



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

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

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

**SEP 0011-2024**

**Radicación No. 50618**

**CUI 110016000102201100371-01**

**Aprobado mediante Acta Extraordinaria No. 10**

Bogotá, D. C., dos (02) de febrero de dos mil veinticuatro  
(2024)

**VISTOS**

Celebrado el juicio oral y cumplida la audiencia para los fines previstos en artículo 447 de la Ley 906 de 2004, procede la Sala Especial de Primera Instancia a dictar sentencia de carácter condenatorio en contra del doctor JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, en su condición de exgobernador del departamento del Valle del Cauca, acusado por la Fiscalía General de la Nación como coautor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía.

## HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

1. Según la acusación, el 29 de enero de 2010, JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, gobernador electo del departamento del Valle del Cauca, su secretario de educación, Eiber Gustavo Navarro Piedrahita y Luz Delly Martínez Cárdenas, representante legal de la fundación sin ánimo de lucro «Calimio», suscribieron el convenio de cooperación de interés público 0110, cuyo objeto era aunar esfuerzos para la ejecución del proyecto «Dotación Bibliotecas Escolares...» consistente en la dotación de material bibliográfico de 40 bibliotecas escolares ubicadas en las instituciones educativas de los municipios de Andalucía, Bugalagrande, Riófrio, Trujillo, Bolívar, San Pedro, Yotoco, Vijes, La Victoria y Toro.

El valor del convenio se fijó en \$1.072.000.000.00, de los cuales el ente territorial aportó la suma de \$1.000.000.000.00 y la fundación \$72.000.000.00, representados en la logística y transporte del material bibliográfico, entre otros.

El proceso contractual en el que intervino el entonces gobernador, se caracterizó por presentar irregularidades relacionadas con el incumplimiento de los requisitos esenciales en su trámite y celebrarlo sin verificar las condiciones legales para su perfeccionamiento, a saber:

i) Se acudió al convenio de interés público (art. 355-2 C. N. reglamentado por el Decreto 777 de 1992) para obviar el proceso licitatorio y favorecer a terceros, pues lo contratado implicaba una contraprestación y el monto superaba la menor cuantía.

*ii)* No se elaboraron estudios previos serios y completos porque no se identificaron las necesidades reales de las instituciones educativas que se pretendían satisfacer con la suscripción del convenio y, el valor estimado del mismo no estuvo soportado en un verdadero estudio de precios del mercado, lo que generó sobrecostos.

*iii)* El proceso de contratación no se publicó en el sistema electrónico para la contratación pública (SECOP).

*vi)* No se acreditó la reconocida idoneidad y experiencia de la entidad sin ánimo de lucro -Fundación Calimio- con la que se celebró el convenio, en los términos exigidos en el artículo 1º del Decreto 777 de 1992.

Como efecto de lo anterior, ABADÍA CAMPO transgredió dolosamente los principios de la administración pública a los que hace alusión el artículo 206 de la Carta Política y los rectores de la contratación estatal como el de economía (planeación) transparencia (selección objetiva) y responsabilidad, previstos en la Ley 80 de 1993.

2. Para dotar de bibliotecas a las instituciones educativas y cumplir el objeto del convenio, el 28 de febrero de 2010, Martínez Collazos, representante legal de "Calimio", suscribió por \$1.000.000.000.00 el contrato de suministro con la empresa "Ediciones Alfa y Omega" gerenciada por Luz Piedad Hurtado Cardona, quien durante el mes de marzo del mismo año compró a "Ediciones La Clave del Saber" representada por su esposo, José Antonio Rodríguez Molina, los textos objeto del

convenio por \$1.000.000.000.00, pero que este adquirió con las editoriales Océano de Colombia, Difusora Larousse de Colombia, Grupo Editorial Durán Ltda y Grupo Latino Editores por tan solo, \$182.517.600.00.

Producto de estas negociaciones los representantes legales de la fundación "Calimío", Ediciones Alfa Omega y Editorial La Clave del Saber, valiéndose de los sobrecostos se apropiaron en su provecho de la suma de \$817.482.400.00 que resultan de restar de lo pagado por la gobernación del Valle del Cauca al contratista, lo verdaderamente sufragado a las empresas comerciales que inicialmente vendieron el material bibliográfico objeto del convenio, esto es, por el monto de \$182.517.600.00.

En sentir de la Fiscalía, el doctor JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, quien para la época de los hechos fungía como gobernador electo del departamento del Valle del Cauca, incurrió en las conductas punibles de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales (art. 410 el C.P.) y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía (art.397, inciso 2º ibidem), en calidad de coautor.

### **IDENTIDAD DEL ACUSADO**

JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, identificado con la cédula de ciudadanía número 6.320.849 de Guacarí-Valle del

Cauca<sup>1</sup>, nació el 12 de febrero de 1979 en el municipio de Buga del precitado departamento, hijo de Carlos Herney Abadia y Colombia Campo, de profesión administrador de empresas, lugar de residencia calle 6<sup>a</sup> oeste, avenida 4<sup>a</sup> No. 5-511, conjunto residencial Monticello, casa 8, barrio "El Aguacatal" de la ciudad de Cali.

## **ANTECEDENTES RELEVANTES**

### **Actuación procesal**

1. El 6 de marzo de 2017, ante un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, la Fiscalía 9<sup>o</sup> Delegada ante esta Corporación formuló imputación a ABADÍA CAMPO, como coautor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía<sup>2</sup>.

2. El 29 de junio de 2017, el mismo funcionario presentó ante la Sala de Casación Penal de esta Corporación el escrito de acusación. Al expedirse el Acto Legislativo 01 de enero de 2018 y su posterior desarrollo, fue remitida la investigación a esta Sala Especial de Primera Instancia, que el 15 de agosto de 2018 asumió el trámite<sup>3</sup>.

3. El 28 de mayo de 2019, la Colegiatura realizó la audiencia de formulación de acusación en la que la Fiscalía

---

<sup>1</sup> Estipulación probatoria No. 1

<sup>2</sup> Cfr. Folio 181 cuaderno No. 1.

<sup>3</sup> Cfr. Folios 87 y 88 cuaderno No. 1.

Novena Delegada aclaró el marco de los hechos jurídicamente relevantes y, reiteró la imputación jurídica por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía, descritos en los artículos 410 y 397 inciso 2º del Código Penal, con las circunstancias de mayor punibilidad previstas en los numerales 9º y 10º del artículo 58 de la normatividad en cita<sup>4</sup>.

4. En sesión del 1º de octubre de 2019<sup>5</sup>, se adelantó la audiencia preparatoria que culminó con la emisión y lectura del auto AEP-010-2020 el 12 de agosto de 2020<sup>6</sup>, en el cual se decretaron y se inadmitieron algunas pruebas solicitadas por las partes<sup>7</sup>, tal determinación se impugnó<sup>8</sup>. El 9 de septiembre del mismo año, la Sala dio a conocer la decisión adoptada respecto del recurso de reposición interpuesto y observaciones presentadas por partes e intervinientes. Acto seguido, la defensa desistió del recurso de apelación.

5. El juicio oral se instaló el 10 de diciembre de 2020, en dicha calenda la Fiscalía expuso su teoría del caso, incorporó 5 estipulaciones probatorias e inició su práctica probatoria con la aducción de los documentos públicos (pruebas de 1 a la 10), los testimonios de la perita contadora Esperanza Montes de Rincón con quien introdujo las documentales privadas (pruebas de la 11 a la 20) y, de Esneyder García Zuasa.

<sup>4</sup> Ver Folios 183-189 ibidem.

<sup>5</sup> Ver Folios 267-273 ibidem.

<sup>6</sup> Ver Folios 51-116 cuaderno No. 2.

<sup>7</sup> Ver Folios 117-120 ibidem.

<sup>8</sup> Ver Folios 117 ibidem.

En sesión del 2 de agosto de 2022, la representante del ente fiscal desistió de los testimonios de Adriana Revelo Calvache, Oscar Mauricio Cubillos Jiménez, Digno Américo Mosquera Ortiz, Carolina Ocampo Echeverry, Elsie Benítez Vargas, Hugo Nieto López, Ricardo Arango Dávila y por falta de ubicación al de José Antonio Rodríguez. Continuó y finalizó su práctica probatoria con las declaraciones de Gloria Obando Zapata y Marino Aguirre López.

A instancia de la defensa, se escucharon las testimoniales de Jaime Durán Naranjo, Maritza Cortés Jiménez y Raimundo Antonio Tello Benítez, a la par incorporó de manera directa los documentos públicos decretados (pruebas de la 1 a la 13). En esa sesión, renunció a los de Gloria Obando Zapata y Marino Aguirre López y tácitamente al de Carolina Ocampo Echeverry, testigos comunes con la Fiscalía.

El 27 de octubre de 2022, se escuchó a Orlando Pardo Castillo y al testigo de acreditación José Javier Posada Posso, con quien el defensor introdujo al juicio los documentos privados (pruebas de la 14 a la 21) y dejó de practicar los de Álvaro Hernán Granada, Luz Delly Martínez Collazos y Luz Piedad Hurtado. Culminada la fase probatoria, se expusieron los alegatos de conclusión por partes e intervinientes.

6. Finalmente, el día 20 de noviembre del año en curso, se produjo la audiencia de lectura de sentido de fallo y adicionalmente se agotó el trámite a que alude el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 443 de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía, el representante de víctimas, el Ministerio Público y la defensa expusieron sus argumentos de conclusión, así:

### **1. Fiscalía**

Solicitó la absolución perentoria y/o se absolviera al acusado de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, en caso de que la Sala optara por la primera pidió inmediatamente emitir una decisión, en caso de elegir la segunda, se tenga en cuenta los argumentos que expuso en su alegato final, en cuanto se está frente a un caso de atipicidad objetiva.

Bajo esa premisa sostuvo que, pese a que prometió probar la responsabilidad del aforado en los hechos que la Fiscalía le atribuyó en la audiencia de formulación de acusación, lo declarado por Raimundo Tello, permite establecer que cada dependencia de la gobernación en materia de contratación adelantaba la etapa precontractual y que él en su condición de secretario de la oficina jurídica, era el encargado de verificar la normatividad aplicable a la modalidad de contratación seleccionada, lo cual exime a ABADÍA CAMPO de cualquier compromiso penal.

Afirmó que dicha manifestación encontró respaldo probatorio en lo preceptuado en el manual de contratación de

la gobernación del Valle del Cauca que respecto a la elaboración de las (sic) «condiciones técnicas básicas o condiciones generales de la oferta», para entonces recaía en los servidores públicos de cada Secretaria, es decir, que la competencia para llevar a cabo la aludida fase de contratación podía serles transferidas en virtud de un acto de delegación.

Señaló que conforme lo anterior, el servidor público responsable de adelantar la fase precontractual del convenio era el secretario de educación departamental, siendo él quien consultó los precios, elaboró los estudios previos, certificó la idoneidad de la fundación “Calimío”, suscribió el aviso de convocatorias a veedurías ciudadanas, recibió la carta de intención y la propuesta que presentó la aludida entidad, consultó con la secretaría jurídica la viabilidad de adelantarle y el 29 de enero de 2010 emitió concepto favorable, por todo ello y, en razón a las irregularidades advertidas, en su contra se adelantó investigación penal.

En ese orden, sostuvo que en aplicación de los precedentes jurisprudenciales decantados en torno a los conceptos de principio de confianza, delegación y desconcentración el acusado debe ser eximido de la responsabilidad penal.

Igual pedido realizó respecto del punible de peculado por apropiación, conclusión a la que arribó luego de escuchar los testimonios de descargo de la defensa, los que en su criterio permiten establecer que por haberse generado unos descuentos sobre el listado de los precios de venta en el

material bibliográfico objeto del convenio, no era dable afirmar que el incremento le sea atribuido al ex gobernador, máxime que los valores de los mismos se encontraban publicados en el SICE<sup>9</sup> y dado que al formalizarse, la fase de ejecución le correspondía a otro funcionario.

Resaltó, que los textos escolares fueron entregados a satisfacción, lo que quedó registrado en el acta de entrega por cada uno de los rectores de los establecimientos educativos y que, independiente de su enfoque, los mismos se necesitaban para ser consultados por sus estudiantes como lo afirmaron Gloria Obando y Marino Aguirre López.

Concluyó, que su teoría del caso no se demostró y conforme la prueba incorporada y practicada en el juicio, lo establecido fue que las conductas atribuidas al aforado no se adecuan objetivamente a los tipos penales de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y peculado por apropiación.

## **2. Contraloría delegada para la responsabilidad fiscal, como víctima**

Consideró que el detrimento patrimonial endilgado no se encuentra acreditado, en ese orden le asiste razón a la representante del ente fiscal en solicitar que el sentido de la decisión sea favorable al acusado, sin perjuicio del trámite que contra esas personas deba surtirse en otras instancias respecto

---

<sup>9</sup> Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal.

de la responsabilidad fiscal.

Agregó, que en los procesos de contratación estatal no es ajeno a que se incurra en sobrecostos al encontrarse muy por encima de los precios reales del mercado, siendo tarea de los órganos de control y de la Fiscalía identificarlos, lo cual no es óbice para que esa labor de investigación conlleve a determinar la no injerencia o participación del funcionario en los hechos, como en este caso, en el que no fue posible demostrar dicha intervención, por lo tanto, no puede elevar una solicitud distinta a la de la absolución.

### **3. Ministerio Público**

Difiere de la apreciación de la Fiscalía y del representante de la víctima. En su criterio, la prueba recaudada en el desarrollo del juicio oral logró demostrar la teoría del caso que planteó, de suerte que indiscutible resultan las múltiples irregularidades sustanciales que el convenio en cuestión presentó en la fase precontractual como en la celebración, por consiguiente, el acusado debe ser declarado penalmente responsable.

En cuanto al primer cargo, concluyó que ABADÍA CAMPO como ordenador del gasto debió verificar la legalidad de la etapa precontractual para comprobar el cumplimiento de requisitos legales esenciales, empero, en este asunto refulge evidente que de manera intencional suscribió unos inadecuados estudios previos, eludió la licitación pública imponiendo la contratación directa, y pese a la vulneración de los principios de

transparencia y economía perfeccionó el convenio, sin que su comportamiento pueda justificarse bajo el concepto de la legítima confianza, pues su cargo le imponía el deber de control antes de firmarlo.

Respecto del delito de peculado por apropiación, afirmó que la Fiscalía con la prueba documental que incorporó y el testimonio de la perito Esperanza Montes Rincón probó que la adquisición del material bibliográfico presentó sobrecostos, por cuanto el valor de los precios reales del mercado eran inferiores a la cuantía del mismo, verificándose la apropiación indebida de recursos públicos por parte de terceros por \$817.482.400.00, suma que corresponde a la diferencia entre lo pagado por la gobernación del Valle del Cauca a la contratista y lo cancelado por esta a las empresas con las que subcontrató para cumplir con el objeto del convenio.

#### **4. La defensa técnica**

Pidió la absolución de su prohijado porque la Fiscalía no probó su teoría del caso. Sustentó que el contrato de suministro por sus características no correspondía a la modalidad por la que la acusación sostiene que debía adelantarse el proceso de contratación sino por el convenio interadministrativo como, en efecto se hizo, en el que la fundación «Calimío» recibió el valor de los libros y asumió a su cargo el transporte para materializar su entrega a las diferentes instituciones educativas conforme lo exigía el Decreto 777 de 1992.

Afirmó, que en el desarrollo de los contratos que se rigen por la Ley 80 de 1993 o aquellos regulados por normas especiales, no resulta extraño que los contratistas establezcan relaciones contractuales con particulares a través de contratos como el de suministro o compraventa sin que ello signifique subcontrataciones, por lo tanto, en este caso no es posible hablar de tal figura máxime cuando en los análisis elaborados por la Secretaría de Educación Departamental y, en el texto del convenio nunca se estableció que los libros fueran de autoría o de elaboración de la fundación «Calimío».

En lo que concierne a los estudios de mercado señaló que, los textos objeto del convenio se encontraban relacionados específicamente en la ficha del proyecto y que en la minuta además se encontraba el CUBS, por ende, los precios registrados en el SICE, permiten establecer junto con el testimonio de Esperanza Montes que su adquisición no podía darse directamente, sino que se debía hacer a través del sistema denominado «placista», es decir, porque no se conseguían en el mercado sino por medio de distribuidores de libros autorizados, como lo afirmaron los testigos pertenecientes a las editoriales, los cuales además mencionan el manejo de dos listados de precios, uno a los primeros y otro, al público.

Sostuvo que en virtud de la delegación conforme al manual de funciones, el secretario de educación departamental registró el proyecto y fue el secretario de desarrollo pedagógico, adscrito a esa dependencia, el que rindió concepto favorable, por tanto, el convenio cumplía con los parámetros técnicos y

legales y era de inversión social y no de gastos de funcionamiento como lo demuestra la prueba documental y conforme lo declaró Raimundo Tello, Director Jurídico de la gobernación, por lo que no existe fundamento para responsabilizar a su defendido del cargo por el cual fue acusado, en la fase precontractual.

En cuanto a la celebración del convenio insistió en la participación de las Secretarías de educación, jurídica y la de planeación, por lo tanto, fácil resulta concluir que por delegación y bajo el principio de confianza y buena fe los funcionarios encargados *«entregaron el producto»* al entonces gobernador ABADÍA CAMPO, descartando cualquier responsabilidad en su contra por desconocimiento de las normas que regulan los convenios interadministrativos.

De otro lado, manifestó, no es posible la imputación bajo los parámetros de la Ley 80 de 1993, ya que se trata de libros de distintas editoriales, por lo que sería imposible y muy costoso realizar una contratación bajo esta ley, afectando principios como los de eficiencia y transparencia del Estado.

Por último, argumentó que el tipo penal de celebración de contratos sin el lleno de requisitos legales no se logró demostrar, esto según las pruebas obrantes en el proceso; abonado a esto, aclaró que en el delito de peculado, la Contraloría Departamental estableció que su prohijado si cumplió con el contrato pues los libros fueron entregados a las instituciones educativas y los recursos no se desviaron.

## **AUDIENCIA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE PENA Y SENTENCIA**

En sesión del 20 noviembre del 2023, las partes e intervinientes se refirieron a las condiciones individuales, familiares, sociales, y los antecedentes penales del acusado JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, en los siguientes términos:

La *Fiscalía*, ratificó los generales de ley del sentenciado en punto a identificarlo e individualizarlo, a la par manifestó que consultó la base de datos de los organismos que registran antecedentes advirtiendo que en su contra no obra anotación alguna, se refirió además a las circunstancias de mayor y menor punibilidad las que solicitó tener en cuenta para la fijación del ámbito de movilidad de la pena a imponer por el delito de peculado de apropiación agravado, el cual oscilaría, entre el 2º y 3º cuarto, más lo que corresponda al aumento punitivo por el concurso con el delito del contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

La *representación de las víctimas*, no hizo pronunciamiento alguno.

La *representante del Ministerio Público*, solicitó que al momento de dosificar la pena se tenga en cuenta la intensidad del dolo, la condición profesional que ostenta el condenado, así como las circunstancias de mayor y menor punibilidad partiendo del delito más grave, esto es, del peculado por apropiación agravado en razón a que lo apropiado supera los 200 s.m.l.m.v., amén a la improcedencia de los subrogados

penales.

La *defensa*, por su parte invocó como petición principal la excepcionalidad de ordenar la privación de la libertad de JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO y subsidiariamente, la sustitución de la ejecución de la pena en centro carcelario por el lugar de residencia en razón a que es padre cabeza de familia.

En cuanto al primer pedimento sostuvo que mientras el fallo de responsabilidad a emitirse en contra de su prohijado no se encuentre en firme no puede privársele de la libertad, pues ello estaría en contra de los lineamientos previstos en los principios *pro libertate* y presunción de inocencia, en todo caso, de ordenarse la captura inmediata deberá explicarse a través de un juicio constitucional de necesidad porque la sentencia no se encuentra ejecutoriada como lo advirtió la Sala de Casación Penal en el fallo tutela STP5495-2023 del 8 jun. 2023, rad. 130745 y en los salvamentos de voto de la STP8591-2023 del 23 agosto del mismo año, criterio que comparte.

Razón por la que invita a la Sala a analizar la restricción que permite el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, relacionada con que el procesado este libre hasta que se dicte el sentido del fallo no sea automática sino que se entienda en el sentido de que después de ello hay que hacer un control constitucional convencional en el que se aplique los principios *pro libertate* y presunción de inocencia, en procura de la protección de los artículos 8.1 y 7.3. de la Convención Americana de Derechos Humanos y 9.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Test en el que además solicita se tenga en cuenta que su prohijado desde la audiencia de imputación ha concurrido al proceso sin ninguna dilación, ha estado presente y ha sabido cargar con lo que ello implica, la presunción de inocencia permanece vigente -de suerte que apelará el fallo de condena-; no tiene antecedentes penales, no presenta riesgo de eludir el juicio ya que siempre ha estado al tanto de los llamados de la justicia como lo ha hecho a este momento procesal en el que se anunció condena en su contra, a lo que se suma que a su juicio y en su convencimiento está seguro que a su favor se emitirá la absolución, por lo que se debe ponderar las consecuencias que tendría en el futuro no haber tomado una decisión ponderada frente a su estado de libertad.

Con los anteriores argumentos considera que no existe necesidad de emitir una orden de captura en contra de su prohijado, por lo que considera que mantener su libertad al momento del fallo condenatorio de primera instancia es lo más acorde con su estado, con sus condiciones materiales y los principios que ha mencionado deben primar.

En el evento de que se niegue lo antes pedido, de manera subsidiaria solicitó la sustitución de la ejecución de la pena intramural por la domiciliaria.

En punto a sustentarla, afirmó que acreditó el arraigo residencial del procesado, su identificación y demás datos como lo expuso la Fiscalía. En cuanto a su grupo familiar, sostuvo que se compone por el acusado y su hijo J.C.A.S de 16 años de edad, -conforme lo evidencia la tarjeta de identidad y el registro

civil de nacimiento-aspecto que destaca en razón a que ABADÍA CAMPO desde el 11 de mayo de 2011, por algo más de 10 años ostenta la patria potestad y custodia del menor, es decir, cuando tenía 4 años de edad.

En cuanto a la acreditación de la condición de padre cabeza de familia del acusado, afirmó que la existencia del menor se probó con el registro civil de nacimiento NUIP 1104806489, así mismo que desde el año 2011, mucho antes de este proceso, aquel se hizo cargo de la custodia completa, esto es, tanto de la manutención como educación de J.C.A.S conforme la constancia que allega de la que es posible advertir que asumió los gastos de alimentación, cuidado y gastos escolares -acuerdo voluntario ante Notaria del 11 de mayo de 2011 entre JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO y ANDREA SOLIS MONTEALEGRE-.

Arrimó a la actuación, constancia de estudios del menor J.C.A.S expedida por el Colegio Colombo Británico, así como un informe de trabajo social cuya conclusión arriba a que el único que se ha hecho cargo del menor es JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO y en el que recomienda no desarraigarlo de su relación parental pues ello podría causarle traumatismo al separarlos, lo cual encuentra sustento en la sentencia T-587 de 1998.

En cuanto a la familia extensa, trajo a colación la declaración de la madre del menor Andrea Solis Montealegre, en la que mencionó el acuerdo al que llegó con el acusado, porque en ese momento se encontraba afectada por la separación y no tenía recursos para la manutención de J.C.A.S

y la de su otro hijo, producto de una relación anterior. Amén a la manifestación que realizó en cuento a que el menor *«lleva toda la vida viviendo con el papá»* y que separarlos para el niño sería traumático. Sostiene, que la madre no tiene un círculo cercano con su hijo porque desde hace mucho tiempo ella lo perdió por una decisión voluntaria.

También mencionó a Blanca Montealegre Olarte, abuela materna de J.C.A.S, quien en su entrevista ratificó la separación por espacio de 10 años entre su hija y nieto, además de su imposibilidad en este momento para asumir su cuidado y custodia y, citó la valoración psicológica realizada por el Dr. Erlinto Velasco Arteaga, en la que resaltó los limitados encuentros entre madre e hijo, la incapacidad económica para hacerse cargo dado que vela por el cuidado de su otro hijo y de su progenitora, en razón a los quebrantos permanentes de salud que presenta.

A propósito de dicha valoración, mencionó que el menor en su entrevista en cuanto a la relación con su madre, narró es mala porque casi no la ve y comparte poco de su vida y, en lo atinente a la que sostiene con sus abuelos maternos y paternos, sostuvo que no los ve *«por la relación fría con su mamá»*, para concluir que no tiene una relación con el núcleo familiar.

De cara a la composición del núcleo familiar extenso del J.C.A.S, relató que la abuela paterna falleció y la materna se encuentra desempleada y enferma, mientras que el abuelo paterno tienen más de 82 años de edad y presenta problemas

de salud, tres de sus tios se radican en otros países, la cuarta se encuentra desempleada y es convaleciente por ansiedad, el menor de los tios estudia y no tiene una fuente de ingresos y otra falleció, precisando por ser relevante, que los tios por parte de papá son medio hermanos por no tener un madre en común lo que explica la separación entre unos y otros, es decir, la carencia de un vinculo afectivo con aquellos, que incluso, no puede obligárseles a construir, por lo que no podrían suplir la fractura paterna ni el cuidado físico y simbólico del menor adolescente quien ha concebido con su padre JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO una fuente de protección, guía, consejo, por lo que la pérdida de su libertad podría exponerlo a episodios de depresión, ansiedad, amén de la estigmatización y señalamiento de la sociedad,

En cuanto a los presupuestos adicionales para acreditar la condición de padre cabeza de familia (Ley 750 de 2002), solicita se tenga en consideración que los delitos por los cuales fue juzgado su prohijado no son atroces, como lo sería un homicidio, ni son contra la integridad física o lesa humanidad, tampoco de los que coloca al menor en peligro y, sobre todo, reitera, porque la presunción de inocencia no ha sido desvirtuada.

Se refirió al desempeño laboral del acusado al señalar que presta sus servicios de asesoría y consultoría en el desarrollo de la marca Premium de café y demás actividades en la Finca Villa Rosita Piendamó SAS Zomac, como lo acredita la constancia que adjuntó a la petición, también citó la declaración de Angela Yadira Castiblanco Alba a quien conoce

hace más de 25 años y reiteró la carencia de antecedentes penales y la garantía del cumplimiento de las obligaciones a imponer mediante caución.

Culminó su intervención reiterando la petición para que su prohijado permanezca en libertad hasta que el fallo este en firme y anuncia la intención de apelarlo, pero también solicita se valore esa dependencia emocional económica que amerita la aplicación excepcional de la prerrogativa prevista en el artículo 314-5 del C.P.P., y se le conceda la prisión domiciliaria dada su condición de padre cabeza de familia con miras a evitar causarle al adolescente un enorme daño.

JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, coadyuvó la petición elevada por su defensor.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Competencia**

De conformidad con el artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo No. 01 de 2018, que modificó el artículo 234 Superior, la competencia para pronunciarse de fondo en primera instancia dentro de los procesos adelantados contra gobernadores es de la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala Especial de Primera Instancia; máxime que los delitos atribuidos a JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO se hallan estrechamente vinculados al ejercicio del cargo desempeñado como gobernador del

departamento del Valle del Cauca.

## **2. Cuestión previa**

### **2.1. De la petición de absolución perentoria**

Pese a que la señora Fiscal no solicitó directamente la absolución perentoria, sino que hizo mención a ella en sus alegatos de conclusión tras valorar el acervo probatorio, dejando en libertad a la Sala para aplicarla o dictar sentencia absolutoria, esta Corporación estima necesario hacer unas ligeras consideraciones sobre esta materia.

Según lo previsto en el artículo 442 de la Ley 906 de 2004, terminada la práctica de pruebas dentro de la etapa del juicio oral, el fiscal o el defensor podrán solicitar al juez la absolución perentoria cuando los hechos en que se basó la acusación resulten «*ostensiblemente atípicos*», caso en el cual el juez resolverá sin escuchar los alegatos de las partes e intervinientes.

