compraventa y no de un convenio?

Concluyó que ello enmarca el comportamiento en los predios del error dada la concepción equivocada de la realidad, esto es, una falta de correspondencia entre lo que piensa el actor y lo que efectivamente ocurre, y que ante la ausencia del elemento cognitivo la conducta del procesado fue realizada sin dolo, resultando atípica, siendo irrelevante si el error era vencible o no, ya que tal ilícito sólo admite la modalidad dolosa.

Por último, resaltó que el comportamiento del aforado se ajusta a los patrones morales y éticos que deben guiar las actuaciones de todo servidor público.

### **5.3. Apoderado de la parte civil**

Deprecó una sentencia de condena en contra del enjuiciado al estimar que en la celebración del convenio no se respetaron los parámetros establecidos en la Ley 80 de 1993, pues de conformidad con la auditoría llevada a cabo por la Contraloría Departamental, se desconocieron los principios que rigen los convenios interadministrativos, en la medida que: *i)* se realizó una compra directa obteniendo como contraprestación un descuento; *ii)* se invirtió en un porcentaje mayor en artículos deportivos, que en áreas como las matemáticas, sociales, español y ciencias; *iii)* bajo la figura de convenio interinstitucional se evadieron los procedimientos de invitación, selección y escogencia; y *iv)* al



no ser Comfamiliar una entidad pública ni cooperativa, el convenio no era viable.

Respecto de la comisión el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, aseveró que el aforado evadió los procedimientos de invitación, elección y escogencia, establecidos en la Ley 80 de 1993, y no pudo justificar su conducta con las pruebas aportadas al plenario, pues, basta con mencionar que la Caja de Compensación Familiar del Huila por su naturaleza no podía suscribir convenio alguno, afirmando así, que estos negocios jurídicos solo se pueden celebrar con las entidades estatales señaladas en el numeral 1° del artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

#### **5.4. Defensor**

Pidió proferir sentencia absolutoria a favor de su defendido tras advertir que la Fiscalía dejó de lado el principio de buena fe, al derivar el dolo sin respaldo probatorio cuando señaló de manera ligera que se trató de un contrato de compraventa, que no se requería conocimiento jurídico para comprenderlo de esta manera y que el aval del jefe del departamento jurídico de la entidad territorial no obligaba al aforado, cuando este tema no ha sido pacífico en la jurisprudencia desatendiendo el contenido de la Ordenanza 055 del 30 de noviembre de 2001 mediante la cual se transformó la oficina jurídica en el Departamento Administrativo Jurídico, lo cual implicaba que alguien se responsabilizara del área jurídica de la gobernación.

En virtud de ello el Departamento Jurídico adquirió más funciones y responsabilidades, por eso el procesado advirtió en su interrogatorio que el director de esta dependencia era *“el pensamiento jurídico del departamento”*, pues entre las nuevas labores se encontraban la de *“revisar y dar concepto previo de los contratos, convenios que deba suscribir el Gobernador y llevar su registro de archivos”*, *“Emitir conceptos jurídicos sobre asuntos que le soliciten el Gobernador, los Secretarios, los Directores de Departamento Administrativo (...)”* y *“Unificar los criterios de interpretación y aplicación de las normas en la Administración Departamental, Central y Descentralizada”*.

Que, además, el enjuiciado como ingeniero civil es una persona lega en temas jurídicos, por eso no tenía otra alternativa que acatar el concepto del Departamento Administrativo Jurídico confiando en el saber, buen juicio y criterio del especialista en la materia.

Respecto a la afirmación de la Fiscalía que dentro del proceso disciplinario cursado contra CÁRDENAS CHÁVEZ la Procuraduría fundó su decisión en una norma derogada, señaló que la actuación disciplinaria es ajena a la penal, guardando cada una independencia y autonomía, por lo que no debe incidir en este proceso.

A su turno adujo que justificar que el verdadero negocio jurídico celebrado fue una compraventa con base en documentos como la factura de venta 191257, la orden de alta 060, o la constancia dejada por el jefe de la División Comercial y de Servicios Generales de la Gobernación que los

elementos ingresaron al almacén como *"elementos comprados"*, son razonamientos débiles de la Fiscalía, pues la persona que recibe los materiales no es quien determina la clase de contrato celebrado.

Y que precisamente, no se puede considerar como una compraventa, porque el aporte administrativo y operativo no hizo parte del precio, teniendo en cuenta que si Comfamiliar cooperó realizando un descuento de \$6.180.218 y este valor se fijó como un fragmento del precio, se desnaturalizó el contrato de compraventa, ya que el vendedor nunca pagará una porción de lo mismo que vende, por eso en la cláusula quinta se estipuló que *"El presente convenio no genera ninguna relación comercial entre Comfamiliar Huila y el Departamento del Huila"*.

Para el defensor, de lo probado se puede establecer que el otrora Gobernador estaba enterado de lo siguiente: *i)* el objeto del convenio estaba señalado en el Plan de Desarrollo; *ii)* la Secretaría de Educación pidió el aval al Ministerio; *iii)* el plan fue inscrito en el Banco de Proyectos; *iv)* contaba con una ficha EBI; *v)* Comfamiliar no solo aportó dinero, pues además prestó su capacidad operativa y administrativa; *vi)* no había otro proveedor que contara con una mejor logística que la ofrecida por Comfamiliar para llevar los materiales adquiridos a todo el departamento; *vii)* tampoco había otro proveedor con la capacidad administrativa y operativa que tenía Comfamiliar; *viii)* cada Unidad Administrativa de la Gobernación del Huila, por donde hizo su recorrido el convenio, contaba con un grupo de abogados para el estudio correspondiente; y *ix)* el convenio fue revisado por el

Departamento Jurídico Administrativo del Departamento del Huila, que dio su aval, al haber constatado la legalidad del mismo.

Aseguró que no se configuró la antijuridicidad material del delito al no mediar daño ni lesión de alguna índole, pues el convenio se cumplió a cabalidad. Así mismo, la gobernación y Comfamiliar desarrollaron un conjunto de actividades sin que se limitara a la adquisición de elementos, teniendo en cuenta que, en la cláusula cuarta y octava del contrato, se pactó el seguimiento por parte de la administración y la liquidación conjunta del convenio, respectivamente.

Afirmó que el convenio corresponde a uno de *asociación* y no de *apoyo*, por lo cual las exclusiones contempladas en el artículo 2° del Decreto 777 de 1992 no le eran exigibles, pues estas hacen referencia únicamente a los últimos, acatando el acusado cada uno de los parámetros dispuestos para esta modalidad contractual, máxime cuando para esa época ya estaba en vigencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> "Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley. Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes".

Para sustentar su argumento, señaló que la tesis mayoritaria acogida con fundamento en los conceptos emitidos por el Consejo de Estado para la época, es que a los *convenios de asociación* establecidos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 le son aplicables los Decretos 777 y 1403 de 1992 en su integridad, toda vez que, el inciso 2° del artículo mencionado hace una remisión expresa al artículo 355 del texto superior, sin distinción alguna. Sin embargo, con la nueva reglamentación de los convenios, esto es, el Decreto 092 de 2017, se diferenciaron los contratos de *apoyo* (artículos 2°, 3° y 4°) de los de *asociación* (artículo 5°).

Que la nueva tesis de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado distinguió entre los *contratos de apoyo* a programas y actividades de interés público y los *convenios de asociación* previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Así mismo, tal concepto prevé que, el Decreto 777 de 1992 no guarda relación con lo previsto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, porque el primero reglamentó los de *apoyo* y la segunda norma reguló los de *asociación*. En consecuencia, en su criterio, las exclusiones del artículo 2° del Decreto en mención no son aplicables a los convenios de *asociación*, de ahí que el negocio celebrado por el procesado cumplía con los requisitos para esta clase de negocios jurídicos.

#### **5.5. Procesado**

Avaló las pretensiones de la Procuraduría y la Defensa de emitir sentencia absolutoria, luego de lo cual aseguró que el proyecto que dio origen al convenio fue avalado por el Ministerio de Educación, por ello pudo ser inscrito en el Banco de Proyectos de acuerdo con la ordenanza 021 del 2001 del Plan de Desarrollo y sirvió para que la cartera mencionada transfiriera los recursos y el Departamento pudiera hacer la inversión para adquirir el material educativo.

Destacó las manifestaciones que en la audiencia pública hiciera Noe Santiago Parada, Director del Departamento Jurídico, respecto al trámite de los convenios interadministrativos en la entidad, cuando aseveró que luego de adelantarse el correspondiente trámite del proyecto y de verificar su idoneidad con el Plan Nacional y Departamental de Desarrollo, se hacía una ficha, la cual se registraba y, posteriormente pasaba al despacho jurídico, para luego constatar el cumplimiento de requisitos legales. Por tanto, una vez surtidas esas etapas, revisado por los abogados, examinado por el director y obtenido el visto bueno del texto legal y de las condiciones técnicas, podía suscribirse sin problema alguno.

Recalcó la idoneidad en materia educativa de Confamiliar entidad sin ánimo de lucro, que invirtió más de 300 millones de pesos en dotaciones escolares, además, a su cargo funcionaba un colegio años atrás.

Por último, concluyó que el convenio objeto de estudio se cumplió a cabalidad y si la siguiente administración no exigió la entrega de los elementos en los distintos municipios, ello se sale de su responsabilidad por no ser el mandatario en turno, además, llevar el material a cada una de las instituciones valía más que el mismo convenio, por eso la importancia del aporte operativo.

## **6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **6.1. Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018, el cual modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer del presente asunto y emitir sentencia, en razón del fuero que ampara a JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ por haber sido gobernador del departamento del Huila, aun cuando ya no ostenta tal condición, además, la conducta descrita en la resolución de acusación emitida en su contra por la Fiscalía guarda relación con las funciones que desarrolló al frente de ese departamento del 1° de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2003.

Según acta de posesión número 150 de 2000 y las distintas declaraciones del procesado, éste se desempeñó como gobernador en el citado periodo<sup>15</sup>, por ello, en tal

---

<sup>15</sup> Fl. 46, cuaderno No. 1, Fiscalía.

condición, el 29 de diciembre de 2003 celebró el Convenio 319 con Comfamiliar, el cual es materia de análisis en este juicio.

## **6.2. Requisitos para condenar**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, que rige en el presente asunto, para proferir sentencia condenatoria se requiere que la prueba legal, regular, oportuna y válidamente recaudada en el proceso conduzca a la certeza sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del acusado.

En armonía con lo anterior, se debe dar pleno cumplimiento a las previsiones del artículo 238 de la misma normatividad, según la cual para resolver el asunto es preciso hacer una valoración conjunta y concatenada de los medios de convicción arribados al plenario tanto de cargo como de descargo, confrontándolos y comparándolos entre sí con la explicación de la capacidad de convicción razonada que ofrecen bajo los postulados de la sana crítica, esto es, los principios lógicos, las leyes que comandan la observación científica o las reglas de la experiencia tomadas a partir de comportamientos sometidos a una identidad circunstancial, sin desconocer que en tal sistema procesal opera el principio de la libertad probatoria, consagrado en el artículo 237 *idem*.

Con este fin, se debe destacar que para la emisión de una sentencia condenatoria no basta la asunción de la ocurrencia de un suceso, porque para la adecuación típica y



subsiguiente declaración de responsabilidad penal es menester motivar la atribución jurídico penal o ligazón con el actuar del procesado, aspecto en el cual debe mediar la precisión del tipo objetivo y subjetivo, así como de qué manera desarrolló el procesado en todo o en parte la conducta prohibida, sus circunstancias, el objeto sobre el cual recayó, la forma conductual, etc.

Por eso, para determinar si en el presente asunto se encuentran reunidos los citados presupuestos, se abordará en primer lugar la definición legal y estructura dogmática de del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, baremo que servirá para verificar si los comportamientos predicados de CÁRDENAS CHÁVEZ se adecúan a la descripción típica objeto de acusación, y si de contera, tales conductas devienen en antijurídicas y culpables.

### **6.3. Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales**

#### **6.3.1. Del tipo objetivo**

Como las actividades contractuales públicas hacen parte del armazón estatal, han de estar signadas por los principios fundantes de la función administrativa, de ahí que no solo deben estar al servicio de los intereses generales, sino que, en virtud de lo normado en el artículo 209 superior, deben ajustarse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, todo ello encaminado a cumplir los fines del Estado de servir

a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales.

En ese orden, el delito en estudio, conducta atentatoria del bien jurídico de la administración pública, busca preservar los postulados que de raigambre constitucional la rigen y específicamente con la descripción típica, que los ámbitos de tramitación, celebración y liquidación de los contratos estatales se cumplan de acuerdo con las normas que los regulan.

El artículo 410 del Código Penal lo define en los siguientes términos:

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

Es menester advertir que en el caso bajo estudio no resulta aplicable el incremento punitivo de que trata el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pues solo rige para las conductas perpetradas a partir del 1° de enero de 2005, y en este asunto los hechos ocurrieron el 29 de diciembre de 2003.

Ahora, para la estructuración del referido ilícito se exige, 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 y, en segundo lugar, llevar a cabo la conducta desvalorada sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales<sup>16</sup>.

Es un injusto de simple actividad o mera conducta<sup>17</sup> que se configura cuando el sujeto calificado tramita, celebra o liquida el contrato sin observancia de los requisitos legales, sin que se exija la constatación de un resultado separable de los propios comportamientos antes referidos, en otras palabras, se consuma con la mera realización de las conductas allí descritas<sup>18</sup>.

Aunque se esté ante un delito de mera actividad, ello no es óbice para prescindir del análisis de criterios normativos, como la imputación objetiva, en aras de determinar si el sujeto con su conducta ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, si este se materializa en el resultado lesivo para el bien jurídico y ello se encuentra dentro del fin de protección de la norma.

De otro lado, es un tipo penal en blanco, razón por la cual se debe acudir a normativa extra penal para complementar su supuesto fáctico. En concreto, debe acudirse a aquellas normas consagradas en el Estatuto General de la Contratación Pública, esto es, la Ley 80 de 1993, las demás disposiciones que la desarrollan o, de ser el

<sup>16</sup> CSJ-SP, 9 feb 2005, Rad. 21547 y CSJ SP, 23 mar de 2006, Rad. 21780.

<sup>17</sup> Cfr. Decisiones de 18 de enero de 2017, radicado 47100 y de 7 de diciembre de 2011, radicado 37941.

<sup>18</sup> Cuestión distinta sería determinar el desvalor de resultado (de lesión o de peligro para el bien jurídico) que exige el referido tipo penal.

caso, a las normas consagradas en regímenes especiales de contratación estatal, con el fin de establecer el alcance del elemento normativo *requisitos legales esenciales*.

Tocante a las distintas etapas de la contratación que abarca el correspondiente tipo penal, ha puesto de relieve la Sala de Casación de esta Corporación que el comportamiento puede estar ligado a la tramitación, celebración o liquidación, más no de su ejecución, ello en armonía con el principio de estricta tipicidad<sup>19</sup>.

### **6.3.2. Del tipo subjetivo**

El delito en estudio admite exclusivamente la forma conductual dolosa, por tanto, han de converger las aristas de *conocimiento* de los hechos típicos y *voluntad* en su realización. En tal medida, es necesario que medie el conocimiento o conciencia de los elementos descriptivos y normativos del tipo penal que se refieren a la exterioridad de la conducta, así como el volitivo, entendido como el querer realizarlos, de ahí que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.

### **6.3.3. Correspondencia de la conducta al tipo endilgado**

#### **6.3.3.1. Elementos objetivos**

---

<sup>19</sup> CSJ SP, 25 ene. 2017, Rad. 48250.

Respecto del primero de los requisitos objetivos del tipo, esto es, ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato para la fecha de los hechos, encuentra la Sala con suficiencia que JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ fungió como Gobernador del departamento del Huila, elegido para el período constitucional del 1° de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2003, lo que está demostrado con el acto administrativo correspondiente allegado al plenario<sup>20</sup> y la propia manifestación del acusado<sup>21</sup>, quien afirmó que se desempeñó en dicho cargo y que fue en tal calidad que suscribió el Convenio 319 de 2003, objeto de la presente actuación jurídica.

Corresponde a la Sala verificar la concurrencia de los demás elementos del tipo penal, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva.

Como se ha señalado con anterioridad, al ser el mencionado ilícito un tipo penal en blanco, se debe acudir a las normas que regulan la contratación estatal con el fin de determinar cuáles son los requisitos esenciales que deben cumplirse en las distintas fases precontractuales y contractuales, específicamente del negocio jurídico celebrado entre el gobernador y Comfamiliar, objeto de este proceso.

<sup>20</sup> Fl. 46, cuaderno No. 1, Fiscalía.

<sup>21</sup> Indagatoria a JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, 08 de septiembre de 2015, video No. 1, min. 13:38.

Un punto central de discusión, más allá de la denominación dada formalmente por las partes a ese contrato, es determinar de acuerdo a su objeto y condiciones, cuál es su naturaleza y a partir de allí establecer el marco normativo al que debía sujetarse.

Para ello debe tenerse en cuenta los términos del denominado Convenio 319 del 29 de diciembre de 2003, donde se consagró lo siguiente:

*a.- Que la Gobernación del Departamento del Huila, dentro de su plan de desarrollo educativo tiene previsto el apoyo económico para la adquisición de material y equipos educativos didácticos que mejoren la calidad educativa de los niños del Departamento del Huila.*

*b.- Que La Caja de Compensación Familiar del Huila COMFAMILIAR, con domicilio en la ciudad de Neiva y Nit 891.80008-2 goza de personería jurídica conferida por Resolución No. 0035 del 15 de abril de 1966, otorgada por Gobernación del Departamento del Huila, siendo una entidad privada sin ánimo de lucro, dentro de los parámetros establecidos por las normas legales para la seguridad social y los aportes parafiscales.*

*c.- Que la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL HUILA COMFAMILIAR en desarrollo de sus actividades de bienestar de los trabajadores tiene en funcionamiento el HIPERMERCADO a través del cual adquiere productos de todo orden entre los cuales se encuentra - material didáctico educativo e implementos deportivos a muy bajo costo por ser distribuidor de gran volumen y tener la vinculación con los fabricantes.*

*d.- Que la Secretaria de Educación del Huila ha expedido la disponibilidad No.9651 del 16 de diciembre de 2003, en la que se indica que en la unidad 03 y 04 educación básica y media rubro 101 existe disponibilidad presupuestal para adquirir los materiales y equipos didácticos de que trata el presente convenio.*

*e.- Que la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL HUILA, aportara al presente convenio la Infraestructura administrativa y operativa, además del descuento establecido adelante en relación con el precio al público.*

*f.- Que es obligación del Gobernador como funcionario público procurar el cumplimiento y desarrollo de los fines estatales, como lo es el promover la implementación y dotación de materiales y equipos didácticos para que se imparta una educación completa y sana para la población estudiantil del departamento<sup>22</sup>.*

<sup>22</sup> Fls. 37 a 40, cuaderno anexo No. 1, Fiscalía.