La expresión *ostensiblemente atípicos*, contenida en el precepto hace referencia «*a un quehacer que de manera palpable, demostrable, o manifiesto no colinde en la esfera del derecho penal al no adecuarse a la descripción típica que previamente ha efectuado el legislador*»<sup>10</sup>, como insistentemente lo ha entendido la jurisprudencia<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> CSJ SP, 31 agos 2011, rad. 34848.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

Significa lo anterior, que los hechos de la acusación después de practicadas las pruebas en el juicio oral, no se encasillan de manera manifiesta en el supuesto de hecho de la conducta punible, situación que desvirtúa la necesidad de continuar con el proceso debido a una evidente atipicidad objetiva.

En este caso, clausurado el debate probatorio se continuó con los alegatos preclusivos otorgándose el turno a la representante de la Fiscalía, quien luego de referirse al caudal probatorio, a la delegación y al principio de confianza, sostuvo que las conductas por las cuales se acusó al aforado no se adecuaban a los tipos penales atribuidos e insistió que ninguno de los testimonios que presentó ratificó su teoría del caso, por lo que la Corte tenía dos caminos para tomar la decisión, la primera la absolución perentoria y la segunda la sentencia absolutoria.

No cabe duda que esta solicitud la hizo fuera de la oportunidad legal pues fue precisamente en la fase de alegaciones de cierre en que postuló la absolución perentoria y la sentencia absolutoria, siendo que son institutos diferentes, en tanto, que al invocarse la primera el juez no debe oír las alegaciones finales de las partes por inanes ya que la conducta atribuida ha de ser manifiestamente atípica, mientras que en la segunda se peticiona en las alegaciones y por supuestos diferentes a la ostensible atipicidad objetiva, luego de hacerse la valoración de todo el acervo probatorio.

Así las cosas, surge claro que no presentó la solicitud oportunamente ni lo hizo por ostensible atipicidad objetiva,

razón por la cual no procedía un pronunciamiento anticipado de parte de la Sala.

## 2.2. De la solicitud de absolución

Se entiende que la petición de absolución elevada por la Fiscalía durante las alegaciones finales es un acto de postulación que al igual que la planteada por la defensa y demás intervinientes puede ser acogida o desechada por el juez de conocimiento, quien decidirá exclusivamente con fundamento en la valoración de las pruebas aducidas en el juicio oral<sup>12</sup>.

De cara al poder de decisión en relación al objeto del proceso penal (los hechos investigados y sus consecuencias jurídicas) y a su continuidad, la Sala de Casación<sup>13</sup> señaló:

*Es claro, entonces, que frente a la sentencia que debe producirse luego de surtido el juicio oral, el poder de decisión siempre reposa en el juez de conocimiento y que, en consecuencia, en el delegado de la Fiscalía radica sólo un poder de postulación que se ejerce desde la misma presentación de la acusación y culmina con las alegaciones posteriores al debate probatorio en la etapa de juzgamiento. Esa conclusión es tan cierta que el mismo estatuto procesal, en los artículos 446 y 448, define la intervención de las partes en los alegatos de conclusión como meras solicitudes; en especial, la primera de tales normas delimita la naturaleza del acto del juez y el del fiscal al prever que: "La decisión será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación, y deberá referirse a las solicitudes hechas en los alegatos finales. (...)".*

*Así las cosas, si la voluntad manifestada por la Fiscalía en los alegatos conclusivos es que se absuelva al acusado y la misma necesariamente ata al juez a una decisión en tal sentido, en primer lugar, aquélla no sería un simple acto de postulación sino una decisión y, en segundo lugar, el "fallo"*

<sup>12</sup> Artículo 162-4 C.P.P./2004.

<sup>13</sup> CSJ SP6806 25 may 2016, rad. 43837.

*absolutorio consecuente no constituiría una verdadera providencia judicial sino un acto de refrendación de la discrecionalidad de la parte acusadora. Una providencia que no contiene una decisión del funcionario judicial sobre el objeto del proceso, sino que se limita a reconocer o refrendar la voluntad del órgano acusador en cuanto a no proseguir con el ejercicio de la acción penal; jamás puede ser tenida como una sentencia porque no respeta ni la naturaleza ni los requisitos de este acto procesal. Es más, ni siquiera constituye un auto porque, como se anotó, no contendría una resolución autónoma e independiente.*

Conforme los postulados jurisprudenciales reseñados en precedencia, la petición de absolución que a la par la Fiscalía presentó a favor del acusado durante las alegaciones finales corresponde a un acto de postulación, que la Sala despachó desfavorablemente como lo anunció al emitir la decisión o sentido del fallo de carácter condenatorio contra el acusado JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO por encontrarlo penalmente responsable de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía, conforme pasa a sustentarse.

### **3. Requisitos para proferir sentencia**

Acorde a lo previsto en los artículos 7º y 381 de la Ley 906 de 2004, para dictar fallo condenatorio deberá existir conocimiento más allá de toda duda acerca de la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado a partir de las pruebas debatidas en la audiencia de juicio oral, las que deben ser apreciadas en conjunto siguiendo los criterios establecidos para cada medio de convicción.

Considerando las referidas premisas, la Sala asumirá el examen de las pruebas vertidas en el juicio oral, con el objeto

de establecer si el doctor JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO es responsable de los delitos por los cuales fue convocado a juicio.

Teniendo como base el escrito de acusación presentado por la representante de la Fiscalía General de la Nación, para una adecuada comprensión de la sentencia se estudiará por separado cada uno de los delitos imputados determinando el contenido y alcance de sus elementos, para pasar al establecimiento de los hechos probados y, por último, se analizará en conjunto el acervo probatorio de cara a las reglas de la sana crítica, con el fin de determinar si se logró arribar al grado de conocimiento requerido para condenar.

#### **4. De los delitos imputados**

##### **4.1. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales**

La Fiscalía acusó al procesado como probable autor responsable de la comisión de este delito, descrito en el artículo 410 del Código Penal -con aumento de la Ley 890 de 2004- de la siguiente manera<sup>14</sup>:

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

<sup>14</sup> Este acápite seguirá el marco teórico de la Sala contenido en CSJ SP00017-2021, rad. 49599; y, CSJSP0057-2021, rad. 0026.

El supuesto de hecho encierra el actuar de un servidor público que entre sus atribuciones deba intervenir en el proceso de contratación y haya incumplido los presupuestos sustanciales en el trámite o liquidación, u omitido verificar su concurrencia en las etapas de trámite, celebración o liquidación<sup>15</sup>.

Implica dos modalidades alternativas de ejecución: la primera, incumplir los presupuestos legales sustanciales en el trámite, lo que involucra todos los pasos hasta su celebración y, la segunda, omitir la verificación del cumplimiento de los condicionamientos legales para su perfeccionamiento, incluso los concernientes a la fase precontractual y los relacionados con la liquidación<sup>16</sup>.

De esta forma la ley distinguió la conducta ejecutada por los servidores públicos competentes para tramitar el contrato, de la que cumple el representante legal o el ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación<sup>17</sup>.

La primera modalidad alude al trámite del contrato sin observar los requisitos legales esenciales, en tanto que en la restante el contenido de la prohibición se hace consistir en no comprobar el acatamiento de las exigencias legales esenciales en dicha fase al momento de firmarlo. Distinción fundamentada en la forma desconcentrada como actualmente

<sup>15</sup> Cfr. CSJ SP-18532-2017, rad. 43263; reiterada en CSJ SP00017-2021, rad. 49599; y, CSJ SP0057-2021, rad. 0026.

<sup>16</sup> Cfr. *Ibidem*. Reiterado en CSJ SP00017-2021, rad. 49599; y, CSJ SP0057-2021, rad. 0026.

<sup>17</sup> Cfr. *Ibidem*.

se cumple la función pública en las entidades estatales<sup>18</sup>.

Es decir, a través de esta figura las etapas previas y de ejecución están asignadas al personal de nivel ejecutivo y las de celebración y liquidación al ordenador del gasto. Labor que este ejecuta verificando el cumplimiento de las formalidades legales en la etapa previa, por ser el funcionario autorizado por la Carta Política y la ley para disponer de los recursos del ente territorial<sup>19</sup>. Los artículos 12<sup>20</sup> y 25-10<sup>21</sup> de la Ley 80 de 1993, preceptúan que los jefes y representantes legales de las entidades estatales, podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos con sujeción a las cuantías señaladas en las respectivas juntas y consejos directivos, y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. En todo caso, la delegación y la desconcentración no derivan en ausencia de responsabilidad del encargado de la contratación<sup>22</sup>, pues la función de

<sup>18</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>19</sup> Cfr. CSJ SP18532-2017, rad. 43263; reiterada en CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

<sup>20</sup> **Artículo 12. De la Delegación para Contratar.** <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones ~~o concursos~~ en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> <Inciso adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual. **Parágrafo.** <Parágrafo adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.

<sup>21</sup> **ARTÍCULO 25. Del Principio de Economía.** En virtud de este principio: [...].

10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento.

<sup>22</sup> La Ley 489 de 1998 define las figuras de delegación y desconcentración en el entorno

adjudicación está a su cargo<sup>23</sup>.

El elemento normativo del tipo denominado requisitos esenciales hace alusión al respeto y cumplimiento integral de los principios que rigen la contratación pública, como son: los de planeación, economía, responsabilidad, transparencia y deber de selección objetiva, contenidos en el artículo 209 de la Carta Política, en la Ley 80 de 1993<sup>24</sup>, normativa aplicable a la fecha de los hechos, y en las disposiciones que la desarrollan<sup>25</sup>.

Lo anterior deviene de una interpretación constitucional y sistemática con los valores y fines del Estado. Según el preámbulo y el artículo 2º de la Carta corresponde al Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en su texto<sup>26</sup>.

Así mismo, el mandato superior (canon 209) prescribe que la función pública está al servicio del interés general, la cual se debe desarrollar con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y

---

de la organización y funcionamiento de las entidades estatales, como la transferencia de funciones de un órgano o cargo a otro, ocurrida por regla general al interior de la misma entidad. En la delegación, la transferencia se realiza únicamente por el titular de la función a través de un acto administrativo expreso, a veces de manera general otras de manera específica, para lo cual debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia. Sobre la desconcentración determina que la atribución de competencia se realiza directamente por el ordenamiento jurídico y se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía, transfiriendo en forma exclusiva, es decir, la competencia debe ser ejercida por el órgano desconcentrado y no por otro y el superior no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal. *Cfr.* CSJ CSJ SP 00017-2021, rad. 49599.

<sup>23</sup> Cfr. CSJ SP4413-2019, rad. 55967; reiterada en CSJ CSJ SP 00017-2021, rad. 49599.

<sup>24</sup> Al respecto CSJ SP4463-2014, reiterado en CSJ SP, 25 sep. 2013, rad. 35344; CSJ SP15528-2016, rad. 40383; y; CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

<sup>25</sup> Cfr. Entre estas, la Ley 1150 de 2007.

<sup>26</sup> Cfr. CSJ SP15528-2016, rad. 40383; reiterada en CSJ SP00017-2021, rad. 49599.

publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones<sup>27</sup>.

Ahora, de los artículos 1º y 2º de la Carta Política y 3º de la Ley 80 de 1993, se desprende que la contratación administrativa es una función pública al servicio del interés común, por lo tanto, sujeta a los fines esenciales del Estado y sus trámites regidos por tales principios<sup>28</sup>.

De otro lado, los artículos 1<sup>29</sup>, 3<sup>30</sup>, 23<sup>31</sup>, 24<sup>32</sup>, 25<sup>33</sup> y 26<sup>34</sup> de la Ley 80 de 1993, disponen que el estatuto de la contratación pública tiene por objeto diseñar las reglas y principios que rigen la contratación de las entidades estatales<sup>35</sup>.

En otras palabras, tal preceptiva indica el marco jurídico de los procesos contractuales a observar por los servidores públicos al tramitar y celebrar los contratos, siendo razón

<sup>27</sup> Cfr. CSJ SP15528-2016, rad. 40383; CSJ SP00017-2021, rad. 49599.

<sup>28</sup> Cfr. CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

<sup>29</sup> **Artículo 1º. Del objeto.** *La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.*

<sup>30</sup> **Artículo 3º. De los Fines de la Contratación Estatal.** *Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichas fines. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, [...], colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.*

<sup>31</sup> **Artículo 23. De los Principios en las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales.** *Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.*

<sup>32</sup> Principio de transparencia.

<sup>33</sup> Principio de economía.

<sup>34</sup> Principio de responsabilidad.

<sup>35</sup> Cfr. CSJ 00017-2021, rad. 49599.

fundamental para que en su ejecución las entidades cumplan no solo los fines estatales sino la eficiente prestación de los servicios públicos a la comunidad, y garanticen los derechos e intereses de los administrados<sup>36</sup>.

El *principio de planeación* debe irrigar todas las fases contractuales, mecanismo con el cual se impide la improvisación, pues prevé una gestión preventiva del daño antijurídico, lo cual refleja la importancia del establecimiento de criterios de selección, definición de las partidas presupuestales, diseños, pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado<sup>37</sup>.

El Consejo de Estado, ha sostenido sobre el particular:

*El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden.*<sup>38</sup>

De ahí la importancia de la selección del contratista, la celebración de los correspondientes contratos respetando el

<sup>36</sup> Cfr. CSJ SP15528-2016, rad. 40383. SEP00017-2021, rad. 49599.

<sup>37</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>38</sup> Cfr. CE 070012331000199900546-01, 28 mayo 2012, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Citada en CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

régimen jurídico a aplicar; su ejecución y posterior liquidación deben estar ajenos a la improvisación, ser el resultado de una tarea programada y planeada que permita regir la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden, diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado<sup>39</sup>.

En relación con lo anterior, de especial relevancia resulta el *principio de economía*<sup>40</sup>, del cual se extrae, entre otras, la exigencia de contar con estudios de conveniencia y oportunidad debidamente documentados, que justifiquen la necesidad del contrato y sus posibilidades de realización. Ello es manifestación directa de la máxima de planeación que debe ser atendida en todos los procesos contractuales<sup>41</sup>, razón por la cual tiene como finalidad la eficiencia de la administración en la actividad contractual traducida en lograr los máximos resultados en el menor tiempo y costo para asegurar la

<sup>39</sup>Cfr. CE 15001233100019880843101-8031. 5 junio de 2008. Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Citada en CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

<sup>40</sup> **Artículo 25. Del Principio de Economía.** En virtud de este principio: 1o. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones. 2o. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias. 3o. Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados. 4o. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato. 5o. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten. (...).

<sup>41</sup> Cfr. CSJ SP513-2018, rad. 50530.

selección objetiva<sup>42</sup>, evitando pliegos de condiciones ambiguos.

De ahí que, en virtud del *principio de responsabilidad*<sup>43</sup>, los servidores públicos deben cumplir los fines de la contratación para proteger los derechos de la entidad, y está prohibido adelantar licitaciones sin haberse realizado previamente los estudios técnicos y pliegos de condiciones, los cuales deben estar completos y sin ambigüedad para evitar interpretaciones subjetivas<sup>44</sup>.

Por su parte, el *principio de transparencia*<sup>45</sup> resguarda la imparcialidad y la selección objetiva del contratista, en consecuencia, su escogencia por regla general debe hacerse mediante licitación pública, salvo las excepciones relacionadas con asuntos de menor cuantía, contratos interadministrativos y arrendamientos o adquisición de inmuebles, entre otros.

De ahí que la selección de los contratistas debe edificarse sobre la base de la igualdad de los interesados, de la

---

42 Cfr. CE 850012331000030901. 29 de agosto de 2007, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo (rad. 15324).

43 **Artículo 26. Del Principio de Responsabilidad.** En virtud de este principio: 1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. 2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. 3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos. (...).

44 Cfr. CE 850012331000030901. 29 de agosto de 2007, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo (rad. 15324).

45 **Artículo 24. Del Principio de Transparencia.** En virtud de este principio: [...] 8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

objetividad, la neutralidad y la claridad de las reglas impuestas para la presentación de las ofertas, la garantía del derecho de contradicción, la publicidad de las actuaciones de la administración, y la motivación detallada del informe de evaluación del acto de adjudicación o de la oferta más favorable para los intereses de la administración<sup>46</sup>.

Por su parte, la *selección objetiva* prevista en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, implica el deber de la entidad de elegir la propuesta más benéfica para la entidad y las finalidades que ésta busca con la actividad contractual, sin tener en cuenta ningún factor, interés o cualquier motivación subjetiva; conforme a las reglas, criterios o parámetros legales previstos en el pliego de condiciones. Por lo tanto, guarda una estrecha relación con el principio de transparencia e implica, entre otras cosas, la garantía que la administración al escoger el contratista seguirá la modalidad de selección prevista para la tipología del contrato que pretende celebrar<sup>47</sup>.

### **Constatación de la convergencia de los elementos del tipo penal**

4.1.1. La Fiscalía asumió la carga de probar que ABADÍA CAMPO al fungir como gobernador del departamento del Valle del Cauca suscribió el 29 de enero de 2010, el convenio de cooperación de interés público con la fundación «Calimio», por valor de \$1.072.000.000,00 sin verificar el cumplimiento de los

<sup>46</sup> Cfr. CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, rad. 17767 de 2011. CSJ SEP016-2022, rad. 00255.

<sup>47</sup> Cfr. CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, rad.76001-23-33-000-2013-00168-01 (50045). CSJ SEP016-2022, rad. 00255.

requisitos legales esenciales en el trámite, en el cual se vulneraron los principios de transparencia, economía, selección objetiva y responsabilidad.

4.1.2. El primero de los requisitos del tipo, esto es, el sujeto activo calificado, se encuentra acreditado con la estipulación probatoria No. 2, mediante la cual las partes aceptaron como hecho probado que JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO fue elegido gobernador del departamento del Valle del Cauca para el periodo 2008-2011. Cargo que desempeño entre el 1º de enero de 2008 al 10 de junio de 2010 y el 24 de junio al 6 de agosto de 2010.

Así mismo, que mientras se desempeñó como gobernador del Valle del Cauca celebró el convenio de cooperación de interés público 0110 de 29 de enero de 2010 con la entidad sin ánimo de lucro fundación «Calimio»<sup>48</sup>, es decir, que para la fecha de tal suscripción obraba como ordenador del gasto y le asistía el deber de celebrarlo previa verificación del cumplimiento de los requisitos esenciales en la etapa precontractual, en concordancia con los principios contenidos en los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993.

4.1.3. Acreditada la calidad de servidor público y la competencia funcional para celebrar contratos, la Sala respecto al núcleo de la conducta punible debe precisar que por ser el mencionado ilícito un tipo penal en blanco, se debe acudir a las normas que regulan la contratación estatal con el fin de

---

<sup>48</sup> Prueba de la Fiscalía No. 6.

determinar cuáles son los requisitos esenciales que debían cumplirse en las distintas fases precontractuales y contractuales.

En este asunto la discusión giró en torno a la modalidad de contratación escogida y el cumplimiento de los requisitos legales, por cuanto no se trataba de un convenio de cooperación de aquellos previstos en el artículo 355 de la Carta Política, sino de un contrato bilateral con una contraprestación a favor de la entidad que debía adelantarse por licitación pública y bajo la normativa de la Ley 80 de 1993, sus modificaciones<sup>49</sup> y decretos reglamentarios<sup>50</sup>.

Para desvirtuar la acusación, la defensa alegó que la administración de su representado no se equivocó al escoger el convenio previsto en el artículo 355 como modalidad de contratación porque la fundación «Calimío» recibió de la gobernación el valor del material bibliográfico y asumió a su cargo el transporte para materializar su entrega a las diferentes instituciones educativas conforme lo exigía el Decreto 777 de 1992, entendiéndose entonces que lo pretendido era lograr una colaboración con fines comunes.

Por el contrario, la representante del Ministerio Público sostuvo que el convenio reunía las características de un contrato conmutativo que lo excluía de la aplicación del

---

<sup>49</sup> Ley 1150 de 2007 que introdujo modificaciones en la Ley 80 de 1993 y dictó otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos.

<sup>50</sup> Decreto 2474 de 2008 que reglamentó las modalidades de selección y señaló disposiciones generales en materia de publicidad, selección objetiva y otros aspectos relacionados con los procesos de contratación pública.

régimen especial consagrado en el citado decreto, que por el monto de la cuantía debió desarrollarse por licitación pública al amparo de la Ley 80 de 1993.

4.1.4. Con miras a dilucidar si la modalidad de contratación escogida por el entonces burgomaestre fue la correcta o no y si se cumplieron los requisitos legales de la que correspondía, debe resaltarse que la jurisprudencia administrativa clasifica los contratos estatales en dos categorías, diferenciándolos en punto del régimen jurídico aplicable, esto es, los contratos propiamente dichos reglamentados por la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias y los especiales sujetos a un régimen legal propio que, en todo caso, no los excluye de aplicar los principios rectores de la función pública.

Al primer régimen pertenece la modalidad de selección de licitación pública prevista en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, definida como *«el procedimiento mediante el cual la entidad formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y se seleccione entre ellas la más favorable»*, cuyo texto además establece las reglas que la rigen y sus efectos son vinculantes para la administración pública y los participantes a la convocatoria, además señala las etapas que deben ser agotadas.

Son elementos fundamentales del proceso licitatorio:

*i) la libre concurrencia*, que permite el acceso al proceso

licitatorio de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, mediante la adecuada publicidad de los actos previos o del llamado a licitar. Es un principio relativo, no absoluto o irrestricto, porque el interés público impone limitaciones de concurrencia relativas, entre otras, a la naturaleza del contrato y a la capacidad e idoneidad del oferente, *ii) la igualdad de los oferentes* garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la administración y, *iii) la sujeción estricta al pliego de condiciones*, como principio fundamental del proceso licitatorio que desarrolla la objetividad connatural a este procedimiento, en consideración a que el pliego es fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes<sup>51</sup>.

Mientras que al régimen de contratos especiales pertenece el convenio de interés público establecido en el inciso 2º del artículo 355 de la Carta Política, regido por la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional mediante los Decretos 777 de 1992 y 1403 de ese mismo año y en lo que no está regulado, sometido a las normas del derecho privado que reglamentan la contratación entre particulares, limitada en todo caso por normas de interés público.

El artículo 355 Superior tiene previsto que el gobierno -nacional, departamental, distrital o municipal-, a través de sus

---

<sup>51</sup> Consejo de Estado, jul. 19 de 2001, rad. 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037).

representantes legales y con recursos de sus propios presupuestos, puede celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público acordes con su plan de desarrollo.

La referida disposición fue instituida por el Constituyente de 1991 con el fin de hacer frente a los abusos de los legisladores en el manejo de los recursos públicos a través de la figura, para entonces conocida como «auxilios parlamentarios», norma superior que busca la protección de los recursos públicos, de tal suerte que no puedan pasar a manos de particulares sin una finalidad social específica<sup>52</sup>.

El Consejo de Estado, acerca de los objetivos de estos contratos ha sostenido:

*Estos contratos tienen, por tanto, la finalidad de apoyar acciones que propendan por el bien común, la consolidación de un orden justo y la prevalencia del interés general. Su inclusión se hizo para facilitar el control del destino de los recursos públicos entregados a los particulares, ya que permiten encausar su inversión en actividades relacionadas con los planes de desarrollo. Así, los contratos se establecieron como freno a la liberalidad en la distribución de recursos y como mecanismo para la asignación de estos en pro del bien común. En efecto, "en cuanto al fin que busca la norma superior que erradica los denominados 'auxilios parlamentarios' (Art. 355 C.P.), es claro que se procura que exista un control previo y posterior al destino y ejecución de los dineros públicos destinados a la realización de actividades conjuntas de interés público o social, siendo esa la razón de ser del contrato que se estipula en el inciso segundo del artículo superior en comento". En consecuencia, las erogaciones que se autoricen para tales efectos deben estar acorde con los fines esenciales para los que fueron previstas, sólo así se armoniza la prohibición de decretar auxilios o*

---

<sup>52</sup> CC C-712 de 2002.

*donaciones con el cumplimiento de los deberes benéficos del Estado.*<sup>53</sup>

La potestad para regular dichos convenios fue conferida expresamente al gobierno nacional por parte del constituyente, en ejercicio de esa atribución expidió el Decreto 777 de 1992, modificado por los Decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993 - actualmente derogado por el Decreto 92 de 2017-. Estos reglamentos constitucionales o autónomos establecieron un régimen que se caracterizó por someter estos convenios al derecho privado y por excluir de dicha regulación a las relaciones conmutativas, entre otros aspectos, por tal razón, las entidades del Estado que en uso de las atribuciones que les otorga el artículo 355 superior pretendan celebrar contratos bajo esta modalidad, deberán cumplir los siguientes requisitos:

*1. La entidad sin ánimo de lucro con la que se pretendía celebrar el convenio debía ser de reconocida idoneidad, entendida esta como la experiencia con resultados satisfactorios que acrediten capacidad técnica y administrativa para realizar el objeto del contrato. La autoridad facultada para celebrar el respectivo contrato debía evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado.*

*2. Los convenios debían estar dirigidos a impulsar programas y actividades de interés público. De conformidad con el artículo 1º, inciso 2º, del Decreto 2459 de 1993 "Los programa y actividades que se impulsen a través de dichos contratos deberán estar acordes a nivel nacional con el presupuesto de rentas y de apropiaciones de la Nación y a nivel departamental, distrital o municipal, con el respectivo plan de desarrollo".*

*3. Debían constar por escrito.*

*4. Sujetarse a los requisitos y formalidades que la ley exigía para la contratación entre particulares (normas civiles y comerciales), salvo lo previsto en el Decreto 777 y 1403, sin perjuicio de que se incluyeran en dichos contratos las cláusulas exorbitantes (hoy cláusulas excepcionales al*

<sup>53</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 3 abril 2020, Rad. 20001233100020090017001 (46963).

*derecho común<sup>54</sup>) de las previstas en el Decreto 222 de 1983 (derogado por la Ley 80 de 1993).*

*5. Los contratos que superaran los cien salarios mínimos mensuales legales debían publicarse en el diario oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial.*

*6. El contratista debía constituir garantías para asegurar el cumplimiento.*

*7. La ejecución contractual debía ser supervisada por un interventor.*

*8. Los recursos estatales debían estar respaldados antes de la celebración del contrato por un certificado de disponibilidad presupuestal.*

*9. La entidad no adquiría relación laboral de ninguna índole con las personas empleadas para la ejecución del contrato.*

*10. La entidad no podía suscribir contratos con las entidades sin ánimo de lucro cuyo representante legal o miembro de la junta o consejo directivo estuviera incurso en alguna de las calidades previstas en el artículo 9º del Decreto 777 de 1992.*

*11. Los recursos que recibiera la entidad sin ánimo de lucro solo podía utilizar los fondos para el cumplimiento del objeto contractual.*

*12. Las entidades sin ánimo de lucro debían estar constituidas con 6 meses de antelación a la celebración del contrato y el reconocimiento de su personería jurídica vigente.*

*13. El término de duración de las entidades sin ánimo de lucro no podía ser inferior al término del contrato y un año más.*

*14. El contrato estaría sujeto a control fiscal.*

A la par, el artículo 2º de la aludida normatividad excluyó del ámbito de aplicación, entre otros «los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de

---

<sup>54</sup> Dentro de la actividad contractual de la administración pública en Colombia, se aplica la figura denominada cláusulas excepcionales, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 19 de la Ley 80 de 1993, entendidas como prerrogativas o poderes especiales conferidas a favor de las entidades públicas, con la finalidad de salvaguardar el cumplimiento del objeto contractual y, en especial, la satisfacción del interés general, que se encuentra insito en las actuaciones contractuales del Estado.

*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 vigente», esto es, bajo lo previsto en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios.*

Entiéndase por contraprestación directa aquella que se da cuando el bien, obra o servicio que proporciona, elabora o ejecuta la entidad sin ánimo de lucro por virtud de los recursos entregados en el marco del contrato, tiene como beneficiaria inmediata a la administración y no a la comunidad. Es por tanto que se ha dicho respecto a estos contratos que *«su finalidad exclusiva es la realización de labores de carácter social, y, por tanto, no está permitida la posibilidad de otorgar contraprestaciones a favor de la entidad contratante ni de un tercero, sino que los beneficios derivados del convenio deben ir dirigidos a la población»*<sup>55</sup>.

Como se ve, la normatividad que regula dicha modalidad, permite que el Estado contrate con una entidad sin ánimo de lucro y que dicho proceso se adelante de manera directa y sin ofertas (contratación entre particulares), empero apareja unos requisitos que involucran la aplicación del Estatuto de Contratación vigente (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, hoy Ley 1474 de 2011 y sus decretos reglamentarios). Pero adicional a lo anterior,

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 26 de febrero de 1993, exp. 2073, C. P. Yesid Rojas Serrano. Reiterada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 3 de abril 2020, Rad. 20001233100020090017001 (46963).

consagra eventos en los cuales no deviene procedente su aplicación, como cuando se trate de contratos que exijan una contraprestación y que puedan ser ejecutados por personas jurídicas con ánimo de lucro.

4.1.5. En el *sub examine*, la Sala conforme lo concluyó la representación del Ministerio Público y contrario a lo expuesto por la defensa del aforado y la Fiscalía, probó que el negocio jurídico con el cual serían adquiridos los textos educativos para dotar las 40 bibliotecas públicas en los 10 municipios del departamento del Valle del Cauca, reunía las características de un contrato bilateral y conmutativo<sup>56</sup> que en razón a lo pactado y al monto de la cuantía, debió adelantarse a través de licitación pública regida por los artículos 24 y 30 de la Ley 80 de 1993, como se examina a continuación:

4.1.5.1. La gobernación del departamento del Valle del Cauca representada por el entonces mandatario ABADÍA CAMPO, como entidad pública estaba obligada a respetar y cumplir el deber de planeación inherente al principio de economía, en virtud del cual, para todas las modalidades de contratación y antes de iniciar el proceso de selección del contratista, resultaba indispensable la elaboración de estudios y análisis lo suficientemente serios y completos, encaminados a determinar entre otros aspectos las opciones o modalidades existentes para satisfacer la necesidad del respectivo contrato y las razones que justificaran la preferencia o modalidad o tipo

---

<sup>56</sup> Artículo 1498 del C. C. Contrato conmutativo: "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".

contractual que se escogiera.

En todo caso, independientemente de la modalidad de selección por la que se proceda resultan obligatorios para todos los eventos contractuales, con la única salvedad de la contratación por urgencia manifiesta; de modo que son documentos esenciales para la contratación en atención a los fines de la administración pública, ya que esta no puede obedecer al capricho o voluntad de quienes la celebran, sino que su realización debe motivarse de manera clara y precisa en los documentos previos.<sup>57</sup> El desconocimiento de este deber legal vulnera los principios generales de la contratación, en especial el de planeación y con él los de economía, transparencia, responsabilidad y selección objetiva.

El artículo 3º del Decreto No. 2474 de 2008<sup>58</sup>, imperante para la fecha de los hechos tenía previsto que en desarrollo de lo señalado en los numerales 7º y 12º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, todas las modalidades de contratación estarían precedidas de la elaboración de los estudios y documentos que sirvieran de soporte para la elaboración del pliego de condiciones de manera que los proponentes pudieran valorar en forma adecuada el alcance de lo requerido por la entidad.

Así mismo, tenía previsto que dichos documentos previos debían estar a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y, contener

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 20 oct. 2014, Rad. 11001-03-25-000-2012-00762-00 (2520-12).

<sup>58</sup> Que reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

como mínimo los siguientes elementos:

1. *La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.*

2. *La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar.*

3. *Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.*

4. *El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.*

5. *La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 12 del presente decreto.*

6. *El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.*

7. *El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular.*

Por su parte, el artículo 5º del manual de contratación administrativa del departamento del Valle del Cauca (Decreto No. 0926 del 4 de septiembre de 2008)<sup>59</sup> que el gobernador JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO expidió en uso de sus facultades constitucionales y legales, contemplaba que cada uno de los

<sup>59</sup> Prueba No. 1 de la Fiscalía.

procedimientos debían tener en cuenta lo siguiente:

*\*1. Definir la necesidad, carencia o requerimiento del bien, servicio u obra indispensable para la dependencia y la conveniencia de la contratación elaborando para el efecto los Estudios y Documentos Previos, en los cuales se debe tener especial cuidado en los siguientes aspectos:*

*\*Debe identificar en forma puntual la descripción de la necesidad que se pretende satisfacer y su concordancia con los Planes, Proyectos y Programas contenidos en el Plan de Desarrollo Departamental y Plan de Compras.*

*\* Identificar el tipo de contrato requerido, describiendo su objeto, alcance, obligaciones generales y particulares, lugar de ejecución, plazo de ejecución, presupuesto estimado, cantidades, forma de pago y demás aspectos esenciales o especiales requeridos para el mismo.*

*\* Analizar técnica y económicamente las variables que soportan el valor estimado del contrato, con precisión en las variables para calcular el presupuesto, determinando materiales, calidades, costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista y una utilidad razonable. El Departamento podrá contratar tomando como única consideración los precios del mercado.*

*\* Analizar los eventuales riesgos que se produzcan con ocasión de la ejecución del contrato, con el objeto de estimar y tipificar la asignación de riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio del contrato.*

*\* Determinar el perfil o condiciones que debe acreditar el proponente, identificando claramente los criterios para valorar el ofrecimiento.*

*2. Cotizar o invitar a presentar propuestas a persona natural o jurídica que tenga el perfil para el contrato, indicando las condiciones generales y especiales del contrato a celebrar.*

*3. Obtener por lo menos una propuesta o cotización.*

*4. Verificar que la propuesta o cotización presentada cumpla con la finalidad pretendida con la contratación, observando los siguientes aspectos:*

*\* La capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización los cuales son objeto de verificación y no otorgaran puntaje.*

*\* En el evento de presentarse pluralidad de ofertas, la más favorable será la que resulte más ventajosa para el Departamento de acuerdo con los factores técnicos y económicos señalados en los Estudios y Documentos Previos.\**

Los documentos incorporados en el juicio y que dan cuenta de los procedimientos contractuales llevados a cabo en la secretaria de educación departamental, permiten concluir que la gobernación no elaboró unos adecuados estudios previos, lo que dio al traste con la correcta selección del procedimiento mediante el cual sería escogido el contratista, que en términos del numeral 1º del artículo 24 del Estatuto de Contratación Administrativa (derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, pero retomado por la misma normatividad en el numeral 1º del artículo 2º), debía efectuarse a través de licitación pública y no por convenio de interés público, como lo decidió.

Ciertamente, los estudios previos suscritos por el gobernador ABADÍA CAMPO y su secretario de educación sin fecha cierta de elaboración<sup>60</sup>, no fueron lo suficientemente serios y completos, porque: *a)* no identificaron con certeza las necesidades reales de las instituciones educativas que se pretendían satisfacer, *b)* no señalaba la modalidad de contratación, menos su justificación y en los fundamentos jurídicos se remitió a lo previsto en el artículo 355 Superior, siendo que el convenio de interés público es un tipo de contrato especial y no una modalidad, es decir, la que fija el trámite bajo el cual se adelantará el proceso contractual *c)* no identificaba los criterios que tendría en cuenta para seleccionar la oferta más favorable y, *d)* el valor a simple vista superaba la mínima

<sup>60</sup> Prueba No. 4 de la Fiscalía.

cuantía y su estimación no tuvo como soporte un verdadero estudio de precios del mercado, lo que dio lugar a sobrecostos en el valor del contrato sin justificación alguna, falencias que dejan entrever la primigenia intención de eludir el proceso licitatorio para adjudicarlo directamente a la fundación «Calimio».

Respecto del primer elemento, tal aserto surge de la observación simple del aludido acto administrativo, como de los documentos «*Metodología General para la Identificación, Preparación y Evaluación de proyectos*» y de la «*Ficha de Identificación de Proyectos de Inversión del Departamento*»<sup>61</sup>, de los cuales no es posible extraer las necesidades planteadas por los docentes y comunidades respecto de la dotación de bibliotecas y adquisición de textos. Tampoco los criterios que conforme a las necesidades expuestas se tuvieron en cuenta por parte de la Secretaría de educación departamental para seleccionar el material bibliográfico que sería destinado a las instituciones educativas favorecidas con el convenio.

Lo que ocasionó que algunos de los textos escolares recibidos no resultaran útiles al enfoque o proyecto educativo que manejaban los establecimientos beneficiarios, o que estos no contaran con la infraestructura necesaria para albergar dicho material y/o con los equipos para utilizar los Cd Rom entregados en cumplimiento al convenio, pese a que la gobernación conocía dichas circunstancias no las evaluó, por el contrario lo tramitó, situación que se corroboró con los

---

<sup>61</sup> Prueba No. 2 de la Fiscalía.

testimonios de Marino Aguirre López y Gloria Obando Zapata, rectores de las instituciones educativas “La Primavera” y Antonio Nariño, en los municipios de Bolívar y Bugalagrande, respectivamente.

Por ejemplo, Marino Aguirre López<sup>62</sup>, en un relato espontáneo narró que el enfoque de la institución en la que fungió como rector entre el año 2007 y 2013 era de tipo agropecuario, incluso, expuso que en sus comienzos por la amplitud de su terreno había sido auspiciada por la Federación Nacional de Cafeteros. Afirmó que lo recurrente no era solicitar a la gobernación el suministro de material bibliográfico sino capacitaciones para los docentes por ser más útil y algunos libros técnicos que por obvias razones debían ajustarse a la modalidad. Informó, además, que en el plantel no existía una biblioteca, no contaba con un espacio ideal y funcional el cual pudiera tenerse como tal, que por necesidad y con esa finalidad tuvo que habilitarse un salón de clases. Tampoco con una sala de informática, la que existía era incipiente y con equipos obsoletos y en pocas unidades.

Al indagársele por los textos que recibió la institución como beneficiaria del proyecto «Dotación Bibliotecas Escolares el Departamento del Valle del Cauca» y si estos se relacionaban con el enfoque agropecuario, expuso: *«recuerdo que no tenía relación, eran libros de interés general, cultura general, creo que en su momento las enciclopedias eran de pronto útiles, recuerdo más que todo libros de cultura general, atlas y así en ese*

---

<sup>62</sup> Declaración recepcionada en sesión del 2 de agosto de 2022.

*sentido...».*

También brindó detalles relevantes acerca de la entrega de los textos, al señalar que los recogió personalmente en el Colegio María Dolores Mondragón en varias cajas y en una camioneta que tenía para su servicio, pero ignoraba o desconocía si se lo habían entregado directamente las personas encargadas, puesto que el gobernador simplemente le decía *«recoja el material en tal parte y allá va y lo recoge».*

Más adelante, manifestó que en esos casos por lo general el ente territorial hace toda la contratación, la que incluye el transporte del material y se les comunica o se les reparte una circular con el listado de las instituciones en el que además se informa el funcionario responsable y quien los contacta directamente es el operador logístico, por lo que el material puede llegar directamente al centro educativo o debe recogerse en un sitio específico, aunque tiene entendido que todo debe llegar a la sede principal, pero por razones que desconoce a veces los contratistas, dependiendo las circunstancias, son los que determinan en qué lugar o dónde lo puede dejar.

En cuanto a que se le hubiese entregado un listado con los libros que se requerían para cubrir las necesidades de la comunidad estudiantil conforme el enfoque de la institución La Primavera, sostuvo: *«no, en lo absoluto no»* y al continuar con su relato afirmó *«creo que el material era igual para las instituciones».* En el contrainterrogatorio, sobre el particular, afirmó que la colección era la misma, los títulos y la cantidad, como de interés general que podían ser interesantes, no es que

no sirvieran, o que no fueran útiles para la comunidad estudiantil, sino que *«funcionalmente, de pronto no eran pues, no eran tomados, por los docentes, diría yo, específicamente»*.

Finalmente, a la pregunta del Ministerio Público acerca de haber sido indagados previamente los rectores de las instituciones sobre la necesidad de los textos conforme el enfoque de las instituciones a su cargo, señaló que de hacerlo la gobernación o quien hiciera las veces encontraría muchas diferencias y se tornaría dispendioso, pero en todo caso, indicó que es en eso que se especializan las editoriales como Santillana y Norma que para la época eran las más fuertes en ese sentido. De cara a su utilidad, sostuvo que ninguno lo era, pero de pronto por la modalidad ya no eran funcionales, lo cual no era impedimento para recibirlos.

Por su parte, Gloria Obando Zapata<sup>63</sup>, rectora de la institución educativa Antonio Nariño del municipio de Bugalagrande por espacio de 17 años, cargo que ocupaba a la fecha de ser recepcionado su testimonio, narró que para la época de los hechos la institución no contaba con un enfoque específico, porque para el año 2010 se encontraba en el proceso de lograr que la modalidad fuera la de asistencia administrativa y técnico en sistemas.

Afirmó que no contaban con salas de informática como tal, pero si con bibliotecas *«estantes»* y que anualmente pedía directamente a la secretaria de educación departamental

---

<sup>63</sup> Declaración recepcionada en sesión del 2 de agosto de 2022.

material bibliográfico concerniente a las áreas fundamentales de ciencias sociales, ciencias naturales, español y literatura, que recuerda fueron respecto de los cuales elevó la solicitud, evocó que algunos textos venían acompañados de Cds, los cuales se rotaron para ser vistos por los docentes en los pocos computadores con los que se contaba en la institución.

En cuanto a la entrega de los textos objeto del convenio enfáticamente, sostuvo: *«por medio de funcionarios de la gobernación, como siempre lo hacen, envían funcionarios a hacer la entrega respectiva a la sede central, se lo entregan al rector directamente»*, sin recordar quienes específicamente. En cuanto a si previamente había sido consultada sobre la necesidad del centro educativo para obtener dicho material, afirmó: *«no preguntaron, pero como le digo como los rectores nosotros solicitamos la necesidad que teníamos en ese entonces»*, finalizando en esos términos su intervención.

Para la Sala, los anteriores testimonios ofrecen fiabilidad, en la medida que cada uno brindó aspectos relevantes en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que les consta lo acontecido en torno al proyecto «dotación de bibliotecas» con el cual resultaron ser unas de las instituciones beneficiarias, las cuales si bien no concurren en los detalles si dejan entrever que la necesidad que se pretendía satisfacer no obedeció a un verdadero análisis.

En la descripción de la necesidad el documento estudios previos consignó que, en atención a las solicitudes efectuadas por los docentes de las instituciones y las comunidades a la

gobernación del Valle del Cauca, una de las necesidades planteadas para mejorar el desarrollo de actividades curriculares y como apoyo al mejoramiento del aprendizaje, era la *«dotación de bibliotecas, y la adquisición de textos»*, razón por la que realizar el convenio de cooperación interinstitucional permitiría la dotación de 40 bibliotecas integrales. Para ello, según lo descrito en el objeto a contratar, cada institución educativa en los 10 municipios contaba con un espacio o biblioteca.

Lo narrado por los testigos de un lado evidencia que los centros educativos, contrario a lo afirmado en los estudios previos no contaban con la infraestructura adecuada ni con los espacios necesarios para adelantar el proyecto, es decir, con las bibliotecas a las que el documento hace alusión, sin que sea posible concluir que un salón de clases o unos anaqueles o estantes cumplieran con esa finalidad; tampoco con salas de informática que facilitaran la visualización del contenido de los Cd's que hacían parte del material bibliográfico, menos con el personal capacitado para organizar, clasificar la información y atender los requerimientos de los estudiantes.

De otro, los textos escolares con los que serían dotadas las bibliotecas lejos estuvieron de tener en consideración el enfoque de cada institución. Lo que se hizo fue abastecerlas de manera general y en materias fundamentales para la enseñanza básica como lo atestiguaron los rectores y como fácilmente lo deduce la Sala de la minuta del convenio. Es que ello no podía ser de otra manera, si la administración no les indagó acerca del material bibliográfico que requerían para

fortalecer los aprendizajes de sus alumnos.

Ahora bien, el hecho de que los testigos incurran en contradicción en cuanto a la entrega de los textos escolares, por cuanto Marino Aguirre López refiere haberse desplazado a otro colegio con la finalidad de recoger las cajas contentivas de los textos, Gloria Obando Zapata es conteste en afirmar que fueron los funcionarios de la gobernación los que directamente la hicieron; lo que deja en evidencia es la improvisación con la que se actuó a la hora de ejecutar el convenio, siendo que en los términos en que se pactó, esa obligación la debía cumplir directamente en cada institución educativa, la fundación "Calimio"<sup>64</sup>.

En síntesis, en este asunto no puede predicarse que la contratación estuvo precedida de estudios serios y completos. Es un hecho cierto que la necesidad a cubrir no había sido evaluada conforme a los verdaderos requerimientos de las instituciones educativas según su enfoque o modalidad, se insiste, no contaban con la infraestructura adecuada, ni con las áreas o espacios organizados y destinados a la conservación de los textos, tampoco con el personal capacitado con el cual garantizar el acceso a la educación y el fortalecimiento de actividades curriculares conforme el plan de desarrollo departamental y el sectorial de educación 2008-2011.

Otra de las falencias que advierte la Sala en el formato de estudios previos, es que no citó a través de cuáles de las

---

<sup>64</sup> Cuarta cláusula del convenio 0110 de 2010.

modalidades de selección (licitación, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa), de conformidad con el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007<sup>65</sup>, la administración escogería al contratista; tampoco menciona como soporte el acto administrativo previo que justificaría el proceso de selección como lo ordena el parágrafo 1º *ibidem*<sup>66</sup>, menos los criterios que tendría en cuenta para la escogencia del ofrecimiento más favorable.

Lo anterior, era necesario para describir las condiciones que la persona jurídica debía cumplir en punto a demostrar la capacidad de ejecutar el contrato, tan solo mencionó la clase de contrato a celebrar: «convenio de interés público» y, se remite a los fundamentos jurídicos, esto es, al marco normativo aplicable al artículo 355 de la Carta Política, siendo que por la descripción del objeto a contratar y su valor se enmarcaba en un típico contrato de compraventa de mayor cuantía sujeto al régimen contractual previsto en la Ley 80 de 1993, por ende, al proceso de licitación pública y no a un convenio con fines públicos.

Otra irregularidad es la relacionada con el estudio previo del precio de mercado, pese a que el documento alude haberlo tenido en cuenta, la prueba incorporada al juicio lo que permite establecer es que el valor estimado del contrato no estuvo soportado en un completo análisis en el que se indicaran las

---

<sup>65</sup> Introdujo modificaciones en la Ley 80 de 1993 y dictó otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.

<sup>66</sup> La entidad deberá justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar.

variables utilizadas para calcular el presupuesto y su monto.

Dicho estudio, de acuerdo con las reglas del mercado establece lo que pueden costar «los bienes, servicios, suministros, en un lugar determinado, en un momento determinado, bajo determinadas circunstancias y conforme a las variables que el objeto del contrato impliqué, cantidades, calidad, especialidad»<sup>67</sup> y permite que la administración no pague más pero tampoco menos.

Por ello se dice que:

*(...) la determinación de los precios del mercado constituye la base para la fijación de los precios del contrato. Aquellos son el elemento objetivo para poder criticar los precios propuestos por los oferentes en los procedimientos de escogencia de los contratistas. Incluso, son la base para las negociaciones de precios cuando dicha figura se incorpore en los pliegos o términos de referencia con el fin de determinar de mutuo acuerdo el valor de las prestaciones contractuales*<sup>68</sup>.

En este asunto, la gobernación del Valle del Cauca sin mayores análisis determinó que los costos del proyecto para dotar el número de bibliotecas ascendían a la suma aproximada de \$1.072.000.000.00. Específicamente, el documento «Estudios Previos, numeral 4º "Análisis del Valor Aproximado del Convenio"», indicó:

*La Secretaria de Educación Departamental ha tenido en cuenta los precios del mercado de material bibliográfico para dotar el número de bibliotecas requerido para llevar a cabo la presente contratación, así como los costos requeridos para la ejecución del proyecto discriminados en los*

<sup>67</sup> Delitos de celebración indebida de contratos. Análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal. Jaime Orlando Santofimio G. Pág. 168.

<sup>68</sup> Ídem. Pág. 173.

**anexos 1 y 2** que hacen parte integral del presente documento.

Ciertamente, en el Plan Operativo Anual 2009 está registrado el proyecto de Dotación para el Mejoramiento Escolar, lo cual atendiendo las necesidades el Plan de Desarrollo Departamental, Ordenanza 246 de 2008, en su Objetivo Específico 2.1, en sus estrategias contempla la "ampliación y mejora de su infraestructura educativa con metas para la reducción de la deserción escolar y disminución de las tasas de analfetismo y los objetivos establecidos en el Plan Sectorial de Educación 2008-2011, se consideró la ampliación del presupuesto con una actividad adicional para la dotación de bibliotecas escolares, por valor de **\$1'000.000.000.**

En este orden de ideas comoquiera que según los estudios de mercado realizados el valor del proyecto asciende a la suma aproximada de MIL SETENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (**\$1.072.000.000**) se requiere que la persona jurídica sin ánimo de lucro con la que se firme el convenio cofinancie el proyecto en SETENTA Y DOS MILLONES DE PESOS, representados en la logística, transporte y dirección general y gastos del proyecto a desarrollar por medio de este convenio.

El convenio de cooperación a celebrarse tiene un valor aproximado de MIL SETENTA Y DOS MILLONES DE PESOS MCTE (**\$1.072.000.000**) se enmarca dentro de la normatividad anteriormente citada y por tal razón es dable para la administración Departamental la suscripción del mismo, pagadero así (...).

Del contexto anterior, pese a que el documento alude a haberse tenido en cuenta los precios del mercado, lo que advierte es que el valor aproximado del convenio se fijó tendiendo en consideración los costos requeridos para la ejecución del proyecto, anexos 1 y 2 -soportes que no se especifican- mas no con un análisis que determinará, de acuerdo con las reglas del mercado, el valor de los bienes objeto del convenio al momento de la tramitación del negocio jurídico con miras al pago de un precio justo<sup>69</sup>, el que en todo caso no corresponda a sobrecostos ni a precios artificialmente bajos.

<sup>69</sup> CSJ SP1138 6 de abr 2022, Rad. 59738.

Se itera, la práctica probatoria demostró que el valor estimado del contrato como lo exigía el numeral 4º del artículo 3º del Decreto 2474 de 2008<sup>70</sup> y el manual de contratación de la entidad, no estuvo soportado en un completo análisis, máxime, si como lo sostiene el mismo documento de estudios previos, se consideró ampliarlo «con una actividad adicional para dotación de bibliotecas»; más allá de los posibles costos que bien puede deducirse, se sustentaron en las cotizaciones de precios presentadas por dos empresas y una fundación.

Esas empresas fueron: Grupo Editorial Pacífico, Ediciones y Dotaciones Viejo Caldas y la Fundación Enlace Colombia, las que en el mismo día, esto es, el 15 de enero de 2010, presentaron sus propuestas consistentes en la cotización de una serie de textos escolares previamente seleccionados por la secretaria de educación<sup>71</sup> en idénticas circunstancias y en un valor promedio a los \$1.000.000.000.00<sup>72</sup>, que es justo el monto del presupuesto con el que la gobernación del departamento del Valle del Cauca haría su aporte.

Dichas propuestas sirvieron de fachada para disfrazar el

---

<sup>70</sup> Reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictaron otras disposiciones.

Artículo 3º. *Estudios y documentos previos.* (...)

4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.

<sup>71</sup> Estipulación probatoria No. 5.

<sup>72</sup> Ediciones y Dotaciones Viejo Caldas por \$1'030.000.000; Fundación Enlace Colombia por \$1'000.000.000 y Grupo Editorial Pacífico por \$1'000.000.000.00 (Estipulación Probatoria No. 5).

propósito de la administración de aparentar actividades de planeación y el cumplimiento del deber legal que le asistía, pues evidente es que el monto del convenio no podía tener como base solamente las cotizaciones efectuadas, es que ni siquiera de la descripción del acápite «*análisis del valor aproximado*», fue posible extraer qué otros criterios se tuvieron en cuenta con miras a fijar el presupuesto de la contratación, ni el de la suma a cofinanciar. Tampoco se verificó si existía alguna regulación vigente en el mercado dentro de la cual se encontrara los bienes y servicios objeto de la contratación, dicha falencia conlleva a los sobrecostos, conforme se verá más adelante, al analizarse el delito de peculado por apropiación a favor de terceros.

Para reforzar lo dicho, debe tenerse en cuenta que Ediciones y Dotaciones Viejo Caldas fue una empresa de papel que se creó con la única finalidad de presentar una de las propuestas, así lo dejó entrever el testimonio que rindió Esneyder García Zuasa<sup>73</sup>, en cuyo relato aduce que se abrió a su nombre en el año 2010, por petición que le hiciera para entonces su jefe, José Antonio Rodríguez Molina, a lo que él accedió.

En resumen, el testigo afirmó en cuanto a su grado de instrucción, ser una persona con estudios en primaria, que accedió a abrir la aludida empresa porque así se lo pidió José Antonio Rodríguez, con quien laboró en la Librería Sendas de Cristo, entre los años 2005 y 2010 realizando labores de acompañamiento dirigidas a vender libros en diferentes

---

<sup>73</sup> Declaración recepcionada en la sesión de audiencia de juicio oral del 10 de diciembre de 2020.

municipios. Empresa en la que no tuvo ningún tipo de participación, de la que no conocía la actividad y con la que no adelantó proceso alguno con el Estado.

Además, su relato brindó detalles acerca de la persona encargada de manejarla, mencionando a Hernán Granada quien elaboraba las propuestas, los listados de lo que se pedía y las facturas, que no es otro que Álvaro Hernán Granados Gutiérrez, representante legal de Grupo Editorial del Pacífico, que también presentó la cotización de los textos escolares y, que a la vez era yerno de José Antonio Rodríguez Molina.

Si bien, el apellido Granada difiere del Granados, como se consignó en las estipulaciones 4º y 5º, mediante las cuales se aceptaron como hechos probados la representación legal y la presentación de las propuestas por parte de las aludidas empresas, no lo es menos que el registro civil de matrimonio No. 1992331 del 13 de marzo de 2002<sup>74</sup> y el de nacimiento No. 6624032 del 12 de mayo de 1982<sup>75</sup>, demuestran no solo que el apellido es Granada, sino que su cónyuge es Carolina Rodríguez Ospina, hija de Rodríguez Molina.

También adujo bajo la gravedad del juramento que el último de los mencionados tenía relación con el entonces gobernador JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, pues «ellos *hablaban*» y lo había visto una vez en la casa de su jefe, cuando estuvo en campaña como candidato a la gobernación del departamento de Valle del Cauca. Aspecto que la defensa en

<sup>74</sup> Prueba No. 10 de la Fiscalía.

<sup>75</sup> Prueba No. 11 de la Fiscalía.

uso del contrainterrogatorio y en los alegatos, no controvertió.

Finalmente, fue enfático en responder que no presentó a la gobernación propuesta a nombre de la Editorial y Dotaciones Viejo Caldas. Sobre el particular, oportuno resulta precisar que la Fiscalía dentro de las pruebas que pretendía hacer valer en juicio se encontraba el informe de Investigador de Laboratorio de octubre 20 de 2011, suscrito por el perito grafólogo Digno Américo Mosquera Ortiz, con el cual demostraría que la firma plasmada por Esneyder García Suaza en la cotización presentada por la aludida empresa para el proyecto dotación de bibliotecas era falsa y, que el convenio interadministrativo había sido manipulado y direccionado por el acusado y los representantes legales de las empresas con las que se subcontrató<sup>76</sup>, pero en el desarrollo del juicio oral no lo incorporó.

Bien, de cara a esta declaración la Sala considera que su dicho resulta suficiente para demostrar que su nombre fue utilizado para ostentar la representación legal de Ediciones y Dotaciones Viejo Caldas, al arbitrio de José Antonio Rodríguez Molina, con quien el aforado tenía relación y al que finalmente terminó por favorecer con la celebración del convenio.