Su objeto fue *“aunar esfuerzos con el fin de adquirir material educativo y equipos didácticos y de deporte, dirigidos a la población escolar del departamento del Huila”*<sup>23</sup>. Así se puede advertir que coexistía una unión de propósitos para adquirir el material y equipo didácticos con destino a la población educativa del Huila dando cabal cumplimiento a lo dispuesto en el Plan de Desarrollo Departamental<sup>24</sup>.

En la cláusula segunda se estableció que el valor ascendía a la suma \$206.007.257, discriminados así: \$199.827.040, correspondientes al aporte del departamento y \$6.180.217 al de Comfamiliar, representados en un descuento sobre el material y equipos didácticos adquiridos a través del mencionado convenio.

Como para el defensor el negocio jurídico cuestionado corresponde a un *convenio de asociación* y no de *apoyo*, debe precisarse en primer lugar que el origen del artículo 355 de la Constitución Política se remonta al querer del constituyente de 1991 de frenar antecedentes prácticas irregulares que desbordaron el manejo adecuado del erario público, prohibiendo a las entidades públicas el decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, por eso señaló en el citado precepto que:

---

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Audiencia Pública de Juzgamiento, celebrada el 03 de octubre 2019, video No. 1, min.:1:06:02 y testimonio de Luz Elena Gutiérrez, video No. 1, min.: 12:22.

*Ninguna de las ramas y órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.*

*El gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo.*

*El Gobierno Nacional reglamentará la materia".*

Así se dio vía a los *convenios de asociación*, con el claro fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo.

En esos convenios una de las partes ha de tener una cualificación especial al ser una persona jurídica de carácter privado, sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, acotándose por demás el objeto del mismo, ya que ha de estar destinado a impulsar programas y actividades de interés público.

La teleología del aludido precepto constitucional es incentivar y apoyar oficialmente a esas entidades que realizan actividades sociales en interés público, siendo una de las maneras como se satisface la parte social del Estado.



Tocante a este tipo de convenios tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado<sup>25</sup> han coincidido en señalar que su objeto es el de impulsar o apoyar, por parte del Estado, las actividades de fomento y beneficio común que realizan las entidades privadas sin ánimo de lucro, con el fin de incentivar la participación de los particulares en las actividades sociales propias a cargo del Estado y que se encuentran incluidas dentro del Plan Nacional de Desarrollo y los Planes Seccionales de Desarrollo, como ya se indicó.

La Corte Constitucional en la sentencia C-671 de 1999, al estudiar la demanda de constitucionalidad contra el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, disposición que regula esta clase de contratos, lo declaró exequible bajo el entendido de que estos negocios jurídicos, serán celebrados "*de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política*".

En esa oportunidad el alto Tribunal no realizó distinción alguna entre la modalidad contractual de los *convenios de asociación* y los *apoyo*, que llevara a inferir que cada uno tendría su propio régimen de aplicación o estaría exceptuado de alguna disposición en particular, pues simplemente realizó una remisión directa a la norma constitucional como parámetro estricto a tener en cuenta para su celebración.

Bajo tal óptica, a los dos tipos de convenios se les exigiría la misma regulación, es decir, no sólo lo dispuesto en el artículo 355 de la Carta Política, sino sus respectivos Decretos

---

<sup>25</sup> Así, por ejemplo, en Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 30 may. 2017, Rad. 2319. Sentencia Corte Constitucional C-507 de 2008.

Reglamentarios 777 de 1992 y 1403 de 1992, en su integridad, razón por la cual, no tendría alguna incidencia la discusión que pretende plantear la defensa en torno a que, en este caso, se está de cara a un *convenio de asociación* y no de *apoyo*, con miras a la verificación de los requisitos y las restricciones que acompañaban a ese acto.

Lo anterior, porque fue con posterioridad que aquella postura fue acogida y desarrollada por el Consejo de Estado, a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil cuando profirió el concepto bajo el radicado No. 11001-03-06-000-2005-01710-00 (1710) del 23 de febrero de 2006<sup>26</sup>, en el cual indicó:

*“debe señalarse adicionalmente que el artículo 96 de la ley 489 de 1998, dispone que, de conformidad con lo estatuido por el artículo 355 de la Constitución Política, las entidades estatales pueden asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que la ley le asigna a aquellas, por lo cual dichos convenios y su ejecución necesariamente han de realizarse dentro del contexto de la disposición constitucional a la que se remite y las restricciones del decreto 777 de 1.992 y normas exceptivas concordantes”*  
(Negrilla fuera del texto original)

Así le asiste razón a la fiscalía cuando reclama que las excepciones del artículo 2º del Decreto 777 de 1992 le eran aplicables, indistintamente, tanto a los *convenios de asociación* como a los de *apoyo*, máxime cuando para la época de los hechos, esto es el 29 de diciembre de 2003, esa era la interpretación del máximo órgano constitucional, que como ya se mencionó, para el año 1999, al estudiar la exequibilidad del

<sup>26</sup> Reiterado en la sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2014. C.P.: Olga Mélida Valle de la Hoz. Rad. 51832.

artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no diferenció en ningún sentido los *convenios de asociación* de los de *apoyo*. En consecuencia, bien fuera de asociación o de interés público, debían atenderse las limitaciones impuestas por el mencionado Decreto.

Por lo tanto, no denota relevancia alguna que se diga que el Convenio 319 está dentro de la categoría del negocio jurídico de que trata el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, teniendo en cuenta que el Decreto 777 de 1992, en su totalidad, le era aplicable a ambos tipos de convenios.

Sentado lo anterior, el debate se ha de enfocar en determinar si el objeto del convenio cuestionado se ajustó a las previsiones del citado Decreto 777, reglamentario del artículo 355 Constitucional.

Frente al particular se tiene que los contratos regulados por el Decreto en mención: *i)* pueden ser celebrados por el Gobierno en los niveles, nacional, departamental, distrital o municipal; *ii)* con entidades privadas sin ánimo de lucro; *iii)* tales entidades han de tener reconocida idoneidad; *iv)* la finalidad es impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; y *v)* no puede haber contraprestación directa a favor de la entidad pública.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que por su naturaleza están sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto General de Contratación de

la Administración Pública, les aplican los principios de la contratación estatal y están sujetos a las normas generales de la contratación pública excepto en lo reglamentado en el Decreto 092 de 2017.

Al confrontar el contrato objeto de revisión con las anteriores pautas, se encuentra que:

i) No existe discusión en torno a que el denominado Convenio 319 de 2003 fue suscrito por JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, como representante del Gobierno Departamental del Huila.

ii) No representa tampoco ninguna dificultad el hecho de que la Caja de Compensación Familiar del Huila, Comfamiliar, es una entidad privada sin ánimo de lucro.

iii) Respecto a la idoneidad de la entidad contratista, le asiste razón a la Fiscalía en el entendido de que Comfamiliar tenía experiencia en otras áreas, pues su objeto jurídico era propender por el beneficio de sus afiliados, más no desarrollar planes y programas dirigidos a la comunidad estudiantil del Huila, por lo que carece el negocio de este primer elemento.

iv) La finalidad del convenio era impulsar programas y actividades de interés público acorde al Plan de Desarrollo, pues la iniciativa que dio origen al convenio fue avalado por el Ministerio de Educación y en virtud de ello, inscrito en el

Banco de Proyectos de acuerdo con la ordenanza 021 del 2001<sup>27</sup>, lo que no resulta entonces problemático.

v) No podía implicar una contraprestación directa a favor de la entidad pública o relación conmutativa entre las partes, en razón de las exclusiones contenidas en el artículo 2 del Decreto 777 de 1992, que reza:

*“Artículo 2°. Exclusiones: Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto*

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

En relación con este tópico, el Consejo de Estado ha dado alcance al concepto de contraprestación directa, bajo dos criterios, a saber:

a). Toda conducta por parte del contratista que beneficia directamente a la entidad contratante y no a la comunidad, diferente a aquellos actos que las entidades públicas pueden suscribir con personas privadas sin ánimo de lucro, “sin que ello implique una prestación en favor de la Nación, el departamento, el distrito o municipio respectivo, sino que tienen por objeto beneficiar a la comunidad”<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Audiencia Pública de Juzgamiento, celebrada el 03 de octubre 2019, video No. 1, min.:1:06:02 y testimonio de Luz Elena Gutiérrez, video No. 1, min.: 12:22.

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, 26 de febrero de 1993, exp. 2073, C.P. Yesid Rojas Serrano.

b). No puede presentarse un contrato conmutativo, donde haya un intercambio o venta de bienes y servicios, ya que lo que se pretende es que la administración y el cooperante aúnen fuerzas para el cumplimiento de sus respectivas misiones, lo que se da al coincidir el objeto social de la entidad privada sin ánimo de lucro con la actividad que el Estado quiere impulsar<sup>29</sup>.