No puede pasarse por alto que la tercera empresa, esto es, la Fundación Enlace Colombia, dentro de su objeto social no contemplaba como actividad la dotación de bibliotecas, así lo comprueba el certificado de existencia y representación de

---

<sup>76</sup> Ver Auto AEP010 del 17 de feb. de 2020 Folio 70 cuaderno No. 2.

entidades privadas sin ánimo de lucro expedido por la Cámara de Comercio de Cali<sup>77</sup>, pero más que eso lo que resulta de interés y resalta la Sala, es que para el 29 de enero de 2010, cuando Luz Delly Martínez Collazos, representante legal de la Fundación Calimío y el gobernador JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, suscribían el convenio de cooperación de interés público 0110, aquella hacia parte de la junta directiva como tesorera de la citada entidad, es decir, de la entidad que presentó una de las cotizaciones que la gobernación tuvo en cuenta para fijar el monto del presupuesto de la contratación.

A lo anterior se suma, que carecen de visto bueno, pues no obra registro alguno en su contenido que permita establecer que antes de la suscripción hubieran sido revisados por el equipo de abogados adscrito a la Secretaría de Educación, dependencia líder del proceso de contratación, siendo que en los términos en los que lo relató el secretario jurídico, Raimundo Tello Benítez, *«cada despacho tenía su propio equipo para desarrollar los procesos contractuales y cuando le habló de su propio equipo tenía su grupo de abogados que eran los que hacían la revisión pertinente»*<sup>78</sup> más adelante, afirmó: *«por ejemplo, los estudios previos los subía a donde el gobernador previa revisión de su equipo jurídico»*.

Lo anterior ratifica que la gobernación bajo el mandato de ABADÍA CAMPO no hizo el mayor esfuerzo para realizar unos adecuados estudios previos, incluso, se desconoce la fecha

<sup>77</sup> Prueba No. 8 de la Fiscalía.

<sup>78</sup> Declaración recepcionada en la sesión de audiencia de juicio oral del 2 de agosto de 2022.

cierta en la que el documento se elaboró, lo que lleva a inferir que en realidad esa obligación no se cumplió con antelación al proceso de selección del contratista y que todo ello se edificó para dar visos de legalidad a un proceso contractual con el cual fuera posible que terceros obtuvieran un beneficio.

4.1.5.2. Ahora bien, los elementos materiales probatorios incorporados al juicio oral demostraron que lo celebrado por el entonces gobernador JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO y la fundación «Calimio», representada por Luz Delly Martinez Collazos reunía las características de un contrato bilateral y conmutativo.

En efecto, del contenido del convenio de cooperación de interés público 0110 de 29 de enero de 2010<sup>79</sup>, se extrae que lo contratado tenía por objeto dar cumplimiento al «*plan de desarrollo proceso de fortalecimiento organizativo*» a través del proyecto: «*Dotación para el mejoramiento escolar ambientes de aprendizaje*», en ese orden «*Aunar esfuerzos para la ejecución del proyecto DOTACIÓN BIBLIOTECAS ESCOLARES EN EL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA*» consistente en la dotación con material bibliográfico de 40 bibliotecas escolares ubicadas en los siguientes municipios e instituciones educativas públicas:

MUNICIPIO	INSTITUCIÓN EDUCATIVA
Andalucía	Eleazar Libreros Salamanca, Agrícola Campoalegre
Bugalagrande	Mariano González, Diego Rengifo Salazar, Antonio Nariño, Ceilan
Riofrio	Primitivo Crespo, Camilo Torres, Hernando Llorente Arroyo, Nemecio Rodríguez Escobar, Alfredo Garrido Tobar

<sup>79</sup> Prueba No. 6 de la Fiscalía.

Trujillo	Julián Trujillo, Sagrado Corazón de Jesús, Antonio José de Sucre, Cristobal Colón, San Isidro, Manuel María Mallarino
Bolívar	Manuel Dolores Mondagrón, La Tulia, Naranjal, Betania, Primavera, Rodrigo Lloreda
San Pedro	José Antonio Aguilera, Julio Caicedo Tellez, Miguel Antonio Caro
Yocoto	Alfonso Zawadzcy, Gabriela Mistral, San Juan Bosco
Vijes	Antonio José de Sucre, Veinte de Julio, Mariano Ospina Pérez, Jorge Robledo
La Victoria	Manuel Antonio Borilla, Santa Teresita, Nuestra Señora de la Paz, San José
Toro	Fray José Joaquín Escobar, Agrícola Nuestra Señora de Fátima, Nuestra Señora de la Consolación.

Más adelante, el documento evidencia que dentro de las obligaciones de la fundación, entre otras, estaba la de «efectuar la ejecución del Proyecto de adquisición y dotación de las bibliotecas» objeto del mismo, así como la de «destinar de manera específica los recursos aportados por el Departamento», aportar los \$72.000.000.00 para la ejecución del convenio, y a entregar a las instituciones beneficiarias el material bibliográfico. Mientras que las del ente territorial se limitaban a cancelar el valor del aporte correspondiente a «mil ochocientos millones de pesos (sic)»<sup>80</sup>, a suministrarle la información -sin especificarse cual- para su correcta ejecución, a la designación de un interventor y, a promover la veeduría social del convenio.

En cuanto al valor y forma de pago se fijó en \$1.072.000.000.00, de los cuales el departamento aportaría \$1.000.000.000.00, y la Fundación Calimio la suma de \$72.000.000.00 representados en logística, transporte, dirección general y gastos generales del proyecto a desarrollar.

<sup>80</sup> Así se encuentra consignado en la minuta del convenio, incorporada al juicio como Prueba No. 6 de la Fiscalía.

Bajo ese panorama no cabe duda que el convenio se contrajo a la adquisición del material bibliográfico con el cual serían dotadas las 40 bibliotecas públicas en los aludidos municipios, actividad que se asignó exclusivamente a la organización privada, para que de forma autónoma ejecutara el proyecto, entregara directamente los insumos a las diferentes instituciones educativas e informara al departamento del Valle del Cauca su avance, por lo que fácil resulta concluir que las partes, gobernación y fundación «Calimío», no acordaron la ejecución conjunta de ninguna actividad. Por el contrario, solo esta última se encargó de proporcionar los bienes para alcanzar el objeto pactado, los que obtuvo a través de otro particular como se verá más adelante, por medio de un contrato de suministro.

En ese contexto, lo acordado fue una relación conmutativa en la que los aportes entregados por cada uno de los participantes en las cuantías señaladas no tenían la finalidad de alcanzar un propósito común, en realidad lo que constituyeron fue un intercambio de bienes y servicios, cuya adquisición bien podía desarrollarse a través de una contratación en condiciones normales, la contraprestación directa allí contenida lo excluía del ámbito de aplicación del Decreto 777 de 1992<sup>81</sup> reglamentario de los contratos a los que se refiere el inciso 2º del artículo 355 Superior.

---

<sup>81</sup> **Artículo 2º.** 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.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que en los contratos como en el que la Sala centra su atención, no es posible pactar una relación de ese tipo:

*Ya que no son conmutativos, en tanto que, por la finalidad que persiguen, no puede darse un intercambio o venta de bienes o servicios, sino un convenio en el que los contratantes se dedican a colaborar en el cumplimiento de sus misiones, lo que se permite si coinciden en el objeto social del privado que actúe sin ánimo de lucro y la actividad que el Estado quiere impulsar<sup>82</sup>.*

Por su parte, el artículo 1498 del Código Civil señala 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 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>83</sup>

De manera que, la imposibilidad de la relación sinalagmática o bilateral está dada por el ánimo que inspira a las partes, en la medida que comparten una finalidad altruista, puesto que la entidad privada *«contrata sin pretender obtener una remuneración por la actividad de interés público que desarrolla y la entidad estatal participa para apoyarlo en ese fin, pero nunca para retribuirle, pagarle o remunerarle por la*

<sup>82</sup> Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 3 de abril de 2020, Rad. 2000123310002009007001 (46963).

<sup>83</sup> CC C-892 de 2001.

*ejecución de esta»<sup>84</sup>.*

Bajo esa lógica, cuando el Estado busca la adquisición de bienes y servicios para programas o actividades de interés general, se está en presencia de la excepción contemplada en el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, por lo que en caso de que los llegue a necesitar está en la obligación de contratar en condiciones normales, esto es, bajo el Estatuto General de la Contratación y sus reformas.

Tampoco puede pasarse por alto que los \$72.000.000.00 que la fundación «Calimío» aportaría en logística, transporte, dirección general y gastos generales según lo pactado, son costos típicos de un contrato de compraventa y hacen parte del precio de la cosa objeto del contrato a entregar como una obligación del vendedor; compromiso que a la larga asumió Ediciones Alfa & Omega y La Clave del Saber, en virtud del contrato de suministro (Prueba No. 11 de la Fiscalía) con quien la entidad sin ánimo de lucro subcontrató por \$1.000.000.000.00, por lo que la Sala concluye que tal aporte tan solo fue una fachada más para hacerlo parecer como un convenio de cooperación legal.

Pese a estar incurso en dicha prohibición ya que la relación entre las partes se enmarcaba en un contrato conmutativo en la que concurrían actividades propias de la compraventa, la administración representada por el entonces

---

<sup>84</sup> Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 3 de abril de 2020, Rad. 2000123310002009007001 (46963).

gobernador ABADÍA CAMPO, tramitó y celebró el aludido convenio dándosele apariencia de interés público, siendo que por las características del objeto, las circunstancias de la contratación, la cuantía y la destinación del bien, obra o servicio, lo apropiado era adelantarlos a través del proceso regulado en la Ley 80 de 1993, comprometiendo el *principio de legalidad* amparado en el artículo 209 de la Carta Política.

En las anotadas condiciones, refulge evidente que la decisión de acudir a la figura del convenio se erigió en la intención de obviar el proceso licitatorio y con ello favorecer a terceros, pues por el valor de lo pactado, esto es, por los \$1.072.000.000.00, incluso, con solo el aporte de la gobernación equivalente a los \$1.000.000.000.00, según lo previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993<sup>85</sup>, para la selección del contratista lo procedente era la licitación pública y no el convenio de cooperación contemplado en el artículo 355 de la Carta Política.

4.1.5.3. En punto a la cuantía, el oficio No. 050-279009 del 10 de mayo de 2017, expedido por la gobernación del Valle del Cauca -Departamento Administrativo de Hacienda y Finanzas Públicas-<sup>86</sup>, demostró que el presupuesto inicial de ingresos y gastos del departamento del Valle del Cauca correspondiente a la vigencia fiscal 2010, ascendía a la suma de \$1.374.450.542.476 y que el salario mínimo mensual para

---

<sup>85</sup> De acuerdo con esta normatividad, para el cabal cumplimiento del principio de transparencia la contratación debe desarrollarse mediante el mecanismo de la licitación pública o el concurso, salvo que, entre otros factores, se trate de un asunto de menor cuantía, caso en el cual se puede contratar directamente.

<sup>86</sup> Prueba No. 7 de la Fiscalía.

ese año había sido fijado en la suma \$515.000.00 (Resolución 5053 de 30 de diciembre de 2009), por lo que, en lo relacionado con los límites de la contratación fijados para la administración del aforado, la menor cuantía correspondía hasta el valor de \$515.000.000.00 y, la mínima hasta \$51.500.000.00.

Bajo esa premisa, lo aportado por la gobernación que ascendía a los \$1.000.000.000.00 excedía la menor cuantía, razón por la cual no era jurídicamente viable la contratación por vía del convenio de cooperación, lo ordenado al departamento del Valle del Cauca era adelantar la licitación pública al tenor de los artículos 24 y 30 de la Ley 80 de 1993, formular públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades los interesados presentaran sus ofertas y seleccionara entre estas la más favorable para la entidad y el interés público.

Empero, el gobernador ABADÍA CAMPO pese a que se configuraba la excepción contemplada en el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, porque lo contratado en el convenio implicaba una contraprestación directa, lo celebró sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales, siendo que por las características del objeto, las circunstancias de la contratación, la cuantía y la destinación del bien, obra o servicio, itera la Sala, lo obligado era adelantarlos a través del proceso licitatorio regulado en la Ley 80 de 1993. Dicha desatención permite colegir sin duda que se utilizó para eludirlo y con ello favorecer a terceros, transgrediendo de esa

forma los principios de legalidad<sup>87</sup> (artículos 6º, 121 y 122 de la Carta Política) y transparencia<sup>88</sup> (artículo 24 de la Ley 80 de 1993<sup>89</sup>).

4.1.6. Dilucidado en este asunto que el procedimiento a seguir era el de la licitación pública y no el convenio consagrado en el artículo 355 Superior, es necesario verificar cuáles eran las etapas previstas por la ley bajo las cuales se debió tramitar la fase precontractual.

El artículo 30 de la Ley 80 de 1993, establece la estructura de los procedimientos de selección del contratista, mediante la determinación de reglas y etapas a las cuales debe someterse el mismo, condicionadas a un régimen de publicidad tendiente a dotar de total transparencia los procesos contractuales. Esta disposición prevé las reglas relativas a la apertura de la licitación o concurso, a la divulgación de los actos y demás procedimientos reglados de selección, al plazo de la licitación o concurso dentro del cual deben presentarse las propuestas y a los procesos internos que debe desarrollar la administración para la evaluación, adjudicación y firma del contrato.

Como lo señala la norma, la licitación pública es un procedimiento de formación del contrato que tiene por objeto la

---

<sup>87</sup> Según el cual, los servidores públicos solo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

<sup>88</sup> En el sentido de disponer que la escogencia del contratista para la celebración de contratos con entidades estatales se efectuará siempre a través de licitación o concursos públicos, excepto en los casos en que por determinadas condiciones especiales que ameriten cierta rapidez o especificidad para satisfacer las necesidades de las mismas, se requiere acudir a formas de contratación directa.

<sup>89</sup> No. 8 Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, que se persiguen con la contratación estatal, «Consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación)».<sup>90</sup>

Las reglas a las que se refiere la norma en cita aluden a la facultad del jefe o representante legal de la entidad estatal, para ordenar la apertura del proceso de contratación mediante el acto administrativo de apertura, precedido de estudios de conveniencia y oportunidad que justifiquen la contratación y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones; de los respectivos pliegos de condiciones que determinen claramente el objeto de la contratación, los términos en que esta se llevará a cabo, los derechos y obligaciones de las partes, y la forma en que se hará la selección del contratista con indicación de los respectivos criterios o factores de evaluación.

También dispone acerca de los actos decisorios que se expiden durante el procedimiento de la licitación y sobre aquellos de trámite que se requieren para darle impulso, la oportunidad para hacerlo, las diligencias, actuaciones o audiencias que deben cumplirse durante su desarrollo, los términos dentro de los cuales los interesados deben presentar las propuestas y los requisitos que las mismas deben cumplir,

---

<sup>90</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, 19 jul. 2001, Rad. 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037).

el plazo para la evaluación de las ofertas, las formalidades y efectos del acto de adjudicación, así como su publicidad, entre muchos aspectos de importancia.

En el asunto de interés, la valoración en conjunto del caudal probatorio frente a las reglas de la sana crítica, especialmente de los documentos que hicieron parte del expediente administrativo, transmiten a la Sala la certeza que el exgobernador ABADÍA CAMPO celebró el contrato 0110 de 2010, sin constatar que en su trámite se hubiese cumplido con los requisitos legales esenciales.

En efecto, no existe acto administrativo de apertura, los análisis de conveniencia como se explicó precedentemente no fueron suficientemente serios ni completos; y los pliegos de condiciones brillaron por su ausencia, lo que significa que el proceso licitatorio de selección del contratista para la dotación de las bibliotecas públicas en los 10 municipios del departamento del Valle del Cauca no tuvo una perspectiva jurídica, técnica y económica, pese a ser de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista, puesto que forman parte esencial del contrato desde la etapa precontractual, en la de ejecución y en su fase final.

Además, desatendió la responsabilidad de publicar el procedimiento y actos del proceso de contratación en el sistema electrónico para la contratación pública (SECOP), a través del portal único de contratación como lo ordenaba el artículo 8° del Decreto 2474 de 2008, cuyo texto normativo tenía previsto que:

*La entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva.*

*La publicidad a que se refiere este artículo se hará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) a través del Portal único de Contratación, cuyo sitio web será indicado por su administrador. Con base en lo anterior, se publicarán, entre otros, los siguientes documentos e información, según corresponda a cada modalidad de selección:*

*1. El aviso de la convocatoria pública, incluido el de convocatoria para la presentación de manifestaciones de interés cuando se trate de la aplicación de los procedimientos de precalificación para el concurso de méritos.*

*2. El proyecto de pliego de condiciones y la indicación del lugar físico o electrónico en que se podrán consultar los estudios y documentos previos.*

*3. Las observaciones y sugerencias al proyecto a que se refiere el numeral anterior, y el documento que contenga las apreciaciones de la entidad sobre las observaciones presentadas.*

*4. La lista corta o la lista multiusos del concurso de méritos.*

*5. El acto administrativo general que dispone la apertura del proceso de selección, para el cual no será necesaria ninguna otra publicación.*

*6. La invitación a ofertar que se formule a los integrantes de la lista corta o multiusos del concurso de méritos.*

*7. El pliego de condiciones definitivo y la constancia de envío de información a la Cámara de Comercio para la licitación pública.*

*8. El acta de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones y en general las aclaraciones que se presenten durante el proceso de selección y las respuestas a las mismas.*

*9. El acta de la audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsibles.*

*10. El acto administrativo de suspensión del proceso.*

*11. El acto de revocatoria del acto administrativo de apertura.*

*12. Las adendas a los pliegos de condiciones.*

13. *El informe de evaluación a que se refiere el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, así como el de evaluación del concurso de méritos a que se refiere el artículo 69 del presente decreto.*

14. *El informe de verificación de los requisitos habilitantes para acceder a la subasta inversa en la selección abreviada de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización; y la que corresponde en la conformación dinámica de la oferta a la que se refiere en artículo 14 del presente decreto.*

15. *El acto administrativo de adjudicación del contrato. En los casos de licitación pública, también el acta de la audiencia pública de adjudicación.*

16. *El acto de declaratoria de desierta de los procesos de selección.*

17. *El contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta.*

18. *El acta de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral.*

Como tampoco lo hizo respecto del aviso de convocatoria pública a veedurías ciudadanas como lo prevé el artículo 66 de la Ley 80 de 1993<sup>91</sup>, en el sentido que todo contrato que celebren las entidades estatales debe estar sujeto al control y vigilancia del ciudadano.

---

<sup>91</sup> De la Participación Comunitaria. Todo contrato que celebren las entidades estatales, estará sujeto a la vigilancia y control ciudadano.

Las asociaciones cívicas comunitarias de profesionales, benéficas o de utilidad común, podrán denunciar ante las autoridades competentes las actuaciones, hechos u omisiones de los servidores públicos o de los particulares, que constituyan delitos, contravenciones, o faltas en materia de contratación estatal.

Las autoridades brindarán especial apoyo y colaboración a las personas y asociaciones que emprendan campañas de control y vigilancia de la gestión pública contractual y oportunamente suministrarán la documentación o información que requieran para el cumplimiento de tales tareas.

El Gobierno Nacional y los de las Entidades territoriales establecerán sistemas y mecanismos de estímulo de la vigilancia y control comunitario en la actividad contractual orientados a recompensar dichas labores.

Las entidades estatales podrán contratar con las asociaciones de profesionales y gremiales y con las universidades y centros especializados de investigación, el estudio y análisis de las gestiones contractuales realizadas.

Estos organismos de control ciudadano, se encuentran reglamentados en la Ley 850 de 2003, así:

*Artículo 1° Definición. Se entiende por Veeduría Ciudadana el mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades, administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público.*

*Dicha vigilancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 270 de la Constitución Política y el artículo 100 de la Ley 134 de 1994, se ejercerá en aquellos ámbitos, aspectos y niveles en los que en forma total o parcial, se empleen los recursos públicos, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley.*

*Los representantes legales de las entidades públicas o privadas encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público deberán por iniciativa propia, u obligatoriamente a solicitud de un ciudadano o de una organización civil informar a los ciudadanos y a las organizaciones civiles a través de un medio de amplia difusión en el respectivo nivel territorial, para que ejerza la vigilancia correspondiente.* Resaltado fuera de texto.

Así lo certificó Clara Eugenia Valencia Guerrero, subsecretaria administración de recursos de la Secretaría de educación departamental<sup>92</sup>:

*“1. En la página del SECOP o portal de contratación NO se publicó la invitación a los interesados a participar en el proyecto de Dotación de Bibliotecas Escolares en el Departamento del Valle del Cauca, celebrado entre la Gobernación del Valle del Cauca y la Fundación Calimío, para el periodo 2010.*

*2. En los archivos de la contratación reposa el aviso de convocatoria a Veedurías Ciudadanas, pero verificando en el sistema no aparece*

<sup>92</sup> Prueba No 5 de la Fiscalía.

*publicado. (...)*

A propósito del documento «*aviso de convocatoria a veedurías ciudadanas No. 01 de 2010*» para el seguimiento, vigilancia y fiscalización de la gestión pública del convenio de interés público, suscrito por el secretario de educación Eiber Gustavo Navarro Piedrahita<sup>93</sup>, no puede pasarse por alto, que al igual que los estudios previos, no registra fecha cierta de elaboración, el hecho de que se hallara en los archivos de la gobernación pero que no se publicara, no puede ser producto de la casualidad sino del capricho de la administración para no adelantar un verdadero proceso de selección objetiva.

De otra parte, las cotizaciones que Ediciones y Dotaciones Viejo Caldas, Fundación Enlace Colombia y Grupo Editorial del Pacífico<sup>94</sup> presentaron en el trámite precontractual, no hicieron parte de alguna propuesta (técnica o económica) que en virtud de unos pliegos de condiciones el departamento hubiera elaborado para el proceso de selección del contratista, sino que sirvieron de base para fijar en los estudios previos el valor estimado del contrato, empresas que como se explicó en precedencia hicieron parte del montaje con el cual la administración pretendió darle apariencia de legalidad al proceso contractual, cuando irrefutable es que la fundación «Calimío», ya había sido seleccionada de antemano.

Como puede verse la administración del entonces gobernador ABADÍA CAMPO, burló los requisitos esenciales

<sup>93</sup> Prueba No. 5 de la Fiscalía.

<sup>94</sup> Estipulación probatoria No. 5.

que integran la licitación pública.

4.1.7. Incluso si, hipotéticamente, la modalidad escogida por el acusado ABADÍA CAMPO para tramitar y celebrar el convenio de cooperación de interés público 0110 el 29 de enero de 2010 hubiese sido la acertada, los requisitos esenciales dispuestos en el Decreto 777 de 1992, modificado por el 1403 de 1992<sup>95</sup> -actualmente derogado por el Decreto 92 de 2017-, que reglamentó la celebración de los contratos a que se refiere el inciso 2º del artículo 355 Superior, tampoco se cumplieron. Veamos:

El *primer* presupuesto que se inobservó hace referencia a la naturaleza jurídica del contratista, en el entendido que la fundación «Calimío», no acreditaba la reconocida idoneidad, entendida como *«la experiencia con resultados satisfactorios que acrediten la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato»*<sup>96</sup>, ya que para cumplir el objeto convenido terminó

---

<sup>95</sup> Artículo 1º.- Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983. *Los Contratos cuya cuantía sea igual o superior a cien salarios mínimos mensuales deberán publicarse en el Diario Oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial. Adicionalmente, aquellos que celebren la Nación y los establecimientos públicos del orden nacional cuya cuantía sea igual o superior a cinco mil salarios mínimos mensuales deberán someterse a la aprobación del Consejo de Ministros.* Modificado Decreto Nacional 1403 de 1992. Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acrediten la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La autoridad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado. Modificado Decreto Nacional 1403 de 1992.

<sup>96</sup> Inciso 3º del artículo 1º del Decreto 777 de 1992, modificado por el Decreto 1403 de 1992.

por subcontratar a otro particular que se encargaría, a través de un contrato de suministro de obtener y entregar a las diferentes instituciones educativas el material bibliográfico.

El *segundo*, en lo que tiene que ver con el objeto o materia, circunscrita a impulsar programas y actividades de interés público de contenido eminentemente social acordes con el plan de desarrollo correspondiente, conforme al ámbito de aplicación del artículo 355, en tratándose de una compraventa lejos estaba de tal cometido.

Para desvirtuar la acusación respecto de las advertidas irregularidades, la defensa incorporó al juicio el concepto jurídico que en la misma fecha de suscripción del convenio (29 de enero de 2010) rindió Raimundo Antonio Tello Benitez, secretario jurídico departamental<sup>97</sup>, con el que pretendió demostrar que la fundación «Calimio», conforme el certificado de idoneidad expedido por Eiber Gustavo Navarro, secretario de educación-dependencia de la cual provenía el proceso contractual, sí contaba con la capacidad técnica y administrativa para realizar el objeto del convenio.

Sin embargo, es el mismo documento público el que permite dilucidar, contrario a lo expuesto en precedencia, que la entidad privada sin ánimo de lucro no contaba con la experiencia, con resultados satisfactorios que acreditaran la capacidad técnica y administrativa para suscribir el convenio de interés público 0110 de 2010, en tanto, el acápite «De la

---

<sup>97</sup> Prueba de la defensa No. 8.

*naturaleza jurídica y de la capacidad contractual de la Fundación Calimío» describe, lo siguiente:*

*La Fundación Calimío, es una persona jurídica de derecho privado, sin ánimo de lucro, registrada en la Cámara de Comercio de Cali constituida por documento privado inscrita bajo el número 1662 de 18 de junio de 2001, libro I.*

**DE LAS ACTIVIDADES QUE PUEDE DESARROLLAR LA FUNDACIÓN CALIMIO EN CUMPLIMIENTO DE SU OBJETO SOCIAL:**

*El objetivo general de la Fundación Calimío según Art. 9 de sus estatutos es el de: contribuir con el mejoramiento de la calidad de vida a través de la planeación, promoción, financiación, asesoramiento y ejecución de programas y proyectos de interés social a nivel de educación por medio de entidades públicas y aprobadas por el ICFES, y o el Ministerio de Educación... Y todo lo que represente el desarrollo positivo del bienestar comunitario, dirigido a niños, jóvenes, adultos, adultos mayores etc..*

*El objeto específico de la Fundación Calimío según el Art. 10 de sus estatutos es el de: (...) dotación de materiales de acuerdo a las conveniencias donde se requerían a nivel de educación en entes debidamente reglamentados y aprobados por el Gobierno... en asocio con entes públicos.*

*En cumplimiento de sus objetivos y para el logro de sus fines, la fundación puede establecer convenios con instituciones o empresas, dar y recibir dinero, dar y recibir donaciones, abrir y manejar cuentas corrientes....., aceptar y constituir garantías, realizar todos los actos necesarios para el funcionamiento de la fundación.*

Objeto social que difiere del descrito en la minuta de convenio 0110 de 2010<sup>98</sup>, en la que se consignó que la entidad contaba con *«capacidad para desarrollar planes, programas, obras y proyectos y en general actividades de interés público que beneficien a la comunidad en el desarrollo social, cultural, deportivo, ambiental y todo lo necesario para contribuir al*

<sup>98</sup> Prueba de la Fiscalía No. 6.

*mejoramiento de la calidad de vida»; además, estar compuesta por un grupo interdisciplinario de profesionales altamente calificados con amplia y reconocida experiencia.*

Como puede advertirse, la fundación «Calimio» dentro de sus cometidos sociales no contemplaba el cumplimiento de proyectos como el de las bibliotecas escolares públicas, sin que pueda tenerse como tal la «dotación de materiales», ya que no era una editorial, ni una imprenta, tampoco contaba con la capacidad de elaborar y/o abastecer los textos escolares relacionados en el parágrafo I del objeto del convenio, menos en acondicionar lugares para su funcionamiento; pese a tal falencia la administración certificó su idoneidad, viabilizó la celebración del convenio de interés público y se lo adjudicó sin mayor inconveniente, a través del convenio.