Frente a este último criterio de conmutatividad, el mismo Consejo de Estado dentro del radicado 85001-23-31-003-1998-00070-01(18836), del 22 de junio de 2011, señaló que:

*“El fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes(...)”*

A su vez, el Código Civil en su artículo 1.498 establece que *“el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”* destacándose que en los negocios civiles, la noción de cargas mutuas es subjetiva, lo que no sucede en los contratos estatales donde el criterio de proporción o simetría en el costo económico de las prestaciones es objetivo de acuerdo a los precios del mercado.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 25 de septiembre de 2008, exp. 1911, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

<sup>30</sup> Sentencia C 892 de 2001.

Es por esto que, según el Consejo de Estado cuando la administración pretenda adquirir bienes y servicios para programas o actividades de interés general, está inmersa en la excepción de que trata el numeral 1 del artículo 2° del Decreto 777 de 1992. Al respecto ha sostenido:

***“cuando lo que el Estado busca es la adquisición de bienes y servicios para programas o actividades de interés general, se está en presencia de la excepción contemplada en el numeral primero del artículo 2° del decreto 777 de 1992 y se debe contratar en condiciones normales, esto es la Ley 80 de 1993 y sus reformas, pero si lo que quiere es fomentar un programa o una actividad de interés general en alianza con un privado sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con aportes mutuos de cualquier naturaleza, se está en la posibilidad contemplada en el artículo 355 de la Carta y se puede contratar bajo unas especiales condiciones”<sup>31</sup>.*** (Negrilla fuera del texto original).

Al revisar los términos del convenio objeto de discusión, se encuentra que el mismo sí contiene una negociación de naturaleza onerosa que producía obligaciones miradas como equivalentes entre las partes e implicaba para la gobernación el pago de una suma de dinero a cambio de unos insumos educativos y recreativos, que serían suministrados por la Caja de Compensación, pues se pactó un precio a cambio de la entrega de un material educativo, específicamente, la gobernación se comprometió a desembolsar \$199.827.040 para la adquisición de los siguientes elementos<sup>32</sup>:

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> Fls. 14 a 29 y 46 a 47, cuaderno anexo No. 1, Fiscalía.

<b>Descripción</b>	<b>Cantidad</b>
Aros Gimnásticos	134
Cuerdas de fibras sintéticas – saltar	134
Colchonetas Gimnásticas	134
Balones de fútbol No. 4 y 5	134
Balones de Voleibol	134
Balones de Baloncesto	134
Balones de Microfútbol	134
Mallas de Voleibol	134
Mesa, malla, caja por 6 bolas y 2 raquetas	134
Tablero de Ajedrez	134
Globo Terráqueo	134
Brújula	134
Transportador de 360 tablero	134
Compas para tablero	134
Escuadra para tablero de 60 grados	134
Compas	134
Regla T de 30 cms.	134
Transportador	134
Malla para baloncesto	134
Malla para fútbol	134
Malla para Microfútbol	134

Así mismo está probado que la gobernación expidió el certificado de disponibilidad presupuestal 9651 del 16 de diciembre de 2003 por la suma de \$199.827.040<sup>33</sup> para adquirir los elementos objeto del convenio y, con posterioridad a la entrega de los materiales educativos y el equipo didáctico, emitió la orden de pago 018 del 10 de marzo de 2004 a favor de la Caja de Compensación Familiar del Huila<sup>34</sup>.

Por parte de la entidad privada sin ánimo de lucro se tiene que hizo entrega de los elementos el 11 de febrero de 2004, como consta en la orden de alta 060 de la División General y Servicios Generales<sup>35</sup> y el informe de

<sup>33</sup> Fl. 30, cuaderno anexo No. 1, Fiscalía.

<sup>34</sup> Fl. 52, ídem.

<sup>35</sup> Fls. 46 a 47, íbidem.



interventoria<sup>36</sup>; además, remitió a la administración la respectiva cuenta de cobro 14403 por un valor de \$199.827.040<sup>37</sup>.

Y si bien le asiste razón al defensor respecto a que el criterio conmutativo del negocio jurídico no se acredita con la nominación que se le dio por parte del encargado del ingreso de los elementos adquiridos a la bodega, quien los rotuló como "(...) *compras efectuadas POR EL DESPACHO DEL GOBERNADO* (sic)", lo cierto es que la prueba arrojada a la actuación sí demuestra la existencia de una entrega de bienes a cambio del pago de un precio y por tanto, se confirma la existencia de una relación conmutativa, característica que no puede tener un convenio de esta especie, la cual es propia de una compraventa<sup>38</sup>.

Es decir, mediaron en este convenio los elementos cosa y precio, esenciales de la compraventa, la que se perfeccionó con el desembolso del dinero y el recibo de los objetos.

Y si eso no fuera suficiente, existen otros aspectos que dan cuenta de la configuración de una relación conmutativa onerosa. El primero de ellos, se funda en la necesidad que tenía la administración de dar cabal cumplimiento a una obligación suscrita desde el Plan de Desarrollo

---

<sup>36</sup> Fl.122, idem.

<sup>37</sup> Fl. 55, ibidem.

<sup>38</sup> El Código Civil define en el artículo 1849 la compraventa como "*...un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio*".

En sentido similar, el artículo 905 del Código de Comercio la define como "*un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio*".

Departamental, encaminada a obtener elementos pedagógicos para mejorar la calidad educativa de los estudiantes de la región, tal como lo afirmó el procesado y la secretaria de educación en audiencia pública<sup>39</sup>. Esto deja entrever que siempre estuvo claro que el objeto del convenio era adquirir unos bienes para un programa o actividad de interés general, razón por la cual, *“tratándose de la adquisición de bienes y servicios para programas o actividades de interés general, se está en presencia de la excepción contemplada en el numeral primero del artículo 2º del decreto 777 de 1992 y se debe contratar en condiciones normales, esto es la Ley 80 de 1993”* como se citó párrafos atrás al acudir a la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

A lo expuesto, se debe agregar la declaración de Armando Ariza Quintero<sup>40</sup>, quien fungía como representante legal de la Caja de Compensación Familiar del Huila para la fecha de los hechos, según la cual:

*“[D]entro del programa de mercadeo, que es una actividad no subsidiada por la caja de compensación, comercializamos productos alimenticios, material educativo que al ofertarle al departamento a precios de venta, nosotros sacrificábamos un margen de operación correspondiente al 6%. Ese fue el aporte de la caja al convenio. Del precio de venta nosotros hacíamos un descuento que se convertía en seis millones de pesos”.*

Además, el contenido de la propuesta presentada por Comfamiliar a la Gobernación del Huila el 09 de septiembre

---

<sup>39</sup> Audiencia Pública de Juzgamiento, celebrada el 03 de octubre 2019, video No. 1, min.:1:06:02 y testimonio de Luz Elena Gutiérrez, video No. 1, min.: 12:22. Sobre el mismo asunto ver: Versión Libre de JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, 11 de mayo de 2011, video No.1, min.: 14:10.

<sup>40</sup> Fls. 182 a 188, cuaderno No. 1, Fiscalía.

de 2003<sup>41</sup>, donde se invitaba al ente territorial a celebrar un convenio se dejó en los siguientes términos:

*"Para obtener un mayor impacto social, es necesario complementar la acción de COMFAMILIAR con un apoyo de la Gobernación del Huila en dotación escolar, para lo cual, de manera comedida le ofrezco adelantar un convenio con nuestra Corporación en el cual, podamos suministrar a las Instituciones educativas que usted considere conveniente los elementos necesarios para el proyecto a costos muy razonables, dado que el interés que nos asiste es el de propiciar el mejor ambiente para los estudiantes de la región".*

De las citas mencionadas, se puede extraer que Comfamiliar: i) realizaba una actividad comercial; ii) ofreció al Departamento un descuento del 6% sobre el precio de venta de los productos; iii) sacrificó un margen operacional al otorgar la rebaja; y iv) prometió los elementos para el proyecto a costos muy razonables, es decir, siempre tuvo un interés económico de cara al negocio jurídico 319 de 2003, por lo que ha de concluirse que pese a que formalmente se optó por la celebración de un convenio, veladamente estaba inmersa de parte del contratista el desarrollo de una actividad comercial que era propia de su programa de mercadeo y que le generaba un lucro.

En armonía con lo anterior, no obstante se presentó una oferta de bienes a la administración "a costos muy razonables", lo que implicó la realización de un descuento del 6% sobre el valor total de los productos, la Caja de Compensación obtuvo una ganancia derivada de esa transacción, sacrificando parcialmente el margen operacional, es decir, una parte de las utilidades sobre la

---

<sup>41</sup> Fl. 123, ídem.

venta, lo que transmitió a la entidad territorial a través de un descuento, pero sin que desapareciera el beneficio económico a pesar de ser menor al comercialmente acostumbrado, lo que desvirtúa la naturaleza meramente social del convenio.

Ahora, podría pensarse que no existió un beneficio directo para la administración, sino para la comunidad educativa en la medida en que los elementos fueron adquiridos con el propósito de ser entregados a la población escolar del departamento en aras de mejorar su calidad<sup>42</sup>, tal y como se hizo de conformidad con la suscripción de las actas de entrega de los elementos a 29 instituciones educativas del ente territorial en los meses de febrero a abril del año 2004, por Alfonso Monroy Zúñiga, jefe de la División Comercial y Servicios Generales (E)<sup>43</sup>, sin embargo, de los términos de la negociación luce claro que la entidad territorial también recibió una contraprestación directa, representada en el monto dejado de pagar, en razón del descuento aplicado al precio de los productos.