La referida falta de idoneidad se ratificó cuando Luz Delly Martínez Collazos, representante legal de la fundación «Calimio», para cumplir lo pactado en el convenio un mes después suscribió con Luz Piedad Hurtado Cardona de Ediciones Alfa y Omega el contrato de suministro<sup>99</sup>, cuyo objeto no era otro distinto al de *«suministrar los elementos cuya calidad, cantidad y precio se detallan en la propuesta presentada por el contratista para la dotación de material bibliográfico en 10 municipios del Departamento del Valle del Cauca»*, como lo advierte la cláusula primera de la minuta incorporada y, en cuyo parágrafo se describe los textos escolares a suministrar:

---

<sup>99</sup> Prueba No. 11 de la Fiscalía.

ITEM	CUBS	CANT	OBRA	VOL.	PRECIO	TOTAL
1	153.1.1	40	5000 RESPUESTAS PARA APROBAR	6 VOL.	308.000	12,320.000
2	153.1.1	40	APRENDO CADA DIA CON PLAZA SESAMO	3 VOL.	264.000	10,560.000
3	153.1.1	40	APRENDO CON JESUS	2 VOL. 6CD-ROM 1 DVD 1 CD AUDIO	374.000	14,960.000
4	153.1.1	40	APRENDE INGLES CON MARIA PASCUAL	5 VOL. 2 VIDEOS. 2 CD ROM 2 COMP DISC 2 JUEGOS	583.000	23,320.000
5	153.1.2 1	40	ATLAS GEOGRAFICO DE COLOMBIA Y UNIVERSAL	1 VOL.	308.000	12,320.000
6	153.1.1	40	ATLAS UNIVERSAL DE FILOSOFIA	1 VOL.	396.000	15,840.000
7	153.1.1	40	ATLAS VISUAL DE LAS CIENCIAS NATURALES		307.000	12,280.000
8	153.1.1 7	40	BIBLIOTECA DIDACTICA LAROUSSE	8 VOL.	240.000	9,600.000
9	153.1.1 7	40	BIBLIOTECA PRACTICA LAROUSSE	7 VOL.	145.000	5,800.000
10	153.1.1	40	BOLIVAR DIA A DIA	3 VOL.	462.000	18,480.000
11	153.1.2	40	COMO EDUCAR ADEMÁS DE ENSEÑAR	1 VOL. 1 CD ROM	275.000	11,000.000
12	153.1.1 7	40	COMO ESTIMULAR EL APRENDIZAJE	1 VOL. 1 CD ROM	209.000	8,360.00
13	153.1.1 7	40	CREATIVIDAD Y VALORES	2 VOL. 2 CD ROM	264.000	10,560.000
14	153.1.1	40	CUENTOS INFANTILES (ACTIVIDADES)	1 VOL. 2 COMP. DISC	176.000	7,040.000
15	153.1.1	40	CUENTOS MÁGICOS DISNEY	3 VOL. 3 COMPACT DISC	230.000	9,200.000
16	153.1.1	40	DESCUBRIR CÓMO ES - COMO FUNCIONA	2 VOL. 1 CD ROM	264.000	10,560.000
17	153.1.1 7	40	DICCIONARIO DE LITERATURA UNIVERSAL	1 VOL. 1 CD ROM	462.000	18,480.000
18	153.1.3	40	DICCIONARIO ILUSTRADO DE LAS CIENCIAS Y LA TECNOLOGÍA	1 VOL. 1 CD ROM	385.000	15,400.000
19	153.1.1	40	DICCIONARIO ILUSTRADO DE LA LEGUA ESP. (Uñero)	1 VOL. 1 CD ROM	264.000	10,560.000

20	153.1.1 7	40	DISCIPLINA EN EL AULA	1 VOL. 1 CD ROM	286.000	11,440.000
21	153.1.1 7	40	EDUCAR EN SEXUALIDAD Y VALORES	4 VOL. 2 CD ROM. 1 JUEGO	462.000	18,480.000
22	153.1.1	40	EL ESTUDIANTE EXITOSO TÉCNICAS DE ESTUDIO	1 VOL. 1 CD ROM	242.000	9,680.000
23	153.1.1 7	40	EL PEQUEÑO CIUDADANO	2 VOL. 1 CD ROM	264.000	10,560.000
24	153.1.1	40	EL SEXO CONTADO A LOS PEQUEÑOS	2 VOL. 1 CD ROM	275.000	11,000.000
25	153.1.1	40	ENCICLOPEDIA DE COLOMBIA	4 VOL.	385.000	15,400.000
26	153.1.1	40	ENCICLOPEDIA JUNIOR	3 VOL.	308.000	12,320.000
27	153.1.1	40	ESCUELA DE ACTIVIDADES Y VALORES	7 VOL. 3 CD ROM	594.000	23,760.000
28	153.1.1	40	GLOBAL ENGLISH ACADEMY	12 VOL. 12 DVD 12 CD-ROM 12 CD AUDIO	2.420.000	96,800.000
29	153.1.1	40	GRAN ATLAS MCMNN DE ANATOMIA HUMANA (Nueva edición)	1 VOL.	550.000	22,000.000
30	153.1.1	40	GRAN LIBRO DE PREGUNTA Y RESPUESTAS	3 VOL.	352.000	14,080.000
31	153.1.9	40	GRANDES PERSONAJES UNIVERSALES Y DE COLOMBIA (Nuev. Vers)	1 VOL.	396.000	15,840.000
32	153.1.1 7	40	GRANDES TESOROS DEL MUNDO	1 VOL.	594.000	23,760.000
33	153.1.2 1	40	HISTORIA UNIVERSAL	1 VOL. 1 CD ROM	396.000	15,840.000
34	153.1.1	40	LA BIBLIA INFANTIL (Actividades)	1 VOL. 2 COMP. DISC	176.000	7,040.000
35	153.1.1 7	40	LECTORES Y ESCRITURA APRENDIZAJE INTEGRAL	1 VOL. 1 CD	286.000	11,440.000
36	153.1.1 4	40	MANUAL DE EDUCACIÓN FÍSICA Y DEPORTES	1 VOL. 1 CD ROM	308.000	12,320.000
37	153.1.1	40	MANUAL DE JUEGOS	1 VOL. 1 CD ROM	264.000	10,560.000
38	153.1.1	40	MANUAL DE MAESTRÍA EN PRESCOLAR	1 VOL. 1 CD ROM	275.000	11,000.000
39	153.1.1	40	MANUAL DE RECURSOS DEL MAESTRO	1 VOL. 1 CD ROM	275.000	11,000.000
40	153.1.1	40	MANUALIDADES ESCOLARES	1 VOL.	176.000	7,040.000

41	153.1.1 7	40	MARAVILLOSO MUNDO DEL SABER	2 VOL.	242.000	9,680.000
42	153.1.1 7	40	MENTOR INTERACTIVO. ENCICLOPEDIA DE LAS CIENCIAS SOCIALES	1 VOL. 1 CD ROM	363.000	14,540.000
43	153.1.2 3	40	MENTOR DE FÍSICA Y QUÍMICA	1 VOL. 1 CD.	253.000	10,120.000
44	153.1.1	40	MENTOR DE LAS MATEMÁTICAS	1 VOL. 1 CD	330.000	13,200.000
45	153.1.1	40	MI PRIMER DICCIONARIO DE INGLÉS CON MARÍA PASCUAL	1 VOL. 2 CASSETTES	209.000	8,386.000
46	153.1.1	40	MI PRIMER LIBRO DE VALORES CRECER – CONVIVIR	2 VOL. 1 CD ROM	264.000	10,560.000
47	153.1.1	40	NIVEL 10 PLUS TODOS RECURSOS PARA EL ESTUDIANTE.	10 VOL. 10 DVD VIDEO 12 CD ROM Tarjeta de recursos on- line	2,090.00 0	83,600.000
48	153.1.1	40	NUEVA CAJITA DE SORPRESAS	3 VOL. 1 CD- ROM 1 CD AUDIO	363.000	14,520.000
49	153.1.3	40	DICCIONARIOS DE SINÓNIMOS Y ANTÓNIMOS	1 VOL. 1 CD ROM	363.000	14,520.000
50	153.1.1	40	OCEANO UNO COLOR	1 VOL. 1 CD ROM	385.000	15,400.000
51	153.1.1	40	OCEANO OMEGA DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO UNIVERSAL	6 VOL. 1 CD ROM Ciber enciclopedia Plus	1.045.00 0	41,800.000
52	153.1.3 7	40	PRACTICO EN CONTABILIDAD	1 VOL.	106.000	4,240.000
53	153.1.3 7	40	PRACTICO EN EDUCACIÓN FÍSICA	1 VOL.	106.000	4,240.000
54	153.1.3 7	40	PRACTICO EN ENFERMERÍA	1 VOL.	106.000	4,240.000
55	153.1.1 7	40	PRESCOLAR ACTIVA DE COLOMBIA	4 VOL. 2 COMP. DISC	417.000	16,680.000
56	153.1.1	40	PRIMARIA ACTIVA - ENCICLOPEDIA ESCOLAR	4 VOL. 1 COMP. DISC	517.000	20,680.000
57	153.1.1	40	SABELOTODO MIL DESAFÍOS PARA TU INTELIGENCIA	1 VOL.	220.000	8,800.000
58	153.1.1	40	¿SABES QUIÉN?	3 VOL.	385.000	15,400.000
59	153.1.1	40	PSICOLOGÍA APLICADA EN EL AULA	4 VOL. 1 CD	430.000	17,200.000

60	153.1.1 7	40	PSICOLOGÍA PARA TODOS	4 VOL.	418.000	16,720.000
61	153.1.3	40	SMART DICCIONARIOS IN / INGL-ESP (Uñero)	1 VOL. 1 CD ROM	363.000	14,520.000
62	153.1.1 7	40	SOLUCIONES PEDAGÓGICAS PARA EL AUTISMO	1 VOL. 1 CD ROM	286.000	11,440.000
63	153.1.1 7	40	TRANSTORNOS ESCOLARES	1 VOL. 1 CD ROM	286.000	11,440.000
64	153.1.1	40	UN CUENTO PARA CADA DÍA-365 CUENTOS Y POEMAS	1 VOL. 1 COMP. DISC	253.000	10,120.000
<b>SUBTOTAL MATERIAL BIBLIOTECARIO</b>						<b>1.000.000.000</b>

Material escolar que al compararse con los descritos en el párrafo I de la primera cláusula del objeto del convenio de interés público 0110 de 2010<sup>100</sup>, resultan ser los mismos a los que hace referencia el contrato de suministro, esto es, en cuanto al CUBS<sup>101</sup>, cantidad, obra, volúmenes y precio, pero con una diferencia en el valor pues se fijó en \$1.000.000.000.00, es decir, con el aporte hecho por la gobernación como contraprestación económica, siendo evidente que se contrae a una compraventa de bienes que en nada tienen que ver con el programa o actividad de interés público que se pretendía satisfacer.

Además, el haber subcontratado el objeto de lo convenido y trasladar con ello la facultad que le otorgó el Estado para manejar los recursos públicos a otro particular lleva, incluso a

<sup>100</sup> Prueba No. 6 de la Fiscalía.

<sup>101</sup> Catálogo Único de Bienes y Servicios, definido en el artículo 8° de la Ley 3512 de 2003, como el conjunto de códigos, identificaciones y estandarizaciones de los bienes y servicios de uso común o de uso en contratos de obra de la administración pública y los particulares o entidades que manejan recursos públicos pueden adquirir, estandarizados en función de sus propiedades físicas, químicas y de uso, clasificadas en códigos que permiten una identificación para cada uno de ellos.

concluir que la fundación ni siquiera aportó los \$72.000.000.00 como lo había pactado, suma que estaría representada en la logística para entregar el material bibliográfico en las instituciones educativas, obligación que también delegó según lo advierte el documento.

En suma, la entidad sin ánimo de lucro no ostentaba tal idoneidad, no tenía la capacidad técnica ni administrativa para cumplir el objeto pactado. Bajo ese derrotero, no se daban las condiciones de legalidad para haber suscrito el convenio de cooperación interinstitucional, empero, la administración del aforado ABADÍA CAMPO, lo hizo obviando el proceso licitatorio y terminó celebrando un contrato bilateral y conmutativo con la fundación «Calimío».

Pero es que direccionar la selección del contratista a la aludida fundación tenía como único propósito beneficiar a un tercero, esto es, a José Antonio Rodríguez Molina de Ediciones la Clave del Saber, cónyuge de Luz Piedad Hurtado Cardona, con quien baste recordar se suscribió el contrato de suministro, porque así se había previsto desde los albores de la fase precontractual, como así lo dilucidó la Sala al analizar las anomalías que presentaron los estudios previos.

4.1.8. Lo que se vislumbra es que el convenio interadministrativo de interés público lo empleó la administración de ABADÍA CAMPO subrepticamente para que terceros proveyeran el material bibliográfico a bajo costo y, con ello se les favoreciera con la apropiación de los recursos públicos que supuestamente habían sido destinados al servicio

de la comunidad en 10 municipios del departamento.

Lo cual, se itera, solo podría lograrlo acudiendo al convenio de interés público previsto en el artículo 355 Superior y a una fundación que sirvió de puente para suscribir un contrato de suministro simulado con el cual fueron adquiridos los textos escolares, en un proceso nada transparente a la luz de las normas que regulan la contratación estatal, siendo que la gobernación podía conseguirlos directamente a través de una compraventa con algunas distribuidoras o proveedoras de libros del sector.

Lo cierto es que la infracción de los requisitos legales sustanciales a los que se ha hecho alusión en la suscripción del convenio de interés público 0110 de enero de 2010, tipifica objetivamente el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 410 del Código Penal, por cuanto se tramitó y el acusado lo celebró sin verificar el cumplimiento de las exigencias señaladas.

Eludir la modalidad de licitación pública para llevar a cabo un verdadero proceso de selección objetiva, la ausencia de estudios previos serios y completos y la falta de idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro a la que se le adjudicó el convenio, evidencian la tipicidad objetiva del hecho, adecuación atribuida al entonces gobernador del Departamento del Valle del Cauca, JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, como representante legal y ordenador del gasto, ya que celebró el contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales en su trámite.

4.1.9. En las alegaciones finales, a excepción de la representante del Ministerio Público, la Fiscalía y la defensa demandaron la absolución del exgobernador ABADÍA CAMPO, con fundamento en que operó a su favor el principio de confianza.

Figura jurídica que según la Sala Mayoritaria debe analizarse en el tipo objetivo y de no probarse también en el subjetivo, por tal razón se debe constatar si el aforado creó un riesgo jurídicamente desaprobado a concretarse en el resultado típico y encontrándonos en el análisis del primero se procederá a su estudio a continuación:

Pues bien, con miras a determinar, si en efecto, el exmandatario pese a tener la obligación legal de verificar los requisitos no lo hizo amparado en el principio de confianza, es menester, determinar el contenido y alcance de los siguientes tres institutos jurídicos<sup>102</sup>, siguiendo la línea jurisprudencial de esta Sala<sup>103</sup>.

En la administración pública es imposible que el ordenador del gasto pueda realizar todo el proceso contractual, razón por la cual la ley establece la posibilidad de adelantarlo en conjunto con diferentes órganos en una relación concatenada de trámites<sup>104</sup> a través de las figuras de delegación y desconcentración<sup>105</sup>, regladas en la Ley 489 de 1998.

<sup>102</sup> Se seguirá el marco teórico contenido en la decisión de esta Sala CSJ SPE00017-2021, rad. 49599.

<sup>103</sup> Cfr. CSJ SEP00017-2021, rad. 49499; SEP000130-2021, rad. 49053, entre otras.

<sup>104</sup> Cfr. CSJ SP, 7 julio 2010, rad. 28508.

<sup>105</sup> **ARTÍCULO 8°. DESCONECENTRACIÓN ADMINISTRATIVA.** *La desconcentración es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede*

Los artículos 12 y 25-10 de la Ley 80 de 1993, preceptúan que los jefes y representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos, con sujeción a las cuantías señaladas en las respectivas juntas y consejos directivos, y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. En todo caso, la delegación y desconcentración no deriva en ausencia de responsabilidad del encargado de la contratación, pues, la función de adjudicación está a su cargo<sup>106</sup>.

Bien, la *delegación* es la posibilidad de transferir competencia, no la titularidad de la función. Se perfecciona con la manifestación positiva del funcionario delegante de su intención de hacerlo a través de un acto administrativo motivado, en el que determina si su voluntad de delegar la competencia es limitada o ilimitada en el tiempo, o general o

---

*principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones.*

**PARÁGRAFO:** *En el acto correspondiente se determinarán los medios necesarios para su adecuado cumplimiento. Los actos cumplidos por las autoridades en virtud de desconcentración administrativa solo serán susceptibles del recurso de reposición en los términos establecidos en las normas pertinentes.*

**ARTÍCULO 9°. DELEGACIÓN.** *Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.*

*Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.*

<sup>106</sup> Cfr. CSJ SP4413-2019, rad. 55967; reiterada en CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

específica<sup>107</sup>. La transferencia se realiza a través de un acto administrativo expreso, debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede siempre y en cualquier momento reasumirla. Procede cuando hay relación de subordinación entre delegante y delegatario<sup>108</sup>.

En la *desconcentración*, la atribución de competencia se realiza directamente por el ordenamiento jurídico, se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía, se transfiere en forma exclusiva, es decir, la competencia debe ser realizada por el órgano desconcentrado y no por otro, y el superior no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal. De cara a este instituto, el superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica, criterio que ha sido reiterado en las sentencias C-561-1999 y C-727-2000 sobre la constitucionalidad de los preceptos de la Ley 489 de 1998.

Ahora bien, la delegación y la desconcentración de funciones no se excluyen, porque ambas tienen como propósito descongestionar los órganos superiores de la administración para facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, que se encuentran al servicio de los intereses generales de los ciudadanos<sup>109</sup>.

En total armonía, el Código Penal en el delito en estudio

---

<sup>107</sup> Cfr. CC C-372-2000.

<sup>108</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>109</sup> Cfr. CC C-561-1999.

distingue las conductas ejecutadas por los servidores públicos encargados de tramitar un contrato, de la realizada por el representante de una entidad como ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación<sup>110</sup>, al prever como hipótesis delictiva tramitar el contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, y celebrarlo sin verificar su cumplimiento; diferenciación fundada en la forma desconcentrada como actualmente se cumple la función pública en las entidades estatales<sup>111</sup>.

El *principio de confianza*, es un criterio normativo aplicado dentro del trabajo en equipo, y para que opere es imprescindible que se haya cumplido con el deber legal de instruir, vigilar y controlar el proceder de los funcionarios en quienes estaba delegada o desconcentrada la función de adelantar la fase precontractual<sup>112</sup>.

Su alcance y contenido la Corte lo ha fijado de la siguiente manera:

*La Sala acepta que el trabajo es funcionalmente dividido en un Departamento, que el Gobernador como jefe de la administración se encuentra en imposibilidad de asumir directamente todos los asuntos, que para eso cuenta con una serie de secretarios que le colaboran, que establece con los mismos -es lo que se supone- una relación de confianza de doble vía y que por efecto de la que él deposita puede incurrir en hechos típicos originados en la actividad de sus colaboradores, frente a los cuales, sin embargo, es eventualmente admisible la realización de una conducta inculpable, por mediación del fenómeno del error*<sup>113</sup>.

<sup>110</sup> Cfr. CSJ SP 26, marzo 2009, rad. 29089.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

<sup>112</sup> Cfr. CSJ SP 15528-2016, rad. 40383. Ver también CSJ SP4514-2020, rad. 55345.

<sup>113</sup> Cfr. CSJ SP, 21 de marzo de 2002, rad. 14124, reiterada en CSJ SP, 26 junio de 2008, rad. 26061.

Principio que comporta una carga para quien pretende acogerse a él, consistente en el deber de vigilancia y control, como lo tiene establecido esta Corporación:

*(...) tiene sus límites en el principio de responsabilidad que tienen los gobernantes en su calidad de ordenadores del gasto, y en la vigilancia que debe ejecutar de los roles de sus subordinados, por corresponderle a este la indelegable función de la celebración o formalización del contrato, previa la verificación de requisitos legales<sup>114</sup>.*

*(...) se exige por el ordenamiento que despliegue la máxima diligencia y cuidado al momento de adoptar la decisión final que le corresponde, pues en ese instante asume la administración del riesgo y por ende se hace responsable de realizar una conducta prohibida, ya que la normatividad exige que sus actuaciones estén presididas por el cumplimiento de los principios y valores constitucionales, los fines de la contratación y la protección de los derechos de la entidad que representa, las reglas sobre la administración de bienes ajenos y los postulados de la ética y de la justicia<sup>115</sup>.*

Se insiste, la delegación automáticamente no exonera de responsabilidad al encargado de la contratación, en ciertos casos se le reconoce por las irregularidades cometidas en la fase precontractual por los delegatarios en virtud de la activación plena del principio de confianza, siempre y cuando no se compruebe que la delegación tuvo como objeto eludir la responsabilidad y que haya omitido ejercer las funciones de dirección, vigilancia y control derivadas de ese acto con este propósito<sup>116</sup>.

Tratándose de la desconcentración de tareas contractuales (no de la desconcentración en general de la Ley 489 de

<sup>114</sup> Cfr. SJ SP, 21 junio 2010, rad. 30677.

<sup>115</sup> Cfr. CSJ AP, 28 agosto de 2002, citada en CSJ SP2146-2016, rad. 40627.

<sup>116</sup> CSJ SEP016-2022, rad. 00255

1998), no procede por lo general ya que supone la realización de actos de trámite que deben ser tutelados por el ordenador del gasto, conservando la dirección de esa fase, máxime que no hay acto administrativo transfiriendo la función<sup>117</sup>.

En uno y otro caso, ha de observarse que en materia penal la responsabilidad es individual y la persona responde por lo que hizo u omitió.

En ese contexto, la Sala abordara el estudio en particular.

Bien, en los alegatos finales la Fiscalía y la defensa demandaron la aplicación del principio de confianza como criterio excluyente de la imputación jurídica, aduciendo que si bien es cierto el exgobernador celebró el convenio, no lo es menos que el trámite precontractual lo había delegado en el secretario de educación departamental -Eiber Gustavo Navarro Piedrahita-, por lo que debía exonerársele de responsabilidad.

Lo primero que cabe reseñar es que, de la actuación procesal emerge demostrado que JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, para la época de los hechos desempeñaba el cargo de Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, específicamente, desde el 1º de enero de 2008, hasta el 6 de agosto de 2010. En esa calidad, sobre él recaía la potestad de celebrar los contratos a nombre del ente territorial, según se desprende del literal b del numeral 3º del artículo 11 de la Ley 80 de 1993.

---

<sup>117</sup> *Ibidem*.

En segundo lugar, opuesto a lo esbozado por la Fiscalía y la defensa en sus alegaciones, la prueba acopiada demuestra que la conducta le es atribuible jurídicamente al acusado como quiera que al firmar el convenio no actuó amparado en el principio de confianza. Veamos:

Sí bien la delegación era un mecanismo jurídico procedente para que el gobernador trasladara la competencia a otros funcionarios, como se lo permitía el Decreto 0926 de 2008<sup>118</sup>, en este caso, al secretario de educación departamental, Eiber Gustavo Navarro Piedrahita como lo aduce Fiscalía y defensa, también lo era que para tal efecto, se requería de un *«acto formal de delegación en el cual se exprese la decisión del delegante, el objeto de la delegación, el delegatorio y las condiciones del tiempo, modo y lugar para el ejercicio de la delegación.»*<sup>119</sup>, presupuesto que en los términos establecidos en el artículo 10º de la Ley 489 de 1998<sup>120</sup> en esta actuación no se cumplió, pues las partes no lo trajeron al juicio; de tal suerte que tal facultad el aforado no la delegó.

Para que resulte aplicable el principio de confianza como lo reclama Fiscalía y defensa, es indispensable que en la actuación se acredite no sólo la figura de la delegación o de la desconcentración, de ser el caso, sino que el ordenador del gasto desplegó los deberes de instrucción, seguimiento, vigilancia y control sobre las actuaciones de los funcionarios

<sup>118</sup> Por medio del cual se adopta e implementa el manual de contratación administrativa del Departamento del Valle del Cauca.

<sup>119</sup> C.C. C-372 de 2002.

<sup>120</sup> *«Requisitos de la delegación. En el acto de la delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren...»*

que adelantaron el trámite precontractual, o los encargados por la ley o los reglamentos para dicho efecto, lo cual en este caso no sucedió.

Nótese que la Fiscalía en sus alegaciones finales sobre el particular no dijo nada y la defensa tampoco lo hizo, ni siquiera lo planteó como teoría fáctica alternativa con la cual desvirtuar lo hechos imputados a su prohijado, lo que denota que el acto de delegación no existió.

De esta suerte, si no medió delegación sino desconcentración de algunas actividades contractuales en la secretaria de educación, cuyos funcionarios habían sido designados directamente por el gobernador titular, se evidencia que concurren algunas de las circunstancias restrictivas para la aplicación del principio de confianza, pues ABADÍA CAMPO tenía a su cargo la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección adelantados.

De allí, que si tenía reservada tal facultad se demandaba de él una estricta labor de supervisión en cuanto era garante de la legalidad de la actuación contractual, pues como representante del ente territorial era quien podía comprometer con su voluntad final los dineros del departamento, pese a lo cual no lo hizo.

En este asunto, se demostró que el convenio 0110 de 2010, fue tramitado incurriendo en múltiples irregularidades de trascendencia penal, porque lo contratado implicaba una

contraprestación directa a favor de la entidad, que por expresa prohibición legal (artículo 2º del Decreto 777 de 1992) lo excluía del ámbito de aplicación de los contratos a los que se refiere el inciso 2º del artículo 355 de la Carta Política.

Ello sumado a que los estudios previos no fueron serios ni completos, el valor de lo contratado superaba los límites de la menor cuantía, el proceso y sus actos no se publicaron en el sistema electrónico -SECOP- y en gracia a discusión, si se hubiera escogido correctamente la tipología del contrato, la entidad sin ánimo de lucro contratada no cumplía el requisito de idoneidad para desarrollar el objeto contractual, que en todo caso, como se demostró lejos estaba del interés público que pregonaba esta categoría especial de contratación.

Empero, se acudió al convenio previsto en el artículo 355 Superior, pretendiendo dársele una apariencia de legalidad cuando de lo expuesto en precedencia refulge evidente que se utilizó con la intención de esquivar la licitación pública, anomalías que el exgobernador JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO si hubiera ejercido un solo acto de dirección, control o vigilancia, incluso, desde antes de que suscribiera los estudios previos, habría advertido con anticipación, deberes que como se verá más adelante a detalle, no hizo.

No es posible argüir que confió en la actuación de su secretario de educación, Eiber Gustavo Navarro Piedrahita (condenado por estos hechos según se afirmó en el escrito de acusación y lo precisó la representante de la Fiscalía en los alegatos finales) y del jefe de la oficina jurídica, Raimundo Antonio Tello Benítez, porque

delegó las funciones en el primero, y en el segundo porque fue quien emitió el concepto jurídico que daba vía libre a la celebración del convenio<sup>121</sup>; pues dichos argumentos en nada contribuyen a librarlo de responsabilidad, ya que está claro que esta figura no existía y era de su resorte realizar actividades de verificación, control y vigilancia, precisamente por su condición de representante legal y ordenador del gasto del departamento del Valle del Cauca.

Aceptar la postura diversa sería tanto como pregonar que el exgobernador ABADÍA CAMPO en el proceso precontractual y contractual era un convidado de piedra, un simple tramitador de las labores desarrolladas por sus subalternos o que solamente le competía firmar las minutas de los contratos, cuando en realidad era su responsabilidad que todo el trámite se adelantara conforme a la ley, debido al ejercicio de los controles debidos<sup>122</sup>.

Sobre la responsabilidad indelegable, recientemente, en decisión radicada 53263 del 24 de marzo de 2021, la Corte<sup>123</sup> reiteró:

*(...) dicha conducta recae normalmente en cabeza de los representantes legales de las distintas entidades estatales, quienes tienen el deber de ejercer una estricta labor de supervisión, por ser garantes de la legalidad de la contratación estatal, precisamente porque son quienes pueden comprometer su voluntad final con dineros públicos. Por lo tanto, la*

<sup>121</sup> Prueba No. 8 de la defensa.