En estos términos, más allá de si se trataba de un convenio de *asociación* o de *apoyo*, deviene diáfano que el negocio celebrado a través del Convenio 319 de 2003 sustancialmente fue una compraventa de elementos educativos, que por su objeto no se podía suscribir bajo los lineamientos normativos que regulan la figura de los convenios, pese a que en la cláusula quinta del contrato se haya pactado que no generaría ninguna relación comercial

---

<sup>42</sup> Fls. 10 a 13, cuaderno anexo No. 3, Fiscalía.

<sup>43</sup> Fls. 32 a 92, *ibidem*.

entre las partes, pues en toda caso prima lo material sobre lo formal.

En ese orden de ideas, la conducta del procesado se enmarca en los verbos rectores tramitar y celebrar, toda vez que desde la génesis del negocio jurídico se acudió equivocadamente al Decreto 777 de 1992, cuando debió realizarse bajo los parámetros de la Ley 80 de 1993, por lo que consecuentemente la celebración del contrato siguió la misma suerte.

Se encuentra entonces, superada la concurrencia de los elementos objetivos del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en relación con la calidad de servidor público del autor (gobernador para la época de los hechos) y la inobservancia de los requisitos legales esenciales en el trámite y celebración del contrato objeto de estudio, puesto que el negocio jurídico adelantado con Comfamiliar debía regirse bajo los parámetros de la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios y no mediante la figura que establece el artículo 355 Constitucional, por tratarse de la compraventa de bienes, por ello eludió las normas de contratación pública, particularmente, las señaladas en el numeral 1º, artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que exigía la escogencia del contratista a través de licitación o concurso público por superar la menor cuantía.

### **6.3.3.2 Elemento subjetivo**

De manera preliminar la Sala precisa que a pesar de la decisión disciplinaria que absolvió al sindicato por los mismos hechos que hoy se juzgan en esta instancia penal, es claro que ese no es un argumento demostrativo de su inocencia, tal como pretendió hacerlo valer el aforado en sus intervenciones, teniendo en cuenta que estas dos jurisdicciones difieren ontológica y teleológicamente manteniendo sus decisiones autónomas, sin que sus resultados sean vinculantes de un campo a otro.

Teniendo en cuenta que el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* solo acepta la forma conductual dolosa, en cuanto el legislador no lo tipificó de forma culposa. De conformidad con el artículo 22 del Código Penal, la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización o tratándose del dolo eventual cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

El dolo contiene dos aspectos, uno *cognitivo* y otro *volitivo*, el primero de ellos, requiere que el agente comprenda la conducta típica en sus elementos -circunstancias de ejecución y resultados- y el segundo, exige que se demuestre la intención libre de realizarla.

Para valorar aquí el elemento subjetivo cobran relevancia las condiciones personales del procesado, quien tiene como profesión la de ingeniero civil y a lo largo de su carrera laboral se ha desempeñado como tal en el desarrollo

de obras públicas departamentales, luego fungió como alcalde municipal, diputado de la Asamblea Departamental y gobernador del Huila, senador (e)<sup>44</sup>, sin embargo, el hecho de que haya desempeñado distintas labores en la administración pública no demuestra *per se* que tenía la suficiente instrucción en materia de contratación estatal y, por ende, que conocía que materialmente el Convenio 319 de 2003 implicaba un negocio jurídico de compraventa de productos por parte suya como Gobernador del Huila con Comfamiliar y que por lo tanto debía tramitarse y celebrarse bajo la Ley 80 de 1993 y demás normas de contratación pública aplicables al caso, y que pese a ello, quiso transgredir tales disposiciones.

La argumentación que presenta la Fiscalía en torno a que CÁRDENAS CHÁVES no requería conocimiento jurídico alguno para advertir que estaba ante un contrato de compraventa se torna débil ante la complejidad de los asuntos contractuales al interior de las entidades públicas, específicamente, frente a la necesidad que hubo en la gobernación del Huila de crear un Departamento Administrativo Jurídico con personal idóneo y calificado, tal y como lo dispuso la Ordenanza 055 de 2001<sup>45</sup>, asignándole en el artículo 5° dentro de sus funciones:

*\*1. Asesorar al Gobernador en la atención de los asuntos legales inherentes a las funciones de las distintas áreas y dependencias de la administración;*  
(...)

<sup>44</sup> Audiencia Pública de Juzgamiento, 03 de octubre de 2019, video No. 1, min. 12:00 a 12:30.

<sup>45</sup> Fls. 83 a 92, cuaderno No. 1, Sala Especial de Primera Instancia.

*10. revisar y dar concepto previo de los contratos, convenios que deba suscribir el Gobernador y llevar su registro y archivos”.*

Según la prueba practicada en el plenario, el aforado en todo momento actuó con el convencimiento de que su conducta estaba ajustada a derecho, habida cuenta de que, se demostró que el proyecto que dio origen al convenio fue aprobado por el Ministerio de Educación, que para la época exigía su aquiescencia para hacer uso de los dineros, según lo sostenido por el procesado<sup>46</sup> y la testigo Luz Helena Gutiérrez<sup>47</sup>, Secretaria de Educación de la entidad territorial, siendo inscrita la iniciativa en el banco de proyectos bajo la modalidad contractual de “convenio”<sup>48</sup>.

Pero principalmente, medió el aval de Noe Santiago Parada, quien para dicha época se desempeñaba como director del Departamento Administrativo Jurídico del Huila y era el encargado de asesorar al gobernador en materia contractual, situación corroborada por el mencionado director, quien, en audiencia pública explicó que sus funciones estaban señaladas en normativa departamental ya citada, y que investido de tales facultades, dio su aval para que el negocio jurídico 319 de 2003 fuera suscrito a través de la modalidad contractual de convenio, pues él y su equipo de abogados adscrito al Departamento Jurídico al revisar el asunto determinaron que era viable sujetarlo bajo los parámetros del Decreto 777 de 1992<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Audiencia Pública de Juzgamiento, 03 de octubre de 2019, video No. 1, min. 47:16 y 30 de noviembre de 2020, video No. 1, min. 1:18:19.

<sup>47</sup> Audiencia Pública de Juzgamiento, 03 de octubre de 2019, video No. 1, min. 11:20.

<sup>48</sup> Fls. 211 a 232, cuaderno No. 1, Fiscalía.

<sup>49</sup> Audiencia Pública de Juzgamiento, 03 de octubre de 2019, video No. 2, min. 51:14.



Además de ello, obra en el proceso prueba de que Noé Santiago Parada tenía pleno convencimiento que el negocio jurídico se celebró bajo la modalidad correcta, es decir, el Decreto 777 de 1992, teniendo en cuenta que así lo afirmó en la versión libre rendida el 7 de febrero de 2005, ante la Procuraduría Regional del Huila cuando expuso<sup>50</sup>:

*"[...] Ahora en el cumplimiento de mis funciones como Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento del Huila, se recibió el documento y al revisarlo se tiene lo siguiente 1) Que se encuentre perfectamente identificadas las partes, como efectivamente lo estaba, 2) En materia de convenios que la entidad con la que se suscribe el acto jurídico cumpla con los requisitos de ley y en el caso de Comfamiliar tanto los estatutos como su certificación de constitución determina que se trata de una corporación de derecho privado, sometida al control estatal sin ánimo de lucro, con reconocida idoneidad y solvencia económica con más de seis meses de constituida como lo exige el decreto 777 de 1992 y su Decreto Reglamentario 1403 del mismo año, que rige con exactitud para este tipo de convenios e instituciones. 3) Que el convenio cuente con las correspondientes disponibilidades presupuestales como efectivamente fueron aportadas. 4) Que se establezcan las pólizas de amparo de los dineros del Estado como efectivamente se establecieron y además que tenga plazo, duración, vigencia entre otros. 5) Que el convenio o contrato lleve el respaldo del certificado de disponibilidad folio 45 (fotocopias) y 6) que el convenio o contrato contenga las cláusulas exorbitantes a favor del Estado. Como a la revisión del contrato se tuvieron que había proyecto registrado en el Banco Departamental de Proyectos, estaba demostrado que Comfamiliar era una entidad sin ánimo de lucro, con una amplia credibilidad financiera en la región una basta (sic) experiencia en el área, que cumplía requisitos del Decreto 777 de 1992, así como bien el gobierno nacional no solo en el área de la educación sino en el área de la vivienda y la salud bajo este mismo amparo legal ha suscrito múltiples convenios con todas las Cajas de Compensación que existen en la Nación, también acreditaron la disponibilidad presupuestal 9651 y acreditaron el Acta de conveniencia suscrita por los responsables del proyecto y el texto legal estaba acorde a las exigencias de ley. Fue que este investigado le imprimió su revisión al texto legal como bien se puede observar al folio 49 (fotocopia) por esta razón, concurre esta versión en el convencimiento absoluto y por su puesto legal de qua el texto jurídico que se me puso de presente para su revisión estaba*

<sup>50</sup> Fls. 286 a 288, cuaderno No. 1, Fiscalía.