<sup>122</sup> CSJ SP 16915-2017 (48231) de octubre 18 de 2017 "Esto para significar que, desde luego, la Corte reconoce un tipo de responsabilidad indelegable en el funcionario a quien se ha atribuido funcionalmente la responsabilidad y dirección de todo el entramado complejo, en cuanto, ello cabe indiscutiblemente en su tarea de verificación y control."

<sup>123</sup> Sobre el particular, en otras decisiones: CSJ SP 21 jun 21 2010, rad. 30677, CSJ SP15528-2016, rad. 40383 y por esta Sala, CSJ SEP00065-2019, rad. 41817, CSJ SEP105-2023, rad. 00242.

*jurisprudencia ha señalado, que no se trata de una simple firma del contrato, pues no se acepta excusarse en las actividades desarrolladas por su equipo de trabajo.*

En la administración pública el cumplimiento de las funciones contractuales es compleja, y por ello requiere la intervención de varios funcionarios para la coordinación y dirección del ente territorial del orden departamental en cabeza del gobernador, pero la misión de éste no se agota con el examen formal de la actuación, sino con su deber ineludible de observar, estudiar, examinar y controlar la verificación de los requisitos legales esenciales que demanda la observación de los principios de planeación y responsabilidad<sup>124</sup>.

Bajo ese derrotero, es inadmisibles la invocación del principio de confianza, lo que la Sala evidenció es que ABADÍA CAMPO fue correalizador del comportamiento lesivo, sin que le sea posible cifrar en terceros una actuación debida cuando él mismo participaba de ella, ese común acuerdo con el secretario de educación, Eiber Gustavo Navarro Piedrahita, creó un riesgo jurídicamente desaprobado, porque se abstuvo de ejecutar los deberes legales de vigilancia y control; que se concretó en el resultado típico, esto es, en la suscripción de un contrato ilícito en su trámite sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales, que por supuesto sabía no se cumplían, como se explicará más adelante.

Por ejemplo, el hecho de que los estudios previos no contaran con el visto bueno como constancia de haber sido

---

<sup>124</sup> Cfr. CSJ SP, rad. 59741.

revisados previamente por el grupo de abogados adscrito a la secretaria de educación, por estar desconcentrado el trámite en esa dependencia; evidencian que el exmandatario no implementó ningún control ni ejerció labores de vigilancia sobre las actividades inherentes a sus subalternos, sino que simplemente se limitó a suscribirlos, cuando era su deber vigilar y controlar sus funciones y no pasar por alto que el documento estaba ausente de aprobación por parte de los expertos en contratación.

Significa lo anterior, que el formato de estudios previos, se diligenció sin haberse realizado un verdadero estudio de fondo, como se ha visto a lo largo de esta decisión, sin arreglo a las formalidades legales, auspiciada por el acusado al no cumplir con su deber de vigilancia y control sobre las funciones desconcentradas, lo que tuvo repercusión en las etapas contractuales posteriores en la medida que no se propició el escenario para que la ciudadanía participara y presentara propuestas favorables a los intereses de la administración, con el resultado ya conocido: una fundación escogida a dedo y unos sobrecostos en grado sumo en detrimento del patrimonio del departamento del Valle del Cauca.

Indiscutible es que, si el otrora gobernador actuó en contubernio con su secretario de educación, distribuyéndose funciones y aportando objetivamente lo que le correspondía hacer para obtener el resultado típico, no podía ampararse en el principio de confianza e invocarlo como argumento defensivo, pues era consciente de que el trámite contractual se adelantó de forma amañada y luego descargar toda la

responsabilidad penal en sus subalternos al aducir que confiaba en que estaban actuando conforme el deber ser; cuando lo que se demostró fue que se abstuvo de ejercer control y vigilancia sobre ellos y que firmó el convenio sin constatar que se hubiese adelantado conforme a la ley.

En suma, se demostró en grado de certeza la tipicidad objetiva de la conducta, legitimando a la Sala a que aborde el análisis del tipo subjetivo en concreto.

4.1.10. Ahora bien, el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales como modalidad delictiva solo admite responsabilidad a título de dolo, esto es, la concurrencia de los factores *cognoscitivo intelectual*, que exige tener conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal respectivo y el *volitivo* que implica querer realizarlos y, como manifestación del fuero interno del sujeto activo de la conducta punible sólo puede ser conocido a través de las manifestaciones externas de esa voluntad dirigida a determinado fin<sup>125</sup>.

En otras palabras, obra dolosamente quien sabe que está realizando los elementos del tipo objetivo y que con ello genera un daño o un riesgo para un bien jurídico (conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y querer su realización)<sup>126</sup>.

En cuanto la configuración del ingrediente subjetivo, la Sala de Casación Penal se ha pronunciado en el siguiente sentido:

<sup>125</sup> Cfr. CSJ SP13733, 30 ago. 2017, rad. 47761.

<sup>126</sup> Cfr. CSJ SP682, 9 mar. 2022, rad. 59741.

*el elemento subjetivo del tipo dispuesto en el artículo 410 del Código Penal, resulta del simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación administrativa, pues, el objeto de protección es el principio de legalidad en la contratación estatal. De ahí que, cuando se desconozcan principios como el de selección objetiva, eludiendo el procedimiento preestablecido para privilegiar a unos contratistas en detrimento de otros, el beneficio de aquellos surge de la adjudicación de un contrato tramitado irregular e ilícitamente<sup>127</sup> y se estructura objetivamente el tipo penal aún en el evento de que el resultado favorezca a la administración y genere desventaja para el contratista.<sup>128</sup>*

De acuerdo con lo expuesto, en este comportamiento el dolo se configura cuando el agente actúa con el conocimiento de que con su actuar se distancia de los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación estatal y aun así procede a contratar.

En punto a su comprobación, la Sala debe definir si en el presente asunto se encuentra acreditado que JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO sabía: *i)* que dentro de sus deberes legales le correspondía vigilar y controlar la función desconcentrada; y *ii)* que en la tramitación del convenio se había omitido cumplir con las exigencias establecidas en la ley, luego de ello, y *iii)* verificará si de manera voluntaria se apartó de dichos deberes y con ello consumó el punible que se le enrostra.

*En primer término*, para la Sala no existe duda de que el entonces gobernador ABADÍA CAMPO conocía de los deberes que como primera autoridad del departamento del Valle del Cauca le asistían puesto que al momento de suscribir el convenio, esto es al 29 de enero de 2010, ya contaba con dos

<sup>127</sup> Auto del 20 de agosto de 2002, rad. 18.029.

<sup>128</sup> Cfr. CSJ, SCP AP241-2017, 25 ene. 2017, rad. 48134.

años de experiencia en el cargo, si se tiene en cuenta que su periodo inició el 1º de enero de 2008, una vez elegido recibió capacitación en administración pública y era especialista en derecho administrativo<sup>129</sup>, por tanto, sabía que de acuerdo con lo descrito en el numeral 1º del artículo 305 de la Constitución Política de Colombia, son atribuciones específicas de los gobernadores de departamento cumplir y hacer cumplir la constitución, las leyes, los decretos del gobierno y las ordenanzas de las asambleas departamentales.

También, que como representante legal del ente territorial debía apersonarse de la actividad contractual, esto es, dirigir, vigilar y controlar porque en los trámites en esa materia se cumpliera con absoluta observancia lo previsto en la Ley 80 de 1993 y los decretos reglamentarios.

Y, que en virtud del principio de responsabilidad descrito en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, por su calidad de servidor público estaba obligado a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, y por consiguiente a vigilar la correcta ejecución del objeto del contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de terceros, por cuanto la dirección de la actividad contractual como de los procesos de selección corresponde, en todo caso, al jefe o representante legal de la entidad estatal.

Asimismo, *i)* que de conformidad con el numeral 3º del artículo 11 y 12 de la Ley 80 de 1993 tenía competencia para

---

<sup>129</sup> Estipulación Probatoria No. 3.

dirigir los procesos contractuales y celebrar los respectivos negocios jurídicos, funciones que podía delegar total o parcialmente y/o desconcentrar y, ii) que le correspondía ejercer control administrativo, esto es, constatar y asegurar que las actividades y funciones se cumplieran en armonía con las políticas gubernamentales, los principios descritos en la referida ley y de conformidad con los planes y programas adoptados.

*Segundo*, para la Sala no existe duda que el aforado conocía que en la tramitación del convenio de cooperación 0110 de 2010 se había omitido cumplir con las exigencias establecidas en la ley, no obstante, de manera deliberada se apartó del proceso contractual y decidió suscribirlo. Veamos:

i) Omitir la licitación pública, seleccionar el contratista - fundación «Calimío» con soslayo de los principios de legalidad, transparencia, selección objetiva y la celebración del contrato sin verificar el cumplimiento de requisitos legales de su esencia, fueron aspectos conocidos y queridos por el aforado.

ii) El acto administrativo de estudios previos<sup>130</sup> lo suscribió sin fecha cierta de elaboración y/o presentación, pese a que no era inexperto en los temas de contratación pues el cargo lo venía ejerciendo dos años atrás, es decir, había sobrepasado la mitad del mandato como para pasar por alto que en razón al valor aproximado del convenio (\$1.000.000.000.00) al que hacía alusión los estudios previos,

<sup>130</sup> Prueba No. 4 de la Fiscalía.

superaba los límites de la contratación para su administración, esto es, la menor cuantía (\$515.000.000.00), dato que no desconocía puesto que no era ajeno al presupuesto anual del departamento, por lo que el proceso de selección del contratista por regla general debía realizarse por licitación pública y no bajo la figura del convenio de cooperación.

Una simple revisión al aludido documento, previo a rubricarlo, le bastaba no solo para advertir que el monto superaba la mínima cuantía, sino que lo descrito en el objeto contractual consistía en suministrar determinadas cantidades de textos escolares con los que serían dotadas 40 bibliotecas en 10 municipios del departamento; por tanto, limitado a la adquisición de bienes e intercambio de servicios con los que daría impulso al programa o actividad de interés público previsto en su plan de desarrollo, es decir, a una contraprestación, por lo que la tipología contractual a la cual debía ceñirse no era la acogida en los estudios previos, esto es, la especial amparada en el artículo 355 Superior.

En efecto, la descripción del objeto a contratar y las condiciones generales que se avizoraban en el citado documento, evidenciaban con facilidad que se trataba de la compraventa de cierta cantidad de textos escolares que implicaba bilateralidad y una contraprestación directa a favor de la entidad contratante, que le obligaba a contratar en condiciones normales bajo el régimen de la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones y, no bajo la figura del convenio de cooperación previsto en el artículo 355 de la Constitución Política, por expresa prohibición legal.

No se detuvo a analizar de qué manera la fundación "Calimio" cumpliría el compromiso relativo a hacer el aporte de los \$72.000.000.00 para la ejecución del convenio, los que estarían representados en la logística a utilizar en la distribución, transporte y entrega directa del material bibliográfico a las instituciones educativas; actividades que a la postre quien las cumplió fue Ediciones Alfa & Omega, como lo infiere la Sala en virtud del contrato de suministro que el 28 de febrero de 2010 suscribió por \$1.000.000.000.00<sup>131</sup>.

Inobservó que el acto administrativo citaba la modalidad incorrecta para la selección del contratista y que no describía las condiciones mínimas y necesarias que la persona jurídica a contratar debía acreditar a efecto de demostrar la capacidad técnica y administrativa para ejecutar el objeto contrato, es decir, la idoneidad y/o experiencia que debía poseer, la que de todos modos a la luz de los presupuestos fijados en la Ley 80 de 1993 en la licitación pública y/o del Decreto 777 de 1992 en los convenios de interés público del artículo 355 Superior, la entidad a la que se le adjudicó no cumplía.

Esa omisión lo que deja entrever es la intención de ABADÍA CAMPO de adjudicarlo de antemano a la fundación «Calimio», entidad sin ánimo de lucro con la que se pretendió darle apariencia de legalidad al proceso contractual.

Tampoco advirtió que no tenía registro de revisión o visto bueno por parte del grupo de abogados en contratación

---

<sup>131</sup> Prueba No. 11 de la Fiscalía.

adscritos a la secretaria de educación departamental, en el entendido que cada dependencia contaba con un equipo experto en la materia que se encargaba de esa labor, como lo afirmó en el juicio Raimundo Antonio Tello Benítez -secretario jurídico-, que sobre el particular textualmente adujo: «*los estudios previos los subía a donde el gobernador previa revisión de su equipo jurídico*», empero, lo que devela el documento a simple vista es que tal control no se realizó, pues en su contenido no existe rastro o evidencia que compruebe que así sucedió.

Insiste la Sala, una simple observación a los estudios previos era suficiente para advertir que no se tenía certeza acerca de la fecha de su elaboración y suscripción, que el valor aproximado del negocio jurídico superaba los límites de la contratación impuestos para el año 2010, de la descripción del objeto a contratar podía deducirse sin dificultad que se trataba de la compraventa de cierta cantidad de material bibliográfico, por tanto, que la modalidad a escoger era la licitación pública, sin embargo, el acusado las pasó por alto, sin ni siquiera constatar que hubieren sido revisados por el equipo jurídico de la secretaria de educación, sin objeción alguna, los suscribió.

Lo expuesto en precedencia de cara al aludido acto administrativo, permite colegir que ABADÍA CAMPO estaba al tanto del quiebre de la normatividad contractual, itera la Sala, no era inexperto en el tema de contratación, conocía los límites en cuanto a las cuantías, cuyos valores se determinan en consideración al presupuesto anual de la respectiva entidad, era consciente que, si el valor superaba la mínima cuantía, la

escogencia del contratista debía hacerse a través de licitación pública.

Aun así, los rubricó y permitió que la Secretaría de educación acudiera a la figura especial del convenio de cooperación de que trata el artículo 355 Superior, modalidad que utilizó como fachada para adjudicarlo sin licitación pública a la fundación «Calimío» que no cumplía el presupuesto de idoneidad porque dentro de su objeto social no estaba la dotación de bibliotecas, todo ello como parte del contubernio con el que serían favorecidos José Antonio Rodríguez Molina y su cónyuge Luz Piedad Hurtado Cardona, quienes bajo la figura de la subcontratación terminaron suministrando los textos escolares al departamento del Valle del Cauca, en el que JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO ostentaba el cargo de gobernador y ordenador del gasto.

Avalar unos inadecuados estudios previos, con las anomalías advertidas, permite concluir que el exgobernador conocía que la modalidad escogida para adelantar el proceso de contratación no era la correcta, sin embargo, consintió, como ya se vio, que se desarrollara con inobservancia de los requisitos esenciales previstos para la licitación pública en los artículos 24 y 30 de la Ley 80 de 1993.

*iii)* De manera consciente no desplegó gestión alguna en punto a verificar la publicidad del procedimiento y actos asociados al proceso de contratación en la plataforma SECOP, por ejemplo, pasó por alto la publicación del aviso de convocatoria a veedurias ciudadanas respecto del cual por

iniciativa propia, ABADÍA CAMPO, como gobernador debía efectuar. Lo que se reprocha es que de forma deliberada hubiere pasado por alto que la invitación a presentar propuestas que permitieran la contratación directa de posibles oferentes que contaran con la capacidad para desarrollar el proyecto de "dotación de bibliotecas escolares en el departamento del Valle del Cauca" no se publicara<sup>132</sup>, si ello no se hizo es obvio deducir que los estudios y documentos previos corrieron igual suerte; esto impidió la participación en igualdad de condiciones de eventuales propuestas. El objetivo de ello como se estableció anteriormente fue que todo se orquestara y/o direccionara para favorecer al contratista -fundación "Calimio"- y esta entidad a los terceros con los que subcontrató.

Los elementos de convicción demuestran que las propuestas que presentaron Ediciones y Dotaciones Viejo Caldas, Fundación Enlace Colombia y Grupo Editorial del Pacifico, consistentes en unas cotizaciones, no estaban destinadas a ofrecer los precios reales del mercado de los textos escolares como se analizó en el aspecto objetivo, ni en la posibilidad de escoger la entidad jurídica sin ánimo de lucro que contara con la idoneidad para cumplir el objeto del convenio, sino que fueron una pieza más con la cual darle apariencia de legalidad al proceso de contratación, pues en la realidad el oferente, se itera, ya estaba seleccionado de antemano.

iv) Requisitos esenciales que de haberse escogido la

---

<sup>132</sup> Prueba No. 5 de la Fiscalía.

modalidad de contratación y el contrato correcto (art. 355 C.N y Decreto 777 de 1992), también inobservó porque la entidad sin ánimo de lucro, fundación «Calimio», no cumplía con el requisito de idoneidad para ejecutar el objeto del contrato, el que lejos estaba de cumplir un fin social, porque lo contratado implicaba una contraprestación directa.

v) Tampoco le mereció reparo alguno, pese a lo evidente, que el concepto jurídico SJ-522<sup>133</sup> suscrito por el secretario jurídico departamental que viabilizó el convenio, el certificado de disponibilidad presupuestal CDP-M-077<sup>134</sup> (con el cual se garantizaría la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre afectación para la asunción de compromisos<sup>135</sup>) y el registro presupuestal<sup>136</sup><sup>137</sup>, fueran emitidos en la misma calenda en la que él suscribió el convenio de cooperación 0110, esto es, el 29 de enero de 2010, siendo que el primero en materia contractual, como lo precisa el numeral 6º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993<sup>138</sup>, debe expedirse en una fecha previa al momento en que se inicia el proceso de selección del contratista, mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa

<sup>133</sup> Prueba No. 8 de la defensa.

<sup>134</sup> Prueba No. 3 de la Fiscalía.

<sup>135</sup> Art. 19 del Decreto 568 de 1996 (por el cual se reglamentaron las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995 Orgánicas del Presupuesto General de la Nación, posteriormente compiladas en el Decreto 111 de 1996) define que: "El certificado de disponibilidad es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos. Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal..."

<sup>136</sup> Prueba No. 3 de la Fiscalía.

<sup>137</sup> Art. 20 del Decreto 568 de 1996 - *El registro presupuestal es la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin. En esta operación se debe indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar.*

<sup>138</sup> Art. 25. (. . .) 6. Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales".

el correspondiente registro presupuestal.

Para la Sala resulta cuestionable el comportamiento que el ordenador del gasto asumió. Le bastaba revisar los documentos adjuntos a la minuta, así fuera de manera aleatoria y desprevenida, para advertir a simple vista que el certificado de disponibilidad presupuestal, el registro presupuestal, el concepto jurídico y el convenio coincidían en la fecha de suscripción y que ese hecho, lo que dejaba en evidencia no solo era la frenética actividad de contratación con la que se adelantó el proceso, esto es, en el corto lapso de 1 día, sino la forma irregular como se tramitó la etapa precontractual y la selección de la entidad contratista, con conocimiento del aforado.

Por ello fue que formalizó el convenio y comprometió recursos públicos que superaban en casi el doble la cifra que la ley de contratación autorizaba para contratar de manera directa, recuérdese para el efecto, que el valor del convenio, conforme lo aportado por el departamento ascendió a \$1.000.000.000.00 y la menor cuantía para el año 2010 correspondía hasta los \$515.000.000.00.

*vi)* Desde esa óptica la presunta delegación de la función contractual con la cual pretendió desligarse de la responsabilidad penal, no tenía como fin facilitar y asegurar que la función administrativa estuviera al servicio de los intereses generales, lejos estaba de tal cometido, porque el acusado y su secretario de educación, Eiber Gustavo Navarro Piedrahita, deliberadamente acudieron a ella buscando que

con el trámite y celebración del convenio, se facilitara que particulares recibieran los emolumentos como contraprestación por la adquisición de los textos con los cuales fueron dotadas las bibliotecas escolares.

Lo expuesto, permite deducir que la conducta del aforado desde que inició el trámite contractual estuvo motivada en el propósito de favorecer la contratación a terceros, dejó de lado que eran cuantiosos los recursos económicos por los cuales debía velar, era a él a quien le correspondía verificar que el trámite para la adjudicación de los recursos se cumpliera con absoluta observancia de lo previsto en la Ley 80 de 1993 y los decretos reglamentarios y, en todo caso, estaba en la obligación de informarse en todo momento sobre el desarrollo de la actividad contractual adelantada en su fase previa por el funcionario de la Secretaría de educación departamental e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones que supuestamente delegó.

El entonces gobernador, además, conocía el reglamento de trámites internos aplicables a la actividad contractual del departamento del Valle del Cauca, previstos en el manual de contratación que bajo su administración implementó con el propósito de garantizar y aplicar los principios de la función administrativa a la actividad contractual (Decreto 0926 de 2008), por tanto, era consciente que pese a que podía desconcentrar o delegar la competencia para contratar en otros funcionarios, era su deber dirigir, vigilar y controlar los procesos contractuales y celebrar los contratos que de estos se derivaran, sin embargo, de manera soslayada decidió pasarlos

por alto.

En efecto, voluntariamente se apartó de los deberes propios de su cargo y con ello consumó el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues no de otra manera puede explicarse que no se percatara de las irregularidades que se presentaron en todas las etapas contractuales, si no es porque se prestó para ello, se itera, de haber realizado la revisión correspondiente, así fuera de manera aleatoria y desprevenida, como se planteó *ut supra*, habría detectado las relevantes y reiterativas anomalías a las que se ha hecho referencia en esta sentencia y, respecto de las cuales la defensa y sobre todo la Fiscalía no ofrecieron objeción alguna respecto de su existencia, más allá de sostener con ahincó que el actuar del acusado estuvo amparado por el principio de confianza, cuando es un hecho cierto que en este asunto, como se explicó en precedencia la figura jurídica no operó.

Sobre este aspecto en particular, baste puntualizar que no puede en este caso invocar el principio de confianza, quien no se ha comportado de conformidad con la ley y ha sido realizador de la conducta reprochada<sup>139</sup>. Así lo ha subrayado la doctrina sobre el tema:

*El principio de confianza tiene como consecuencia práctica que el que se comporta adecuadamente no tenga que contar con que su conducta pueda producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro.*<sup>140</sup>

<sup>139</sup> Cfr. CSJ SP153-2017, 18 ene. 2017, rad. 47100.

<sup>140</sup> BERNARDO FELJOO SÁNCHEZ, El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas, en: *Imputación objetiva en derecho penal*, Lima, Grijley, 2002, p.291.

Tal prescripción se fundamenta en el principio de autorresponsabilidad, en la medida en que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta, de tal manera que el compromiso deducido a ABADÍA CAMPO deviene de su propia actuación, sin que a ella se extienda como forma de responsabilidad la reprochada realización lesiva de Eiber Gustavo Navarro Piedrahita.

En este asunto, lo verdaderamente relevante es que el acusado ABADÍA CAMPO era la primera autoridad del departamento y el ordenador del gasto, bajo esa condición y confabulado con su secretario de educación, de manera libre y voluntaria, conociendo las implicaciones que ello tendría se abstuvo de vigilar y controlar la etapa precontractual del convenio, con lo cual creó el riesgo jurídicamente desaprobado que se concretó en la firma de un contrato a todas luces ilegal, sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales en su trámite.

Así las cosas, se demostró el actuar doloso del entonces gobernador del departamento del Valle del Cauca JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, en la celebración del convenio de cooperación de interés público 0110 del 29 de enero de 2010, con transgresión del principio de legalidad, pues de forma deliberada lo suscribió sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales inherentes a la fase precontractual en la cual participó.

No queda duda acerca del conocimiento de los requisitos legales que ABADÍA CAMPO durante el desempeño de sus

funciones como gobernador debía observar al momento de formalizar el convenio objeto de investigación y que, a pesar de no contar con el lleno de los requisitos legales fue su deseo signarlo el 29 de enero de 2010.

En suma, para la Sala está plenamente demostrado que el exgobernador actuó con pleno conocimiento y voluntad (elementos cognoscitivo y volitivo) quiso y realizó el comportamiento descrito en el artículo 410 del Código Penal como contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

#### **4.1.2. Antijuricidad**

Según las previsiones establecidas en el artículo 11 del Código Penal -Ley 599 de 2000-, para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro sin justa causa el bien jurídicamente tutelado.

En punto a la antijuricidad, en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales lo reprobable es la voluntad de hacer prevalecer el interés particular del servidor público que interviene sobre el general de la comunidad en el proceso de contratación, contraviniendo los principios y fines que rigen la administración pública<sup>141</sup>.

La función pública es el conjunto de las actividades que realiza el Estado a través de las ramas del poder público, destinada a alcanzar los fines esenciales consagrados en la

---

<sup>141</sup> CSJ SP4134 6 abr 2016, Rad. 42001.

Constitución Política, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes superiores, así como asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, por lo tanto, el apego de los servidores estatales a la legalidad es uno de los pilares fundamentales.

El artículo 6º de la Carta en cuanto a la responsabilidad jurídica de los funcionarios públicos establece que deben responder ante las autoridades por infringir la Constitución y la ley, y por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, lo cual guarda correspondencia con el artículo 122 constitucional al consagrar que no habrá cargo o empleo público que no tenga funciones detalladas preestablecidas.

La Corte ha sostenido que:

*al elevar a la administración pública a la categoría de bien jurídico que debe tutelar el derecho penal, el legislador pretende generar confianza en el conglomerado para que acudan a los procedimientos institucionales en aras de resolver los conflictos que surjan entre ellos, en el entendido de que encontrarán trámites y soluciones correctos, tras los cuales, el representante estatal entregará a cada quien, en forma justa, equitativa, lo que le corresponde.<sup>142</sup>*

Para la materialización de este elemento no basta que se satisfaga desde el punto de vista netamente formal, esto es, exclusivamente referido a la contradicción entre la norma jurídica y la conducta del agente, sino que correlativamente es imperioso que ponga efectivamente en peligro o lesione sin justa causa el bien jurídico objeto de protección, es decir, debe

<sup>142</sup> CSJ SP, 17 jun. 2015, Rad. 45622 y SP, 12 feb. 2014, Rad. 42501.

configurarse la antijuridicidad material de la cual se deriva el principio de lesividad.

En el caso presente, la conducta endilgada al procesado ABADÍA CAMPO, además de típica es antijurídica en tanto su proceder de manera real y efectiva, sin existir una causal de justificación demostrada, lesionó el bien jurídico de la administración pública al vulnerar el principio de legalidad que se le imponía proteger en el trámite contractual.

Y con ese, además los principios rectores de la contratación estatal, entre ellos el de responsabilidad, que constituyen un requisito esencial aplicable, sin excepción, a todos los contratos que celebre el Estado pues propenden por la participación democrática en condiciones de lealtad e igualdad, la moralidad e imparcialidad que integran la función pública (art. 209 C.P), los que evidentemente fueron desconocidos como se ha demostrado en el transcurso de este fallo.

También se lesionaron los principios de la función pública, la cual debe estar al servicio de los intereses generales desarrollada a través de los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

En consecuencia, el comportamiento de JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO es opuesto a los intereses de la sociedad en cuanto mancilló materialmente los principios rectores de la contratación pública, traducidos en reglas y exigencias de carácter legal de inexorable cumplimiento.

Además, con su actuar menoscabó la confianza general de la sociedad en la vigencia de las normas, las cuales fueron burladas en detrimento del interés general.

#### **4.1.3. Culpabilidad**

En este caso no se acreditó, ni siquiera se planteó por la defensa que el acusado al momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, careciera de la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares (art. 33 C.P). Es así como ABADÍA CAMPO además de conocer que estaba actualizando los elementos estructurales del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sabía que se comportaba antijurídicamente sin concurrir en su favor causal atendible que lo exima de responsabilidad.

Al suscribir el convenio de cooperación de interés público lo hizo en pleno uso de sus facultades mentales y caprichosamente desacató las reglas de la contratación estatal, pudiendo actuar con apego a la legalidad de acuerdo con los fines de la función pública citados.

Es un hecho cierto que ABADÍA CAMPO es profesional en administración de empresas, especialista en derecho administrativo, que participó en el seminario de inducción a la administración pública para autoridades electas realizado por

la ESAP<sup>143</sup>, a lo que se suma que para la época de los hechos ya contaba con algo más de dos años de experiencia en el ejercicio de sus funciones públicas como gobernador, lo que conlleva a concluir que estaba en capacidad de querer y entender su ilicitud, de actuar conforme a esa comprensión, por ende, que desplegar tal comportamiento acarrearía para él consecuencias penales que a la larga debía asumir.

Demostrada más allá de toda duda la tipicidad de la conducta, la antijuridicidad y la culpabilidad, es incuestionable la responsabilidad penal de JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO como coautor del delito de contrato sin cumplimientos de requisitos legales resultante del convenio de cooperación de interés público 0110 del 29 de enero de 2010.

#### **4.2. Del delito de peculado por apropiación a favor de terceros agravado**

Esta conducta se encuentra establecida en el artículo 397 del Código Penal, modificada por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, al siguiente tenor:

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

---

<sup>143</sup> Estipulación probatoria No. 3.

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

*Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.*

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

En el sujeto activo debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica, no necesariamente originada en una asignación de competencia, basta con que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional.<sup>144</sup>

La conducta se estima consumada cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo

---

<sup>144</sup> Cfr. CSJ. SP. 22 feb. 2012, rad. 35606.

haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público.<sup>145</sup>

A este respecto, es de recordar que la jurisprudencia tiene establecido<sup>146</sup> que para la estructuración típica del delito de peculado por apropiación se requiere: *i)* un sujeto activo calificado –servidor público–; *ii)* la apropiación en provecho personal o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones; y *iii)* la competencia funcional o material para disponer de estos.

Ha indicado, asimismo, que con la calidad de servidor público *«debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica no necesariamente originada en una asignación de competencia, basta con que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional»*<sup>147</sup>, de suerte que el acto de apropiación puede tener ocurrencia bien como consecuencia de la disponibilidad directa de los recursos, o con ocasión del ejercicio de un deber funcional que faculta al servidor público

<sup>145</sup> Cfr. CSJ, SP. 10 oct. 2012, rad. 38396.

<sup>146</sup> Cfr. CSJ, SEP00124-2019. Rad. 47255 de 18 de diciembre de 2019.

<sup>147</sup> CSJ, SP18532-2017. Rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.

para decidir sobre el destino de los bienes de la misma naturaleza<sup>148</sup>.

De igual modo, señaló que se trata de un delito de ejecución instantánea, vale decir, se consuma cuando el bien oficial es objeto de un acto externo de disposición con ánimo de apropiación<sup>149</sup>:

*Cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público<sup>150</sup>.*

Es una conducta esencialmente dolosa que por lo mismo requiere *conocimiento* de los hechos constitutivos del tipo penal y *voluntad* en su realización. En tal medida para acreditar que el procesado prevalido de esa conciencia o conocimiento conduce su voluntad a la apropiación de los bienes públicos en provecho suyo o de terceros, como son aspectos que pertenecen a su fuero interno, probatoriamente será necesario analizar los actos externos a través de los cuales puedan acreditarse uno y otro.

### **Constatación de la convergencia de los elementos del tipo penal**

4.2.1. Se endilgó a JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, el

<sup>148</sup> Cfr. CSJ. SP. Rad. 18021 de 6 de marzo de 2003.

<sup>149</sup> Cfr. CSJ. AP. 18 abr. 2012, rad. 38188.

<sup>150</sup> Cfr. CJS. SP18532 8 nov. 2017, rad. 43263.

delito de *peculado por apropiación a favor de terceros agravado*, porque con ocasión del convenio de interés público 0110 que celebró el 29 de enero de 2010, el departamento del Valle del Cauca pagó a la fundación "Calimio" como contraprestación la suma de \$1.000.000.000.00, entidad que para cumplir el objeto convenido subcontrató con Ediciones Alfa y Omega lo que generó sobre costos por \$817.482.400.00.

Dicha conclusión tuvo como soporte el informe de policía judicial del 12 de octubre de 2011<sup>151</sup> que determinó:

(i) El total del material bibliográfico con destino al convenio por \$1.072.000.000.00 lo compró José Antonio Rodríguez y/o La Clave del Saber, por un valor total facturado de \$182.517.600.00, observándose una diferencia de \$817.482.400.00 de más frente a los \$1.000.000.000.00 que aportó el gobierno departamental para su compra.

ii) El que José Antonio Rodríguez adquirió en cuatro casas editoriales, en su mayoría en la Editorial Océano de Colombia por \$164.400.000.00 y el restante en Grupo Latino Editores por \$11.440.000.00, Difusora Larousse de Colombia Ltda por \$4.757.600 y en Grupo Editorial Durán por \$1.920.000.00.

iii) Que José Antonio Rodríguez vendió el material que había adquirido por \$182.517.600.00 a su cónyuge Luz Piedad Hurtado Cardona y/o Ediciones Alfa & Omega en \$658.366.000.00, estableciéndose una diferencia de

---

<sup>151</sup> Prueba No. 20 de la Fiscalía.

\$475.848.400.00; que a su vez aquella vendió a la contratista fundación "Calimio" por \$1.000.000.000.00, es decir, por el valor que la gobernación aportó.

iv) La diferencia entre el valor aportado por el departamento del Valle del Cauca del sistema general de participaciones (\$1.000.000.000.00) y el facturado por el material bibliográfico a José Antonio Rodríguez Molina de La Clave del Saber (\$182.517.600.00) es de \$817.482.400 que corresponde a la diferencia existente entre el valor del convenio y el costo de los libros.

La Fiscalía, el representante de la víctima y la defensa, al unisono demandaron la absolución del acusado bajo el entendido que el exgobernador no tuvo injerencia en la adquisición del material bibliográfico objeto del convenio que en todo caso, se hizo con fundamento en el listado de precios al público y con descuentos que podrían ascender al 80% dependiendo los plazos pactados con las diferentes distribuidoras, por ende, ajustado a los precios del mercado. A lo que se suma que el material se entregó en su totalidad a las instituciones educativas beneficiarias, por lo que no es posible predicar detrimento patrimonial alguno.

Por su parte, el Ministerio Público considera que la Fiscalía si demostró el sobre costo del convenio, pues los precios reales del mercado eran sumamente inferiores a la cuantía del mismo, evidenciándose una apropiación por valor de \$817.482.400.00.

Antes de abordar el estudio de la tipicidad, es conveniente precisar que el sobrecosto desde el punto de vista de la jurisprudencia administrativa, corresponde al precio sobredimensionado que se pacta y paga al contratista y que no tiene justificación frente a la realidad del mercado de los bienes y servicios contratados en cada caso concreto, lo cual no solo vulnera normas imperativas de orden público, sino que constituye una fuente de enriquecimiento indebido a costa del patrimonio público.

En ese sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 27 de abril de 2011<sup>152</sup>, enfatizó:

*Como es conocido la contratación es fuente y principal instrumento de ejecución de gasto público y, por ende, medio para asegurar la satisfacción o logro de los fines y cometidos del Estado, razón por la cual se debe evitar que sea usada para obtener un lucro indebido por parte de los particulares a través de la figura de los sobrepuestos o sobreprecios en el precio del contrato sin justificación alguna, de manera que se logre el máximo de transparencia, probidad y eficiencia en el manejo de los limitados recursos con que cuentan las entidades para la adquisición de los bienes, obras y servicios... (..)*

*Precio de mercado, como se anotó, es el valor usual o común asignado a un bien o a un servicio por el comercio del lugar donde se va a ejecutar el contrato. Por esto, con el fin de detectar mayores valores reprochables y pactados al momento de celebrar el contrato se debe acudir primeramente a una comparación con aquel precio que arroje el mercado y en caso de que lo supere verificar las razones que justifican o explican en forma sensata y razonada esa circunstancia, teniendo en cuenta todas las variables que en él inciden -por ejemplo, el nivel de servicio que se ofrece por parte del distribuidor, infraestructura que se tenga, bonificaciones por volumen de compra, manejo de impuestos, periodos de pagos, entre otras, variables que en términos de comparación se deben de tener en cuenta bajo criterios idénticos entre los oferentes. (...)*

<sup>152</sup> Sentencia del 27 de abril de 2011, Rad. 250002326000199700392401 (18.293).

*Así pues, el sobrecosto o sobreprecio resulta censurable porque no tiene justificación frente a la realidad del mercado y los análisis de las variables que inciden en los costos de los bienes, servicios y obras requeridos por la administración y que de concretarse en una adjudicación o contrato se opone a lo previsto en la Ley 80 de 1993 y por ende, a los fines perseguidos con la contratación pública (art. 3º ibid.), dado que representa adquirirlos o pagarlos a precios significativamente superiores a los ofrecidos por otros agentes o distribuidores del mercado, lo cual genera una lesión patrimonial a la entidad, derivada de una gestión contractual irregular que evidencia una omisión en la etapa precontractual, especialmente, en materia de los estudios económicos de la futura contratación.*

*Por consiguiente, si se supera en forma exagerada y sin justificación alguna atendible el promedio de costos de los bienes, servicios, obras, etc., objeto del contrato, no solo se estará desconociendo el principio de la selección objetiva (L. 80/931 art. 29), por cuanto no se cumple la finalidad de seleccionar la oferta más favorable, sino que también se vulnera el patrimonio público, y por esa vía, los principios de transparencia, economía y responsabilidad que rigen la contratación pública (arts. 24, 25 y 26 ejusdem). Con todo, se precisa que los sobrecostos que se reprochan, están circunscritos a aquellos que se ofertan y se aceptan en los procesos de selección y luego se pactan como precio al inicio o al nacimiento del contrato y que se presentan como la diferencia injustificada, inusitada y desproporcionada, entre el umbral del precio que fija el mercado y el precio fijado en la propuesta recibida por la entidad estatal y luego convenido en el contrato; por tanto, no se refiere a eventos tales como los mayores gastos e inversiones que por diferentes causas podría soportar un contratista en la ejecución del objeto contractual y que no fueron previstos ni reconocidos por la entidad estatal, cuya licitud, reconocimiento o resarcimiento se deben analizar de acuerdo con las circunstancias en que hayan acaecido, según el régimen de responsabilidad y bajo el principio del equilibrio económico del contrato.*

Bien, la calidad de servidor público de ABADÍA CAMPO, no ofrece discusión pues probado está que para la época de los hechos era el gobernador del Valle del Cauca, por ende, el representante legal y ordenador del gasto, en tal condición conforme disponen los artículos 303 Superior y 11, numeral 3º, literal b, de la Ley 80 de 1993, tenía la función de administrar y ordenar el presupuesto asignado al

departamento, el cual podía comprometer mediante la celebración de contratos.

Respecto del segundo requisito, está suficientemente demostrado que con ocasión de sus funciones como ordenador del gasto, los recursos que el ente territorial recibió del sistema general de participación para poner en marcha el proyecto *«dotación bibliotecas escolares a instituciones educativas»*, estaban bajo su administración, así lo evidenció el certificado de disponibilidad presupuestal CDP-M-077 y el registro presupuestal RPC No. 4500003025<sup>153</sup> por \$1.000.000.000.00 que el 29 de enero de 2010 expidió la subsecretaria económica y de presupuesto; emolumentos que al celebrar el convenio de cooperación de interés público con la fundación *«Calimío»*<sup>154</sup>, comprometió.

En cuanto a la apropiación de los recursos del convenio en provecho de terceros, se constató que el 28 de febrero de 2010 y por un mes, Luz Delly Martínez Collazos, representante legal de la fundación *«Calimío»* celebró con Luz Piedad Hurtado Cardona de Ediciones Alfa y Omega, el contrato de suministro cuyo objeto consistía en *«suministrar los elementos cuya calidad, cantidad y precio se detallan en la propuesta presentada por el contratista la dotación de material bibliográfico en 10 municipios del Departamento del Valle del Cauca»*<sup>155</sup>.

<sup>153</sup> Prueba No. 3 de la Fiscalía.

<sup>154</sup> Prueba No. 6 de la Fiscalía.

<sup>155</sup> Prueba No. 11 de la Fiscalía.

Se constató, además, que quien ejecutó el objeto del contrato de suministro fue la empresa Editorial La Clave del Saber de José Antonio Rodríguez Molina, cónyuge de Luz Piedad Hurtado Cardona, es decir, con quien la fundación «Calimio» subcontrató para cumplir el convenio de cooperación 0110 de 2010, parentesco por afinidad que se acreditó con el registro civil de matrimonio No. 2796002 del 26 de julio de 1999<sup>156</sup> y respecto de la adquisición de los textos escolares del proyecto dotación de bibliotecas, con las facturas de compra incorporadas en el juicio oral, que evidencian que entre el 12 y 31 de marzo de 2010 ello tuvo lugar con las empresas Editorial Océano de Colombia<sup>157</sup>, Difusora Larousse de Colombia Ltda<sup>158</sup>, Grupo Editorial Latino Editores<sup>159</sup> y Grupo Editorial Durán<sup>160</sup>, por un total de \$182.517.600.00.

Material bibliográfico que entre el 2 y el 31 de marzo de 2010, José Antonio Rodríguez Molina de la Editorial La Clave del Saber vendió en su totalidad a su cónyuge Luz Piedad Hurtado, según las facturas de venta Nos. 5470, 5472, 5474, 5475, 5476, 5477, 5478, 5480, 5482, 5483, 5484, 5485 y 5486<sup>161</sup>, por \$658.366.000.00 y, que el 22 del aludido mes y año, en virtud del contrato de suministro y en calidad de representante legal de Ediciones Alfa & Omega, vendió a la fundación «Calimio», tal y como lo evidencian las facturas 00470, 00471, 00472, 00473, 00474 por

<sup>156</sup> Prueba No. 10 de la Fiscalía.

<sup>157</sup> Prueba No. 15 de la Fiscalía.

<sup>158</sup> Prueba No. 16 de la Fiscalía.

<sup>159</sup> Prueba No. 17 de la Fiscalía.

<sup>160</sup> Prueba No. 18 de la Fiscalía.

<sup>161</sup> Prueba No. 14 de la Fiscalía.

\$1.000.000.000.00<sup>162</sup>.

Valor que el departamento del Valle del Cauca pagó a la Fundación «Calimío» con los cheques de gerencia del Banco Popular No. 5050069<sup>163</sup> del 16 de marzo de 2010 por \$500.000.000.00, No. 5048111<sup>164</sup> del 5 de mayo del mismo año por \$475.000.000.00 y 5048112<sup>165</sup> del 10 de mayo del año en cita por \$25.000.000.00 a nombre del Fideicomiso del ente territorial.

Así lo ilustró Esperanza Montes de Rincón, cuando compareció al juicio oral como testigo de acreditación y perito contadora adscrita al grupo investigativo de delitos contra la administración pública CTI seccional Cali<sup>166</sup>, cuando en forma clara, lógica y coherente expuso que conforme a las evidencias recolectadas elaboró un informe<sup>167</sup> en el que estableció que los textos escolares con los cuales fueron dotadas las 40 bibliotecas de las instituciones escolares en los 10 municipios, fueron adquiridos por el valor real de \$182.517.600.00, existiendo una diferencia entre el monto de los recursos aportados por el departamento del Valle del Cauca -Secretaría de educación del sistema general de participaciones- \$1.000.000.000.00 y, el valor facturado a José Antonio Rodríguez, de \$817.482.400.00<sup>168</sup>.

<sup>162</sup> Prueba No. 13 de la Fiscalía.

<sup>163</sup> Prueba No. 19 de la Fiscalía.

<sup>164</sup> Prueba No. 19 de la Fiscalía.

<sup>165</sup> Al cual hace alusión la servidora de policía judicial, Esperanza Montes de Rincón.

<sup>166</sup> Sesión de audiencia de juicio oral del 2 de agosto de 2020. Práctica probatoria de la Fiscalía.

<sup>167</sup> Prueba No. 20 de la Fiscalía.

<sup>168</sup> Prueba No. 20 de la Fiscalía.

La defensa e incluso la misma Fiscalía, pretendieron controvertir el testimonio de la experta del CTI y la conclusión a la que arribó, con el argumento de que los textos escolares se compraron a las editoriales y distribuidoras intermediarias con descuentos superiores al 75 y 80% de su valor, dependiendo de los plazos pactados, como típicamente lo hacen las empresas dedicadas a la venta de libros y tal cual lo declararon en juicio Jaime Durán Arango de la Editorial Durán, Maritza Ivonne Cortes Jiménez de Editorial Larousse y Orlando Fajardo Castillo de Editorial Océano de Colombia, aspecto que la perito no tuvo en cuenta al momento de establecer los precios del mercado con los que fijó el sobrecosto del convenio.

Empero, olvidan que realizó un simple cotejo entre las facturas de compra de los bienes entregados en calidad de suministro -que no reflejan descuentos en los porcentajes que se mencionan- y, el real valor pagado por los mismos para evidenciar el considerable sobrecosto lo que, por supuesto va en contravía de la contratación pública y de la real función administrativa, que como lo establece el artículo 209 Superior: *«está al servicio de los intereses generales»*. Por el contrario, el convenio aquí cuestionado privilegió única y exclusivamente el interés particular, en todo caso, en perjuicio de las arcas oficiales.

No cabe duda que el sobrecosto que se reprocha es el resultado del inadecuado estudio de precios del mercado con el que en la fase precontractual se fijó su valor, al baremo de las cotizaciones que en similares términos y precios presentaron empresas con vínculos familiares y laborales con José Antonio

Rodriguez Molina quien a la larga compró y vendió los textos del convenio, en lo que resultó ser un proceso amañado de comienzo a fin para obviar la selección objetiva del contratista como se analizó en precedencia y permitir que terceros como el antes mencionado y su cónyuge, se beneficiaran de la apropiación indebida de los recursos del departamento.

4.2.2. No puede perderse de vista que el peculado se estima consumado cuando se sustrae el bien de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlo propio o de que un tercero lo haga. En este caso, los recursos oficiales objeto de la apropiación se pagaron a la fundación «Calimio» con los cheques de gerencia a los que se hizo alusión líneas arriba, cuando ABADÍA CAMPO aún era gobernador<sup>169</sup> y fue en ese momento en el que se ejecutó la sustracción y se privó al ente territorial de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumpliera la acción disfrutara o gozara de aquellos, basta con que se le impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público<sup>170</sup>.

Acerca de la apropiación por el servidor público, la Corte precisó:

*el servidor público siendo garante de los recursos del Estado, esto es, de su correcta utilización y destinación, es la única persona que puede consumir el punible, pues si la apropiación la hace un tercero, vale decir alguien ajeno a la administración o al menos sin incidencia funcional sobre los recursos, lo que cometería sería otra figura delictual como un hurto o una estafa.*

<sup>169</sup> Estipulación probatoria No. 2. Cargo que desempeñó hasta el 10 de junio de 2010 y del 24 del mismo mes hasta al 6 de agosto del mismo año.

<sup>170</sup> Cfr. CSJ. SP. rad. 38396.

*Es la disposición directa que se tiene sobre los bienes, lo que permite el legislador hacer uso de la partícula "se" para simbolizar que la apropiación debe hacerla el servidor público y para ello no requiere que los recursos ingresen materialmente a sus arcas, sino que, con clara lesión al bien jurídico de la administración pública, se destinen sin más a las de terceros<sup>171</sup>.*

También ha entendido, que este punible se ejecuta:

*no solo por la concurrencia exclusiva de la disponibilidad jurídica y en ese sentido ha diferenciado entre ésta definiéndola como la facultad legal que tiene el servidor público de disponer de los bienes del Estado o de los particulares que tenga, administre o custodie y la material cuando el funcionario tiene o interviene en la custodia del bien y a ella ha llegado por razón de sus funciones ubicándose en situación de ejercer poder jurídico superior, de modo que si lo emplea para apropiarse del bien incurre en el delito de peculado, sin que sea necesario que además posea la disponibilidad jurídica<sup>172</sup>.*

En síntesis, conforme los anteriores presupuestos, no cabe duda que en este asunto la conducta se consumó con la apropiación ilegal de los recursos del convenio, los que se habían dejado en administración, tenencia o custodia del acusado ABADÍA CAMPO por razón de sus funciones propias de gobernador y ordenador del gasto, y en virtud de ello se apropió a favor de terceros de \$817.482.400.00.

De otro lado, no puede argüirse que el exgobernador ABADÍA CAMPO, no tuvo injerencia en la adquisición de los textos, cuando irrefutable es que edificó un convenio de cooperación de interés público en el que una fundación sirvió de puente para la apropiación de los recursos del

<sup>171</sup> Cfr. CSJ SP nov 8 2007, rad. 26.450, CSJ SP abr 6 de 2005, rad. 20.400.

<sup>172</sup> Cfr. CSJ SP Jul 13 2006, rad. 25.266, SP nov 12 de 1997, rad. 9887.

departamento, en beneficio de particulares que de principio a fin estuvieron involucrados en las irregularidades que marcaron el proceso contractual, por ejemplo, con la participación de familiares y de un empleado de José Antonio Rodríguez Molina en las cotizaciones que sirvieron de insumo para fijar el monto de la contratación en los estudios previos y la subcontratación de su cónyuge para ejecutar el objeto convenido, con la única finalidad de asegurar su favorecimiento y, por supuesto con la venia del ordenador del gasto.

Es cierto que el material bibliográfico se entregó en su totalidad a las instituciones educativas beneficiarias o por lo menos, así lo narraron dos de los rectores de las instituciones educativas que lo recibieron, lo que se reprocha es la forma como la gobernación los adquirió, esto es, recurriendo a una serie de artificios con los cuales defraudar el erario público, pues no de otra manera puede explicarse la intervención de José Antonio Rodríguez Molina en la etapa precontractual y de ejecución del convenio, a través de las empresas con las que mantenía vínculo familiar o laboral (Grupo Editorial Pacifico, Ediciones y Dotaciones Viejo Caldas y Ediciones Alfa & Omega) y, lo desproporcionado que resultaron ser los precios que la administración pagó a la fundación «Calimio», con los que el prenombrado los compró de contado y no por el método del placismo, como en su momento lo pretendieron hacer ver la Fiscalía y la defensa en punto a justificar los sobrecostos del convenio.

Son precisamente los sobrecostos generados con ocasión

del convenio los que en este escenario la Sala discute, al ser el producto de los deficientes estudios de precios del mercado con los cuales se afectó el principio de planeación, pues claramente lo pagado superó el valor real de los textos adquiridos mediante la tercerización o subcontratación, por lo que, en este asunto, sí es posible predicar detrimento patrimonial.

En el *sub examine*, nada se dejó al azar: las irregularidades advertidas en el trámite del convenio 0110 de 2010 relativas a esquivar la licitación pública, la inadecuada elaboración de los estudios previos, la modalidad de contratación escogida, la selección del contratista sin que cumpliera el requisito de idoneidad de cara a la subcontratación y a la cadena de compras que efectuó para cumplir con el objeto de lo convenido; sumado a la suscripción de la minuta sin verificar los requisitos legales y los sobrecostos que generó tal contratación, obedece a una serie de actos criminales llevados a cabo con el propósito de favorecer el interés de terceros en detrimento del erario departamental.

Es absolutamente incuestionable que celebrar el convenio de interés público de forma irregular, dando lugar al punible de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, constituyó el medio idóneo para la apropiación de los recursos en favor de José Antonio Rodríguez Molina y su cónyuge, Luz Piedad Hurtado Cardona, gracias a la voluntad del exgobernador ABADÍA CAMPO, sin que sea de recibo la apreciación hecha por la representante de la Fiscalía, respecto a que dentro de sus responsabilidades no le correspondía estar pendiente de la adquisición de los textos y su entrega a las

instituciones educativas, cuando se demostró que su participación fue clave para que en la fase de ejecución, los precitados resultaran favorecidos.

Lo anterior conlleva a que la conducta del aforado encuadre en el tipo penal de *peculado por apropiación*, por apropiarse a favor de terceros de bienes del Estado cuya administración le fue confiada con ocasión a sus funciones como gobernador del departamento del Valle del Cauca.

Del curso de los acontecimientos ya ampliamente reseñado puede concluirse que el procesado JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO sabía de su responsabilidad como ordenador del gasto y comprendía sin duda que al formalizar el convenio de cooperación de interés público 0110 de 2010, comprometía los recursos públicos invertidos con ese propósito y permitiría que terceros inescrupulosos se beneficiaran de los mismos; incurriría en el delito de peculado, a pesar de ello, no se detuvo, y a sabiendas de lo que implicaba su actuar propició la apropiación de los recursos en cuantía de los \$817.482.400 como se mencionó en detrimento del erario departamental.

Itera la Sala, el resultado sin duda alguna, era comprendido por el exgobernador pues sabía que al suscribir una contratación irregular, los recursos dispuestos para su ejecución serían desembolsados en forma definitiva, lo cual garantizaría su apropiación, lo que permite inferir fundadamente que todo fue perfectamente calculado para que los particulares se lucraran con los recursos que habían sido destinados a la adquisición del material bibliográfico con el

cual serían dotadas las instituciones escolares en los 10 municipios del departamento del Valle del Cauca.

En ese orden, se configuran tanto el tipo objetivo como el subjetivo del peculado por apropiación por el que se le acusó en calidad de coautor, imputándose a título de dolo toda vez que no obstante conocer los elementos del tipo objetivo, como se advirtió, orientó su voluntad a la apropiación de dineros públicos a favor de terceros en la cuantía antes determinada.

#### **4.2.2. Antijuricidad**

Como se expuso para el análisis de esta misma categoría dogmática en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, este delito de peculado por apropiación implica también la afectación del bien jurídico tutelado de la administración pública, que hace referencia a la correcta utilización de los fondos encomendados en administración, custodia o tenencia al servidor público.

Bajo esa premisa, se demostró a través de las pruebas allegadas al expediente que JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO es coautor del ilícito de peculado por apropiación a favor de terceros, conducta que se halla consignada en el Código Penal como una de aquellas que lesiona el adecuado desarrollo de la actividad estatal, cuyo fin no es otro que satisfacer el interés general.

En efecto, como se adujo con apoyo de la

jurisprudencia<sup>173</sup>, el propósito de la administración pública es proveer por la atención de las necesidades colectivas a través de una actividad estatal ajustada a la legalidad y donde el servidor público funge como garante, entendiéndose a la administración como algo dinámico que se ve realmente afectado por la actuación desviada del servidor.

JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO fue elegido como gobernador del departamento del Valle del Cauca, razón por la que se le encomendó proveer por una adecuada administración de los recursos que poseía el ente territorial, pero en su lugar actuó encaminado a la apropiación de los mismos mediante la suscripción de un convenio de interés público para la dotación de 40 bibliotecas escolares de los establecimientos educativos públicos en 10 municipios del ente territorial con sobrecostos, con el único propósito de que los emolumentos correspondientes al aporte de la entidad pública se entregaran a terceros.

Lo que produjo una efectiva y grave lesión al bien jurídico tutelado, pues el aforado en ejercicio de su función atentó contra el Estado que representaba y causó así un grave perjuicio a la comunidad, especialmente en este caso a los alumnos y profesores de las instituciones de enseñanza ubicados en las zonas rurales y en las cabeceras de los municipios cobijados por el convenio que lógicamente se vieron privados de esos recursos, los que de haber sido administrados conforme a los principios constitucionales en cita, podrían

---

<sup>173</sup> CSJ SP, 22 feb. 2012, Rad. 35606.

haberse destinado para dotarlas con textos que versaran sobre el enfoque o campo específico del centro educativo y, en general que habrían propendido por el goce del derecho a la educación.

#### **4.2.3. Culpabilidad**

Para la Sala es evidente que el comportamiento de ABADÍA CAMPO le resulta reprochable porque actuó con conciencia de su antijuridicidad. No se acreditó durante la actuación procesal evento, padecimiento o condición alguna que tuviere la potestad para afectar su autodeterminación, por el contrario, prevalido de su status actuó con el ánimo de obtener un provecho para terceros.