**acorde a las normas vigentes y que el proceso previo y de adjudicación del convenio es responsabilidad de quienes realizaron la actividad precontractual, pues así diseñaron el proyecto así lo registraron y así lo priorizaron, en la oficina competente. Por lo anterior considero muy respetuosamente que el convenio cumple con las exigencias de ley y que por ello es válido solicitar el archivo del expediente**. (Negrillas y subrayado fuera del texto original)

Lo anterior le da fundamento a la tesis defensiva que CÁRDENAS CHÁVEZ suscribió el Convenio 319 de 2003 con el pleno convencimiento de que cursaba bajo la modalidad contractual correspondiente, teniendo en cuenta que, como lo advirtió el procesado en diferentes ocasiones, la oficina jurídica era el "pensamiento legal de la administración" y, por ello, confiaba plenamente en sus conceptos y asesorías<sup>51</sup>.

Es importante resaltar que en cada una de las declaraciones dadas por el aforado desde un inicio, como lo fue la presentada en la versión libre, la indagatoria y el interrogatorio, fue consistente en afirmar que el Departamento Administrativo Jurídico era el encargado de dar el aval para que él como gobernador tuviera la convicción de estar suscribiendo un documento ajustado a derecho, a saber, apartes de su exposición indicaron textualmente lo siguiente:

En la versión libre:

*"Dentro de la función estaba revisar y dar concepto previo de los contratos y convenios que deba suscribir el Gobernador y llevar su registro y archivos. Y, además, había un punto específico que era el de instruir y asesorar a los secretarios y directores del*

<sup>51</sup> Indagatoria a JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, 08 de septiembre de 2015, video No. 1, min. 1:08:53.

*departamento y de oficinas y gerente sobre la aplicación y procedimientos de procesos de contratación. Básicamente eso era lo que me garantizaba a mí que los actos que yo iba firmar estaban dentro de la Constitución y la Ley y las ordenanzas*<sup>52</sup>.

#### En la Indagatoria:

*"De las funciones de la dependencia, artículo quinto funciones del departamento En desarrollo de la misión y objetivos, el Departamento Administrativo Jurídico, cumplirá las siguientes funciones: 1. Asesorar al Gobernador en la atención de los asuntos legales inherentes a las funciones de las distintas áreas y dependencias de la administración y numeral décimo revisar y dar concepto previo de los contratos, convenios que deba suscribir el Gobernador y llevar su registro y archivos. Yo creo que entre otras funciones, también el artículo sexto, funciones del despacho del director, son funciones del despacho del director las siguientes Emitir conceptos jurídicos sobre los asuntos que le solicite el Gobernador, los secretarios, los Directores de Departamento Administrativo, los Gerentes de entidades descentralizadas, los Alcaldes Municipales, la Mesa Directiva de la Asamblea departamental y Jefes de Oficina, en el estudio y trámite de asuntos de carácter administrativo que les corresponda resolver. De modo que esas funciones eran propias y le consigna a el su versión libre en el que dice él que el convenio se ajustaba a la Ley y era el pensamiento jurídico de la gobernación y por tanto yo no podía desvirtuar su condición de jefe del departamento jurídico y su concepto jurídico emitido en el documento a través de su firma y a su vez su versión que nos ayuda a dar claridad del proceder que tuve para llegar a firmar ese convenio"*<sup>53</sup>

#### En el interrogatorio:

*"Yo soy ingeniero, no soy abogado, esto lo tiene claro el departamento jurídico que tenía la función de hallar la legalidad y el control de legalidad. (...) Yo sigo sosteniendo que lo hice con una entidad sin ánimo de lucro avalado por el departamento jurídico. (...) en el 2001, o cuando me posesioné como gobernador estaba la oficina jurídica, en noviembre de 2001 se transformó en Departamento Administrativo Jurídico. Digamos que con la reforma del 98, le quitaron la importancia a la oficina jurídica y la disgregaron en varias dependencias y esto hacía que nadie respondiera por las situaciones jurídicas del departamento, ahí*

<sup>52</sup> Versión libre a JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, 11 de mayo de 2011, min. 11:00.

<sup>53</sup> Indagatoria a JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, 08 de septiembre de 2015, video No. 1, min. 38:53.

*nació el proyecto de ordenanza que lo presentó la secretaria de gobierno de la época, seguramente yo me encontraba en misión oficial, además en su condición de abogada y es actual senadora de la República, Esperanza Andrade y el secretario de la época, Eduardo Cuenca y dentro de las exposiciones de motivos que yo recuerdo explicaba que era importante que se le devolviera el control total al departamento jurídico porque era la entidad que tenía que ver por la legalidad de los actos que hiciera el gobernador, que hicieran los secretarios de despacho, los institutos descentralizados, las alcaldías, las gobernaciones, las asambleas, de modo que era el de consulta de todos los alcaldes, para esa época 2002, habían muchas alcaldías que no tenían asesor jurídico. (...) toda orden no pasaba a la firma de ningún secretario o gobernador sin que el departamento administrativo jurídico no hiciera el control previo, a parte que había abogados en las secretarías, la autoridad máxima era el Departamento Administrativo Jurídico<sup>54</sup>.*

Bajo esta perspectiva encuentra eco la postura del Ministerio Público, en tanto advierte que si el Departamento Jurídico de la Gobernación del Huila, conformado por personas instruidas en materia legal, donde al menos dos de ellos revisaron el convenio, entre estos el director de la dependencia, incurrió en un yerro sobre la correcta modalidad contractual por la que debió cursar el negocio jurídico en debate, ¿por qué habría de exigírsele al hoy procesado, ingeniero de profesión, que advirtiera que se encontraba en presencia de un contrato de compraventa y no de un convenio regido por el Decreto 777 de 1992?

De modo que al valorar el contexto situacional antecedente al momento en que el gobernador suscribió el aludido convenio permite corroborar que no obró con dolo, esto es, que de manera deliberada, consciente y voluntaria haya dispuesto celebrar el negocio jurídico con la Caja de

---

<sup>54</sup> Audiencia Pública de Juzgamiento, 03 de octubre de 2019, video No. 1, min. 34:50.

Compensación Familiar, o que hubiera desconocido la asesoría y los conceptos de los profesionales del área jurídica de la entidad que regentaba.

Mírese que el procesado, según lo probado en juicio, no infringió el deber de información acerca de la norma aplicable, sino que fue la asesoría profesional y razonable, del Departamento Administrativo Jurídico la que lo llevó a suscribir el contrato, la cual ya había pasado el tamiz de la Secretaría y el Ministerio de Educación, por lo tanto, el resultado de la afectación del bien jurídico tutelado, esto es, la administración pública, no puede ser atribuible a JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ.

No se desconoce que los conceptos de las oficinas jurídicas no son vinculantes, sin embargo, no resulta razonable pensar que en este caso el procesado debía apartarse de la opinión experta que se le estaba brindando por el Departamento Administrativo Jurídico en la medida en que el convenio no tuvo reparo alguno en las demás instancias.

En punto de la valoración del ingrediente subjetivo, teniendo en cuenta que el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* es un injusto de mera conducta y no requiere la ocurrencia de un perjuicio concreto al bien jurídico tutelado y menos la existencia de un detrimento patrimonial, cobra vigencia el hecho de que no obstante la negociación que dio origen a este proceso penal no se adecuó al trámite legal que le correspondía, lo cierto es que el objeto

contractual se satisfizo, en tanto que el material educativo fue entregado al departamento en un tiempo expedito, lo que evidencia que no hubo una malversación de los recursos ni una intención económica en favor del aforado que justificara su celebración indebida, pues, a ello se debe sumar que no se logró comprobar la existencia de un sobrecosto en los productos o mejores oferentes<sup>55</sup>.

Así las cosas, resulta claro para la Sala la ausencia de una conducta dolosa por parte del aforado, teniendo en cuenta que, de las pruebas obrantes en el plenario, éste actuó bajo los lineamientos dictados por el director del Departamento Administrativo Jurídico, desconociendo de esta manera que su comportamiento era contrario a derecho y que su actuar enmarcaba en los elementos descriptivos y normativos del tipo penal que señala el delito por el que fue juzgado. Además, se debe agregar que, no existe elemento material probatorio que dé cuenta que la conducta desplegada por el procesado haya sido cometida con el propósito de favorecer a la entidad sin ánimo de lucro involucrada en el convenio que fue objeto de debate.

Los motivos antes expuestos conducen a la absolución de JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ en relación con el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, dispuesto en el artículo 410 del Código Penal.

---

<sup>55</sup> Fls. 261 a 263. Cuaderno No. 1, Fiscalía. Informe de Policía Judicial FGN.DNCTI.DIAC.GC No. 20154290001631 del 03 de marzo de 2015 y fls. 2 a 6 Cuaderno No. 2, Fiscalía. Informe Policía Judicial No. 986409 del 12 de diciembre de 2016.

De acuerdo con las previsiones de los artículos 191 de la Ley 600 de 2000 y 1°, inciso 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, esta sentencia es pasible del recurso de apelación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Por lo expuesto, La Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO.- ABSOLVER** al acusado JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, de condiciones civiles y personales ya expuestas, por la conducta punible de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* que le fue endilgada en calidad de Gobernador del departamento del Huila.

**SEGUNDO.- CANCELAR**, una vez en firme esta decisión, todas las anotaciones emitidas en contra de JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, con ocasión de este proceso.

**TERCERO.- ARCHIVAR** definitivamente el expediente, una vez en firme esta decisión.

**CUARTO.-** Por Secretaría librense las comunicaciones a que haya lugar.

**QUINTO.-** Contra esta sentencia procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Notifíquese y cúmplase

  
**BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA**  
Magistrada

  
**ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS**  
Magistrado  
**ACLARO VOTO**

  
**JORGE EMILIO CALDAS VERA**  
Magistrado

  
**RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ**  
Secretario







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

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

### **Radicado No. 00025**

Pese a estar de acuerdo con la parte resolutive de la sentencia que absuelve a JUAN DE JESÚS CÁRDENAS CHÁVEZ, discrepo de la motiva en los siguientes aspectos:

1. Soy del criterio, ya conocido por la Sala, que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es un delito de resultado y no de mera conducta como lo pregona el fallo, lo que lleva a que cuando se aduce el principio de confianza se analice en la relación de causalidad como elemento del tipo objetivo, a fin de determinar si la conducta es atribuible jurídicamente al procesado, verificando para el efecto, si con ella se creó un riesgo jurídicamente desaprobado al bien jurídicamente tutelado, la administración pública en cuanto al principio de legalidad de la contratación estatal; y si dicho riesgo se concretó en el resultado típico, para este caso, firmar un contrato ilegal en su trámite sin verificar su cumplimiento por parte de los funcionarios en quienes estaba delegada o desconcentrada esa función, y no como si se tratara de la antijuridicidad en sede de tipicidad, en la misma puesta en peligro del bien jurídico protegido.

En ese orden comparto que el *principio de confianza* en casos como el que se revisa, así no se haya abordado de manera expresa, pues lo que rebela la petición de la defensa y los

argumentos de la decisión es su invocación en términos materiales; solamente ampara a quien cumplió con los deberes de dirección, vigilancia y control de las actuaciones de los delegatarios, pues su cumplimiento impide imputarle la creación del riesgo jurídicamente desaprobado para atribuirle el *resultado*, como se puso de manifiesto en la providencia.

Sin embargo, en cuanto a la expresión "*resultado típico*", independientemente de sus acepciones, pues de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva solo puede ser atribuido al acusado cuando además de crear un riesgo jurídicamente desaprobado (a la administración pública en este caso), éste se concreta en el resultado típico, la suscripción de un contrato ilegal en su trámite y no en la puesta en peligro del bien jurídico.

Ello, en el entendido que la simple omisión de verificar el cumplimiento de los requisitos legales en el trámite al instante de firmar el contrato, no tipifica el delito si no se comprueba que en el trámite se incumplieron los principios de la contratación pública, por parte de los encargados de esa labor.

Los argumentos que soportan mi postura son los siguientes:

Respecto al principio de confianza y su análisis en la relación de causalidad como elemento del tipo objetivo de este delito, es un tema del cual la Sala se ha ocupado<sup>1</sup>, dando por

---

<sup>1</sup> CSJ SPE00017-2021, rad. 49599, SPE0057.2021, rad. 026; SEP00079-47494; Y SPE000130-2021, rad.49053, entre otros.

sentado que es de acción y no de omisión, y de resultado y no de mera conducta; en consecuencia, el principio de confianza se viene estudiando en el tipo objetivo en procura de determinar si el resultado es atribuible jurídicamente al acusado. Criterio del cual participo sin ninguna duda.

En orden a dar claridad al asunto empiezo por destacar la distinción entre *acción* y *resultado*. La *acción* penalmente relevante es la realizada en el mundo exterior. Una vez se exterioriza produce una modificación que no es otra cosa que un *resultado*, pero este ya deja de ser parte de la *acción*. No es extraño que se asuma la *acción* como el *resultado* mismo. Sin embargo, con ello se confunde la expresión de la voluntad con las modificaciones que se producen en el mundo exterior.

Para Muñoz y García<sup>2</sup>, de quienes tomamos estas líneas, la distinción entre *acción*, como simple manifestación de voluntad, y *resultado* como consecuencia externa derivada de la manifestación de la voluntad, tiene apreciables implicaciones para el derecho penal. Por ejemplo, en algunos casos el legislador sanciona la simple manifestación de voluntad como en la injuria (delito de mera conducta o simple actividad); pero en otros penaliza además el *resultado* que esta produce como el homicidio (delito de resultado). En estos se exige una *relación de causalidad* entre la *acción* y el *resultado*.

En consecuencia, son punibles de *resultado* aquellos tipos cuyo contenido consiste en la producción de un efecto separado

---

<sup>2</sup> Muñoz Conde, F., y García Arán, M. Derecho Penal Parte General. Ed. Tirant lo Blanch. México, D. F., 2012. 8ª. Ed., pág. 225 y ss.

espaciotemporalmente de la *acción* (conducta). Su realización constituye la consumación formal del tipo.

Debido al lapso existente entre la *acción* y el *resultado* se admiten otros riesgos, o intervenciones posteriores de terceros, del autor o de la propia víctima que pueden ser dolosos, imprudentes o fortuitos, comisivos u omisivos y que pueden tener importantes consecuencias en la imputación del resultado, pudiendo llegar incluso a condicionar la necesidad de la pena. Además, el *resultado* debe ser la proyección del riesgo que la *acción* creó. Las lesiones, por ejemplo, son delitos de resultado, pues exigen el menoscabo en la salud de una persona.

Por el contrario, los de *mera actividad* son aquellos cuya descripción y contenido material se agota en la realización de la *acción*, sin que se exija un *resultado* distinto del comportamiento mismo<sup>3</sup>. El delito de violación de habitación ajena (hoy contravención), por ejemplo, es de simple actividad ya que para su tipificación basta con sólo penetrar en morada ajena o permanecer en ella.

Para Roxin<sup>4</sup> los *delitos de resultado*, son aquellos en que éste consiste en una consecuencia de lesión o puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor. Por ejemplo, el homicidio: entre la *acción* (disparar) y el *resultado* (muerte) hay un intervalo de espacio y tiempo. En cambio, los

---

<sup>3</sup> Fuente:

<http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/delitosderesultadoydemeraactividad.html>

<sup>4</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO. Ed. Civitas, S. A., Madrid 1997, pág. 328 y ss.

de *simple actividad* son los que su ejecución coincide con el último acto de la *acción* y, por tanto, no se ocasiona un *resultado* separado de ella. Por ejemplo, el allanamiento de morada en el que el tipo se actualiza con la intromisión.

Según el autor, el sentido práctico de la diferenciación consiste en que la *teoría de la relación causal* -que en los delitos comisivos tiene gran importancia para la imputación al tipo objetivo- solo desempeña un papel en los delitos de *resultado*. Es decir, en los de *mera actividad*, para comprobar la consumación del hecho solo es preciso examinar la concurrencia de la propia *acción* del autor y no la relación de causalidad; y en ellos también coincide la tentativa acabada (o sea el momento en que al autor ha hecho lo necesario para provocar el resultado) con la consumación del delito.

Para la Corte la lesión del acto delictivo en los *delitos de peligro*, acorde con un carácter de prevención en el que el Derecho Penal se anticipa y protege el bien de un futuro daño, se toma como algo potencialmente dañoso. La lesión adquiere un sentido figurado, pues su afectación no está en el bien jurídico materialmente, sino en la relación que sobre él tienen sus titulares<sup>5</sup>.

Se les denomina también de *peligro presunto* por el concepto de riesgo que el mismo legislador considera derivado de determinadas situaciones, con lo que pretende no dejar al arbitrio particular el juicio de peligrosidad de una acción<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Cf. CSJ. SP2649-2014, rad. 36337 de 5 de marzo de 2014.

<sup>6</sup> Cf. CSJ., *ibidem*.

Esta clase de ilícitos en términos de la Corte no apareja la destrucción o mengua del bien jurídico, sino la amenaza o puesta en riesgo de este. Es, entonces, un delito de *peligro presunto* en el cual el legislador presume esa posibilidad de daño, no de *peligro concreto* en el cual es necesario denotar la efectiva ocurrencia de riesgo para el bien jurídico<sup>7</sup>.

En los punibles de resultado debe mediar *relación de causalidad* entre la *acción* y el *resultado*, esto es, una conexión que permita ya en el ámbito objetivo la imputación del *resultado* al autor de la *acción* que lo causó. La *relación de causalidad* entre la *acción* y el *resultado*, y la imputación objetiva de este último a su autor es presupuesto básico para exigir una responsabilidad por este (*principio de causalidad*)<sup>8</sup>.

2. Atendiendo este marco teórico conceptual, en mi sentir es claro que del título y la redacción del artículo 410 del Código Penal, se desprende diáfano que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es de acción y no de omisión (propia o de comisión por omisión), por tratarse de un hacer y no de una omisión, como también de resultado y no de mera conducta.

De acción porque para que se configure es imprescindible adelantar un proceso contractual, lo que implica un hacer. Es el resultado de adelantar su trámite, celebración y liquidación.

---

<sup>7</sup> Cf. CSJ., *ibidem*.

<sup>8</sup> Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *ibidem*.

El resultado típico se traduce en la existencia de un contrato sin cumplir los requisitos legales (así lo prevé el mismo título).

El supuesto de hecho contempla tres formas de ejecución, tramitar sin observar los requisitos legales esenciales, y celebrar o liquidar el contrato sin verificar el cumplimiento de los mismos; modalidades que se relacionan con las distintas fases del proceso contractual, es decir, el trámite, la celebración y su liquidación. Los verbos rectores que gobiernan cada modalidad delictiva, son: tramitar, celebrar y liquidar, los cuales evidencian una acción positiva o un hacer y no una omisión.

Pero, como la administración pública contempla las figuras de la delegación y la desconcentración, debido a que los titulares de la función no pueden realizar personalmente todas las atribuciones complejas a su cargo, el legislador previó como formas de comisión tramitar sin cumplir los requisitos legales esenciales, y celebrar o liquidar sin constatar previamente el cumplimiento de los mismos. La primera se atribuye a los funcionarios en quienes se encuentra delegado o desconcentrado el trámite, y las dos restantes al ordenador del gasto, con la condición que se hayan inobservado los requisitos legales esenciales en el trámite o en la liquidación.

A no dudarlo estamos frente a un delito de acción y no de omisión pura o simple, ni de comisión por omisión. Esta última modalidad podría pensarse concurre en este caso, sin embargo, dicha posibilidad la desecha el propio artículo 25 del Código Penal al admitirla solo para los punibles que atentan contra la



vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales, de suerte que extenderla a los que protegen la administración pública viola el principio de legalidad y de estricta tipicidad de los delitos, pilar de una democracia como la nuestra.

También este punible es de resultado pues exige que el contrato se haya tramitado, celebrado y/o liquidado sin cumplir los requisitos legales esenciales, lo que implica la lesión efectiva al bien jurídico de la administración pública, en cuanto a su legalidad. En consecuencia, es obligatorio analizar la relación de causalidad en el tipo objetivo, y dentro de ella determinar si es posible atribuir jurídicamente el resultado típico al acusado, para lo cual se debe constatar si actuó al amparo del principio de confianza, cuando este es invocado.

En particular, la modalidad atribuida a los titulares de la función de celebrar el contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, obedece a que en la mayoría de los casos no es posible demostrar que manipularon la escogencia del contratista, quedando impune el comportamiento. Sin embargo, ello no significa que se convierta en un delito de mera conducta por cuanto el resultado está previsto en el mismo tipo penal, celebrar un contrato sin cumplimiento de requisitos legales en su trámite. En otras palabras, para que se configure esta modalidad es necesario que se haya comprobado en la etapa precontractual la vulneración de los requisitos legales esenciales. El solo hecho de firmar sin constatar su cumplimiento no es punible.

Ello es obvio. El celebrar el contrato sin corroborar que en el trámite se cumplieron los requisitos legales por sí solo (que es la acción) no configura el punible, pues si se acredita que esta fase se adelantó con apego a la ley ninguna ilicitud comportaría la acción por echarse de menos la concurrencia de su resultado típico, esto es, la obtención de un contrato celebrado con un trámite sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales (resultado separable de la acción).

La praxis judicial también lo corrobora. Hasta ahora no conozco en la judicatura que se haya acusado y menos condenado a un ordenador del gasto por celebrar un contrato legal en su trámite, por no verificar el cumplimiento de los requisitos legales.

Ahora, para iniciar una investigación se debe conocer cuando menos la concurrencia de una irregularidad en el trámite, para entrar a determinar cuál fue la participación de las personas que intervinieron en el proceso contractual y si se les puede imputar el resultado.

No puede olvidarse que el proceso de adecuación típica parte del conocimiento de una conducta en sus circunstancias de modo tiempo y lugar. Luego se pasa a la verificación de la concurrencia de cada uno de sus elementos, el sujeto agente, la conducta, y la relación de causalidad en los delitos de resultado.

En este punible se constata inicialmente si la etapa precontractual se adelantó conforme a los principios de la

contratación pública, qué personas intervinieron, y si esa labor estaba delegada o desconcentrada. De hallarse irregularidades se entra a averiguar quiénes participaron en el trámite, si el ordenador del gasto intervino y, definir, en este caso, si le son atribuibles jurídicamente por manipular la selección del contratista, de no probarse ello, se verifica si cumplió con los deberes de vigilancia y control en los casos de delegación y desconcentración, si lo hizo, su responsabilidad no se podrá predicar por atipicidad objetiva, pero si incumplió se continuará con el estudio del tipo subjetivo, la antijuridicidad y la culpabilidad

Dentro de este marco, se evidencia con claridad que la acción de celebrar sin verificar el cumplimiento de requisitos legales esenciales en el trámite, se distancia en tiempo y modo del resultado típico, la obtención de un contrato celebrado con un trámite ilegal, toda vez que las anomalías ocurrieron antes de su suscripción.

Si se contraargumenta que con la suscripción es que se configura la obtención de la celebración de un contrato anómalo en su trámite, ello no convierte el delito en uno de mera conducta, porque es incontrovertible que el resultado, la firma de un contrato ilegal en su etapa precontractual, está separado de la acción firmarlo sin verificar la legalidad de su trámite.

Demostrado como está que se trata de un punible de resultado, es imperativo analizar la relación de causalidad entre la conducta y el resultado para definir si éste le es

atribuible jurídicamente al acusado, aplicando la imputación objetiva, que exige, reitero una vez más, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (en este caso la puesta en peligro de la administración pública mediante la firma sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales) y la concreción de dicho riesgo en el resultado típico (la celebración de un contrato sin cumplir las exigencias legales durante su trámite), y no en la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, como lo considera ahora la Sala mayoritaria.

Reitero, como incurre en este delito –entre otras modalidades– el servidor público que celebre contrato “sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales”, si estuviésemos ante un delito de *simple actividad* o de *peligro*, hasta ahí bastaría para asumir que el punible se consumó con la simple suscripción del contrato, pues no se requeriría de un resultado concreto más allá de la firma del contrato sin la verificación prevista (*acción*).

Ese solo hecho, es insuficiente para imputar el contenido de la prohibición al agente. Se requiere además que durante el proceso contractual se hubiesen incumplido los requisitos legales de la respectiva contratación y, por ende, la ilegalidad del contrato. Sin esa condición no podría condenarse al agente. Por ello, se entiende que el tipo lleva explícito en su descripción la *ilegalidad del contrato suscrito*. De otro modo la ley estaría elevando a delito una conducta inocua, puesto que no parece razonable que se castigue suscribir un contrato “sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales” cuando posteriormente se demuestra que este se adecuó a la legalidad. En

consecuencia, la prohibición contenida en la norma solamente se actualiza cuando se produce el resultado, que se materializa con la celebración del contrato ilegal en su trámite. En caso contrario, la conducta deviene atípica.

Esta conclusión cobra mayor solidez si se considera que para la Corte<sup>9</sup> el tipo penal del artículo 410 *“preserva es la legalidad del contrato, esto es, que los servidores públicos que intervengan en el trámite, celebración o liquidación del contrato, observen la legalidad con la finalidad de prescindir de subjetivismos, caprichos, desviación de poder o anteponer el interés particular en detrimento del interés general”*.

Coincide esta hermenéutica con la visión de la Corte Constitucional respecto al reconocimiento de que constitucionalmente nuestro derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención que significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos. También ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las determinaciones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales.

---

<sup>9</sup> Cf. CSJ. SP., radicado 31508 de 21 de noviembre de 2011, citado en AP2065-2018, radicado 47265 de 23 de mayo de 2018.

En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad<sup>10</sup>.

Por estas razones cuando se aduce el principio de confianza, éste se debe examinar en el tipo objetivo, concretamente en la relación de causalidad, porque si se tratara de uno de conducta su configuración devendría imposible.

De ahí que de probarse su concurrencia ha de absolverse por atipicidad objetiva (como se hizo en SEP-016-2022 de 24 de febrero de 2022, Rad. 00255 MORELLI NAVIA), sin necesidad de examinar el tipo subjetivo, cumpliendo la metodología adoptadas por nuestra Ley Penal Sustantiva que considera punible solo la conducta típica (tipo objetivo y tipo subjetivo), antijurídica y culpable.

Interpretación soportada en lo normado por el artículo 9 del Código Penal que exige para considerar la conducta como punible, que sea típica, antijurídica y culpable; previendo que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado, en los delitos que ostentan esa condición.

3. Ante este panorama, el análisis del principio de confianza se debió hacer en el tipo objetivo y no en el subjetivo, de suerte que si no se acreditó su configuración por no haberse

---

<sup>10</sup> Cf. Corte Constitucional sentencias C-365-12.

investigado o probado que la etapa precontractual estaba delegada o desconcentrada; ni que el acusado hubiese cumplido o no con los deberes de control y vigilancia, ni hubiera manipulado el proceso para escoger a dedo al contratista, se debió absolver por duda en relación con el tipo objetivo.

Es más, siguiendo la tesis de la Sala mayoritaria de que el delito es de mera conducta, lo coherente hubiese sido que se analizara en el tipo subjetivo de manera expresa si se demostró o no la configuración del principio de confianza o si hay duda, es decir, si cumplió o no con los deberes de control y vigilancia, o si por el contrario se acreditó la escogencia amañada del contratista, y no dar por demostrado que actuó sin dolo, pese a las vacilaciones existentes sobre estos tópicos, absolviendo por esa razón y no por la supuesta comprobación de ausencia de dolo, por haber actuado convencido que la modalidad de contratación escogida era la correcta, apoyado en el concepto que le rindieron los subalternos que tenían esa atribución.

Estas son las razones que me llevan a aclarar mi voto.

Con toda consideración,

*Fecha ut supra*

  
**ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS**  
**Magistrado**