Por otra parte, como ya se expuso se probó que el procesado JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO es una persona adulta, con formación académica y que para la época de los hechos reportaba algo más de dos años al frente de la gobernación del Valle del Cauca, por lo que se infiere sin dificultad que podía comprender la ilicitud del comportamiento que estaba llevando a cabo y contando con la posibilidad de determinar el mismo de manera distinta, esto es, en acatamiento de las normas constitucionales y legales que juró proteger, optó de manera voluntaria por apartarse y contrariarlas mediante la apropiación de recursos públicos a favor de terceros, siendo así merecedor de un juicio del reproche.

#### **De la realización de las conductas en calidad de coautor por ABADÍA CAMPO**

La Ley 599 de 2000 establece en su artículo 28 que *«concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes»* y en el artículo 29 se establece las tres formas clásicas de autoría, esto es, autor directo o inmediato, autor indirecto o mediato y coautor.

Se ha aceptado la clara distinción entre autores y partícipes pues se acogen los postulados generales de la teoría del dominio del hecho, según la cual, *“autor” será aquel que ejecute los hechos típicos con dominio del hecho; “partícipe”, aquel que colabore con éste en la ejecución de la conducta, pero sin poseer el dominio del hecho, entendido como la capacidad del sujeto para determinar la realización (o no) del hecho punible<sup>174</sup>.*

De acuerdo con el artículo 29 de la Ley 599 de 2000, son coautores los que mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte. Para el presente caso, respecto a la coautoría impropia, se pregona su configuración cuando la conducta se realiza material y directamente por varias personas en acuerdo, sea que todos desarrollen íntegra y en conjunto la acción descrita o que la hagan con trabajo dividido.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala advierte que la conducta desplegada por ABADÍA CAMPO se inscribe en el campo de la coautoría impropia que exige la necesaria presencia de los siguientes elementos: *i)* un acuerdo o plan

---

<sup>174</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 2018.

común; *ii*) división de funciones y *iii*) trascendencia del aporte en la fase ejecutiva del ilícito<sup>175</sup>, en razón a lo siguiente:

Por las irregularidades advertidas en torno a la elaboración y suscripción de los estudios previos y de la minuta del contrato (pruebas No. 4 y 6 de la Fiscalía), se infiere que el acusado ABADÍA CAMPO acordó por lo menos con su secretario de educación - Eiber Gustavo Navarro Piedrahita-, la manipulación del proceso contractual aprovechando la desconcentración del trámite en la dependencia a cargo de este último funcionario, para que desde primigenia oportunidad, esto es, desde la elaboración de los estudios previos y sin sospecha alguna, se escogiera una modalidad que permitiera con facilidad adjudicar sin problema el contrato a dedo a la fundación «Calimio».

Lo anterior producto de la división de funciones que se presentó, cuando menos, entre el aludido funcionario y ABADÍA CAMPO como ordenador del gasto, que deliberadamente facilitó que su subalterno adelantara el proceso contractual con serias irregularidades, cuyo propósito estaba dirigido a favorecer a terceros.

No queda duda del aporte trascendente de acuerdo a como se realizó la conducta, ello se deduce desde el mismo momento en el que suscribieron el documento de estudios previos con serias anomalías en su elaboración, lo cual ratifica que fue un instrumento más en el andamiaje para fijar la

---

<sup>175</sup> Cfr. CSJ SP682-2022, mar 9 2022, rad. 59741, CSJ SP 1129-2022, abr. 6 de 2022, rad. 5874.

modalidad con la que caprichosamente sería escogida la entidad contratante.

Lo relevante es que el aporte del exgobernador ABADÍA CAMPO garantizó la consumación de los punibles al participar en la elaboración de los estudios previos y al omitir controlar y vigilar, de manera consciente y voluntaria las actuaciones de sus subalternos, máxime, si la función contractual estaba desconcentrada y recaía en la dependencia de este último funcionario, lo que claramente obedeció a la realización de un mismo objetivo, pues a sabiendas de que el trámite adelantado no cumplía con los requisitos legales esenciales y las implicaciones que ello conllevaría suscribió un contrato ilegal, lo que creo un riesgo jurídicamente desaprobado que se concretó en el resultado típico ya conocido.

Se insiste, el aporte efectuado por ABADÍA CAMPO resultó trascendente, pues al incumplir en su totalidad con sus deberes legales y constitucionales permitió la consumación de los punibles por los que se le juzga, ello sin pasar por alto, que el secretario de educación, Eiber Gustavo Navarro Piedrahita, por estos mismos hechos fue condenado.

## **5. De las penas**

La comisión de los delitos demostrados exige la imposición de las penas previstas en la legislación que respondan a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (artículo 3º del Código Penal) y que cumplan funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial,

reinserción social y protección al condenado (artículo 4º ibidem). Las sanciones previstas en los tipos transgredidos deben dosificarse siguiendo las reglas de los artículos 60 y siguientes del Código Penal.

Atendiendo lo normado en el artículo 31 del C.P para establecer el quantum de la sanción en los casos de concurso de conductas punibles, el funcionario judicial deberá partir de la sancionada con la pena más grave. Por ello, se calculará la imponible para cada una según las circunstancias específicas aumentada hasta en otro tanto, sin que pueda superar la suma aritmética de la que corresponda a cada una de las atribuidas debidamente dosificadas.

Ahora de acuerdo con las circunstancias de mayor o menor punibilidad que hayan sido endilgadas a efectos de la ubicación en todos los cuartos punitivos, como todo evento modulador de la pena debe estar motivado en criterios de proporcionalidad.<sup>176</sup>

## **5.1. De las penas**

### **5.1.1. Del contrato sin cumplimiento de requisitos legales**

#### **De la pena de prisión**

El artículo 410 de la Ley 599 de 2000, modificado por el

---

<sup>176</sup> Cfr. CSJ SP, 23 may. 2018, rad. 52159.

artículo 14 de la Ley 890 de 2004, contiene un marco punitivo de 64 a 216 meses de prisión. El ámbito de movilidad es de 38 meses<sup>177</sup>. Los cuartos son: el primero oscila entre 64 y 102 meses; los dos cuartos medios de 102 meses más un día a 140 meses y de 140 meses más un día a 178 meses, y el cuarto máximo último de 178 meses más un día a 216 meses de prisión.

La pena de multa oscila entre 66.66 a 300 smlmv, siendo el ámbito de movilidad de 58.33<sup>178</sup>: el primer cuarto de 66.66 a 124.99 smlmv, el segundo de 125 a 183.33 smlmv, el tercero de 183.34 a 241.67 smlmv, y el último de 241.68 a 300 smlmv.

Mientras que la de inhabilitación para el ejercicio de las funciones es de 80 a 216 meses; el ámbito de movilidad es de 34 meses<sup>179</sup>; los cuartos: de 80 a 114 meses; de 114 meses más un día a 148 meses; de 148 meses más un día a 182 meses; y, de 182 meses más un día a 216 meses.

En este asunto, la fiscalía le imputó como circunstancia de mayor punibilidad la posición distinguida que el sentenciado ocupaba en la sociedad por su cargo (numeral 9º del artículo 58 de la Ley 599 de 2000). La concurrencia de una cualquiera de tales calidades (riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio) en el procesado traduce una mayor exigencia en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades individuales y sociales, lo cual explica que el delito cometido se

<sup>177</sup> Cada cuarto es de 38 meses (152 dividido en 4).

<sup>178</sup> Cada cuarto es de 58.33 smlmv (233.34 dividido en 4).

<sup>179</sup> Cada cuarto es de 34 meses (136 dividido en 4).

considere más grave<sup>180</sup>.

En términos de la Corte Constitucional, esta causal de agravación no es “*gratuita*” sino que surge:

*a partir de diferencias relevantes que precisamente llevan a considerar que, dentro de la sociedad, los individuos de quienes se trata son precisamente los “distinguidos”, eso es, los que sobresalen por cualquiera de los factores enunciados, colocándolos en un nivel privilegiado frente a los demás. Es precisamente de ellos –a quienes más se ha dado de quienes más se espera en lo relativo a la observancia de la ley y el respeto al orden jurídico<sup>181</sup>.*

En ese sentido, de la sola contrastación entre la acusación y lo probado en esta actuación, a tono con los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía que la fiscalía atribuyó al procesado, emerge nítida la circunstancia de agravación punitiva, puesto que para el 29 de enero de 2010, fecha en la que se celebró de forma irregular el convenio de cooperación y fueron entregados los recursos dispuestos para su ejecución, ABADÍA CAMPO era el gobernador del Valle del Cauca, cargo para el cual había sido elegido por voto popular.

El cargo que para entonces ostentaba el acusado sin duda alguna corresponde al más alto en la estructura de la rama ejecutiva departamental, por lo que puede afirmarse sin equívoco que ocupaba un lugar privilegiado en la sociedad y en esa medida un reconocimiento social, además de demandarle

<sup>180</sup> Cfr. CSJ SP7633-2016, jun 8 de 2016, rad. 38999.

<sup>181</sup> Cfr. CC C-038 feb. 19 1998.

una mayor exigencia en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades como administrador y ordenador del gasto, así como el acatamiento de la Constitución y las normas de contratación estatal, lo cual explica que los delitos cometidos se consideren graves.

A la par, le atribuyó la relativa a obrar en coparticipación criminal (numeral 10º artículo 58 de Ley 599 de 2000), que también se demostró, ya que en la celebración del convenio participó el secretario de educación departamental, Eiber Gustavo Navarro Piedrahita y como intervinientes los representantes legales de la fundación «Calimio», Ediciones Alfa & Omega y La Clave del Saber, Luz Delly Martínez Collazos, Luz Piedad Hurtado Cardona y José Antonio Rodríguez Molina, condenados por el Juzgado 9º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cali por estos hechos.

Igualmente, en el presente evento se demostró la causal de menor punibilidad consagrada en el numeral 1º del artículo 55 del Código Penal, reconocida por la fiscalía en la acusación, pues no obra constancia de que tenga antecedentes penales.

Sigue ahora ubicar el cuarto de movilidad en que ha de establecerse la pena a imponer atendiendo los criterios previstos en el inciso 2º del artículo 61 del Código Penal.

Comoquiera que en este caso concurren circunstancias de mayor y de menor punibilidad, que implica en principio que la pena se ubique en uno de los dos cuartos de la mitad, siguiendo

la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal<sup>182</sup>, seleccionará el cuarto medio que corresponda tomando en cuenta el número, la naturaleza y gravedad de las mismas.

Pues bien, revisados el número, la naturaleza y gravedad de las circunstancias de mayor y menor punibilidad indicadas, llega la Sala a la conclusión que tienen mayor peso las primeras sobre la segunda en atención al daño creado con el comportamiento en tanto supuso una grave y flagrante infracción a las normas de la contratación que propiciaron otro comportamiento inequívocamente dirigido al apoderamiento a favor de terceros de dinero del erario departamental que iba destinado a suplir necesidades de la comunidad estudiantil de las zonas rurales y urbanas de los municipios de Andalucía, Bugalagrande, Riofrio, Trujillo, Bolívar, San Pedro, Yotoco, Vijes, La Victoria y Toro, y en ese orden la pena a imponer se ubicará en el segundo cuarto medio de movilidad, es decir 140 meses más un día a 178 meses.

Así las cosas, en razón a la necesidad de la pena y las funciones resocializadora y preventiva que cumpliría, la Sala estima razonable inicialmente partir del mínimo del segundo cuarto medio<sup>183</sup> al que por razón de la gravedad de la conducta le adicionará 3 meses, equivalente a un 7.89% del rango de movilidad, por tanto, la pena de prisión por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se fijará en 143 meses y un día respetando los criterios previstos en el inciso 3º del artículo 61 del Código Penal, de cara a las particularidades que

<sup>182</sup> CSJ. SP338-2019, radicado 47675 de 13 de febrero de 2019.

<sup>183</sup> 140 meses más un día.

rodearon la ejecución de la conducta<sup>184</sup>.

### **Pena de multa**

El artículo 410 del Código Penal señala una pena de multa es de 66.66 a 300 smlmv, siendo el ámbito de movilidad 58.33 smlmv<sup>185</sup>, en consecuencia, el primer cuarto va de 66.66 a 124.99 smlmv, el segundo de 125 a 183.33 smlmv, el tercero de 183.34 a 241.67 smlmv, y el último de 241.68 a 300 smlmv.

Tomando en consideración las mismas razones expuestas para la pena de prisión y los parámetros previstos en el artículo 39-3 del Código Penal, tales como el grave daño causado con la irregular contratación, la ostensible actitud dolosa del procesado y su privilegiada situación económica, la Sala a partir del mínimo del segundo cuarto medio, aumentado en la misma proporción del 7.89% de la pena privativa de la libertad, impondrá una multa por este punible de 187.94 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos.

Es preciso indicar que la multa se deberá consignar a nombre del Ministerio de Justicia y del Derecho, según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000<sup>186</sup>.

### **Pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas**

<sup>184</sup> Cfr. CSJ SP 2239 de 2015, rad. No. 45099; y, CSJ SP 30 ab. 2014, rad. 41350, entre otras.

<sup>185</sup> Cada cuarto es 58,3 (233,34 dividido en 4).

<sup>186</sup> Modificado por el artículo 6° de la Ley 2197 de 2022.

El artículo 410 del Código Penal señala una pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas para el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales de 80 a 216 meses; el ámbito de movilidad es de 34 meses<sup>187</sup>; los cuartos: de 80 a 114 meses; de 114 meses más un día a 148 meses; de 148 meses más un día a 182 meses; y, de 182 meses más un día a 216 meses.

Ahora bien, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el aludido artículo 61 y reseñados al momento de señalar la pena de prisión, para efectos de la tasación de la pena principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, debe situarse para empezar, en el mínimo del segundo cuarto medio<sup>188</sup> y, dadas las circunstancias anteriores y la proporción aplicada para la pena de prisión de 7.89%, la Sala impondrá por este delito 150.68 meses (150 meses y 20 días).

### **5.1.2. Del peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía.**

#### **Pena de prisión**

De acuerdo a lo indicado en el inciso 1º y 2º del artículo 397 del Código Penal, este punible tiene señalada pena de prisión de 96 a 270 meses de prisión, que aumentada hasta la mitad arroja un total de entre 96 a 405 meses de prisión. El

<sup>187</sup> Cada cuarto es de 34 meses (136 dividido en 4).

<sup>188</sup> 148 meses más un día

ámbito de movilidad es de 77.25 meses<sup>189</sup>. Los cuartos son: el primero entre 96 a 173.25 meses; los dos cuartos medios de 173.25 meses más un día a 250.5 meses y de 250.5 meses más un día a 327.75 meses; y el cuarto máximo entre 327.75 meses más un día y 405 meses.

De acuerdo con la jurisprudencia vigente de la Sala de Casación Penal, no es necesario analizar de manera pormenorizada todos y cada uno de sus factores, ya que el juez de acuerdo con las peculiaridades de cada caso puede destacar la importancia de uno por encima de otro<sup>190</sup>.

Sigue ahora ubicar el cuarto de movilidad en que ha de establecerse la pena a imponer atendiendo los criterios previstos en el inciso segundo del artículo 61 del Código Penal.

Como se explicó, ABADÍA CAMPO, fue objeto de imputación de circunstancias mayor y menor punibilidad, que implican en principio que la pena se ubique en uno de los dos cuartos de la mitad, la Sala, siguiendo la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal<sup>191</sup>, seleccionará el cuarto medio que corresponda tomando en cuenta el número, la naturaleza y gravedad de las mismas.

Pues bien, revisadas la naturaleza y gravedad de las circunstancias de mayor y menor punibilidad indicadas llega la Sala a la conclusión que tienen mayor peso las primeras sobre

<sup>189</sup> Cada cuarto es 77.25 smmv. (390 dividido en 4).

<sup>190</sup> CSJ SP 2239 de 201, rad. No. 45099; y, CSJ SP 30 ab. 2014, rad. 41350.

<sup>191</sup> CSJ. SP338-2019, radicado 47675 de 13 de febrero de 2019.

la segunda en atención al daño creado con el comportamiento en tanto supuso un ingente detrimento al presupuesto de la gobernación del Valle del Cauca propiciado también en un comportamiento inequívocamente dirigido al apoderamiento a favor de terceros del dinero estatal, del que se insiste iba destinado a la comunidad estudiantil de las zonas rurales y urbanas de varios municipios de dicho departamento. En ese orden para los fines de la pena a imponer se ubicará en el mínimo del segundo cuarto medio de movilidad, esto es, entre 250.5 meses más un día a 327.75 meses.

De acuerdo con los mismos criterios, circunstancias y proporción del 7.89% aplicadas para dosificar la pena de prisión por el delito anterior, que no concierne repetir, la Sala impondrá por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía la pena de prisión de 256.5 meses (256 meses 15 días).

#### **Pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas**

Conforme con el artículo 397 del Código Penal aplicable para la época de los hechos, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas es por el mismo término de la prisión por lo que se impondrá por este concepto los mismos 256.5 meses (256 meses 15 días).

#### **Pena de multa**

La multa equivalente al valor de lo apropiado sin que

supere los 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuantía que en el caso concreto, correspondería a la suma de \$817.482.400.00, que confrontada con el valor del salario mínimo vigente para el año 2010 -\$515.000-, corresponderían a 1.587 salarios mínimos legales mensuales, que no supera el tope legal señalado.

## **6.2. Del concurso de conductas punibles**

Ahora bien, conforme con los lineamientos del artículo 31 del Código Penal, quien *«con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas»*.

Según se extrae del ejercicio de dosificación punitiva realizado, conforme la regla fijada por el artículo 31 del Código Penal, se aprecia que la pena más grave es la alusiva al delito de peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía, por lo que la Sala para efectos de determinar la pena de prisión partirá de la deducida para este delito, es decir, 256.5 meses de prisión, aumentada hasta en otro tanto sin que supere la suma aritmética de las dos penas individualmente dosificadas, por modo que la aumentará en 3 meses más por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos, que equivale a una proporción de 2.09%, para un total de pena de prisión

de **259.5 meses (259 meses 15 días)** a JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO.

En relación con la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas para efectos de individualizarla, la Sala partirá de los mismos 256.5 meses de prisión y la aumentará en 3.1 meses que corresponde a la misma proporción del 2.09% deducida para la pena de prisión por el concurso con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales para un total de 259.6 meses (259 meses 18 días), empero dado que supera el límite máximo de duración previsto en el artículo 51 de la Ley 599 de 2000, se fijará en **240 meses**. Esta pena comporta la restricción de los siguientes derechos: *“elegir y ser elegido, ejercer cualquier otro derecho político, función pública dignidades y honores que confieren las entidades oficiales”* (artículo 44 *ibidem*).

La pena de multa en el caso del concurso, de acuerdo con el artículo 39-4 del Código Penal, corresponde a la suma de las multas impuestas por cada infracción, en este caso, por razón del contrato sin cumplimiento de requisitos legales se impuso como multa 187.94 smlmv para la época de los hechos que se sumarán a los \$817.482.400.00 por concepto del peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía, para una pena de multa total de novecientos once millones doscientos setenta y un mil quinientos pesos (\$914.271.500.00), suma que deberá consignar a nombre del Ministerio de Justicia y del Derecho, conforme a lo indicado en el artículo 42 *ibidem*, modificado por el artículo 6° de la Ley 2197 de 2022.

## 7. De las penas privativas de otros derechos

Dado que a nombre de JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO se emitirá condena por un delito que afecta el patrimonio del Estado (peculado por apropiación a favor de terceros), se impondrá la sanción de carácter intemporal prevista en el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución Política, conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho la Corte Constitucional en sentencia C-064 de 2003, según su desarrollo legislativo en el parágrafo 2º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, que señala:

*Artículo 38.- Otras inhabilidades. (...)*

*Parágrafo 2º. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.*

*Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.*

A partir de dicho aparte normativo, concluyó la Corte Constitucional que *«El aparte de la disposición demandada exige que el patrimonio estatal sea efectivamente lesionado para que pueda generarse la inhabilidad que él mismo consagra. A juicio de la Corte tal exigencia no implica una mengua del mandato de protección del patrimonio público y por ende del artículo 122 Superior»*.

En conclusión, comoquiera que en el presente asunto se acreditó que el patrimonio del Estado fue afectado de manera

directa, real y concreta a consecuencia de la conducta desvalorada de JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, en tanto ocurrió detrimento del patrimonio de la gobernación del departamento del Valle del Cauca, hay lugar a imponer la sanción intemporal de que trata el inciso 5º del artículo 122 Superior, modificado por el precepto 4º del Acto Legislativo 1 de 2009: *«no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado (...)»*.

#### **8.- De los mecanismos sustitutivos de ejecución de la pena privativa de la libertad**

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

Sin embargo, tal preceptiva fue incluida en el ordenamiento penal por las Leyes 1453 y 1474 de 2011; 1709 de 2014; y, 1773 de 2016, vigentes con posterioridad a la fecha de los hechos que aquí conciernen, razón suficiente para no aplicar la citada prohibición; por lo tanto, es imperativo el estudio de los subrogados penales, de cara al cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador para la fecha de comisión de los hechos, esto es, para el 29 de enero de 2010, tal como lo viene aplicando esta Corporación en casos similares en relación con delitos contra la administración pública antes

de la vigencia de las citadas normas<sup>192</sup>.

### **8.1. De la suspensión condicional de la ejecución de la pena**

El artículo 63 del Código Penal de 2000, vigente para la época de comisión de las conductas punibles, tenía previsto que la ejecución de la pena privativa de la libertad se suspenderá por un periodo de 2 a cinco 5 años, siempre que la pena de prisión impuesta no exceda de 3 años, conforme a dicho mandato, de plano se descarta la posibilidad de otorgar tal mecanismo sustitutivo al aforado JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, en tanto la pena impuesta supera ostensiblemente esa cifra.

### **8.2. De la prisión domiciliaria**

El artículo 38 de la Ley 599 de 2000, vigente para la época de los hechos (29 de enero de 2010) tenía previsto que *«la ejecución privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima»*, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

1. *Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.*

2. *Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que*

<sup>192</sup> Cfr. CSJ. SP1785-2019. Radicado 55124.

*no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.*

*3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:*

*1) Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.*

*2) Observar buena conducta.*

*3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo.*

*4) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello.*

*5) Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC.*

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

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

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

Este instituto ha sido modificado por las Leyes 1142 de 2007; 1453 de 2011 y 1709 de 2014, normas que previeron la exclusión de subrogados a diferencia del original artículo 38. Aun cuando la actual legislación contiene un requisito objetivo más favorable para los intereses de los procesados (8 años), lo

cierto es que su aplicación aparejaría la prohibición prevista en el artículo 68A; por tanto, tal como se indicó en el acápite anterior no es dable tomar partes de varias normas (*lex tertia*), razón por la que la concesión de este subrogado se analizará de cara a lo previsto en el original artículo 38 de la Ley 599 de 2000.

Como puede verse la normatividad presupone una exigencia objetiva y varias subjetivas que deben converger simultáneamente, al punto que, si el requerimiento objetivo no se cumple, ya no es necesario avanzar al análisis de los factores de orden subjetivo.

Conforme lo previsto en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, el requisito objetivo consiste en que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea 5 años de prisión o menos, debe analizarse conjuntamente con todas las circunstancias genéricas y específicas que califican o privilegian la conducta reprochada, incluyendo los dispositivos amplificadores que incrementan o disminuyen la punibilidad<sup>193</sup>.

En este caso, el aludido factor no concurre porque el punible de peculado por apropiación a favor de terceros por el cual será condenado el aforado, contempla como pena mínima 8 años de prisión, es decir, superior al monto fijado en la citada normatividad, lo que de contera descarta el análisis de los presupuestos de naturaleza subjetiva.

---

<sup>193</sup> CSJ. SP18912-2017, Rad. 46930.

Ahora bien, en la sesión de audiencia de individualización de pena y sentencia la defensa elevó dos peticiones, la *primera*, con miras a que excepcionalmente en contra de su prohijado no se libre orden de encarcelamiento hasta tanto la sentencia emitida en su contra adquiera firmeza, en caso de emitirse, reclama de la Sala un juicio de ponderación de cara a los fines de la restricción de la libertad.

La *segunda*, si es que la primera no tiene vocación de prosperidad, encaminada a que se le conceda el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria dada su condición de padre cabeza de familia.

La Sala a fin de resolver las peticiones propuestas por la defensa del acusado empezará por definir lo pertinente en cuanto a la solicitud de sustitución de la ejecución de la pena intramural, por la domiciliaria, como padre cabeza de familia del acusado JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO en relación con su hijo adolescente J.C.A.S., que de ostentarse le daría el beneficio de cumplir la pena impuesta en esta decisión en su lugar de residencia. De no comprobarse los requisitos para su otorgamiento, deberá abordarse lo concerniente a la orden de captura.

#### **De la petición de prisión domiciliaria por madre -o padre- cabeza de familia**

Precisa la Sala, dado que la defensa solicitó la prisión domiciliaria sin que la sentencia haya cobrado ejecutoria, la Sala de Casación Penal tiene decantado que una vez emitido

el sentido del fallo, lo relacionado con la libertad del procesado debe mirarse a la luz de los subrogados penales, los fines de la pena y su forma de ejecución<sup>194</sup>.

En recientes pronunciamientos<sup>195</sup> ha fijado las reglas aplicables para decidir sobre la prisión domiciliaria *especial* para personas cabeza de familia.

Sobre el tema, es obligado hacer algunas precisiones relacionadas con dicho instituto en los eventos en que concurre en el procesado la condición de padre cabeza de familia<sup>196</sup>:

De conformidad a lo descrito en el artículo 2° de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, la definición de madre -o padre- cabeza de familia es la siguiente:

**Jefatura Femenina de Hogar.** *Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios socio-demográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.*

*En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o*

<sup>194</sup> Cfr. CSJ AP1948-2021, 19 may. 2021, CSJ AP, 1° abr. 2020, rad. 51142 y CSJ SP, 13 nov. 2019, rad. 53863.

<sup>195</sup> CSJ SP, 13 nov. 2019, rad. 53863. Reiterado en CSJ SP, 10 jun. 2020, rad. 55614.

<sup>196</sup> CSJ SP7752-2017 31 may. 2017, rad. 46277.

*moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.*

En la sentencia SU388 de 2005, la Corte Constitucional, señaló:

*(...) para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar. (negrilla fuera del texto).*

Por su parte, el artículo 1º de la Ley 750 de 2002<sup>197</sup>, en punto de los requisitos para conceder la sustitución de la prisión, establece:

*La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:*

*Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.*

*La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos. (...)*

<sup>197</sup> Norma declarada exequible por la sent. C-184 de 2003, en el entendido que el derecho puede ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia.

Del contenido de las normas transcritas es palmario que la prisión domiciliaria por la calidad de madre o padre cabeza de familia, opera cuando la persona condenada tiene a cargo hijos menores, como también cuando constituye el **único soporte** de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, bien por su edad o por problemas graves de salud. Lo anterior, siempre y cuando se verifiquen los requisitos consagrados expresamente en la norma que se acaba de transcribir<sup>198</sup>.

La anterior conclusión se aviene a los argumentos expuestos en el Congreso de la República durante el trámite de discusión de la referida ley:

*En particular en tales casos se percibe la urgencia de la adopción de medidas de apoyo especial a dichas mujeres, por cuanto es un hecho reconocido que los hijos menores **y otras personas incapaces a cargo de la mujer cabeza de familia reclusa** quedan desamparados y a merced de las más nefastas influencias de la sociedad, lo que conlleva un doble efecto negativo para la sociedad, por una parte, el que no pueda cumplir esa mujer reclusa, su rol natural respecto de sus hijos y de otras personas incapaces a su cargo, y de otra parte, que reciban esos menores una negativa orientación que los determinará con alta probabilidad a ubicarse al margen de la ley en el futuro, como medio de subsistencia y como el único modo de vida aprendido. (...)*

*Este especial apoyo se dirige a permitir que la mujer cabeza de familia reclusa,  **pueda reintegrarse de facto a su círculo familiar**<sup>199</sup> a fin de desempeñar el rol que le corresponde, mediante la figura de la "pena sustitutiva de prisión domiciliaria" y su relacionada medida de aseguramiento denominada "detención domiciliaria" y/o mediante la redención de su pena, encuéntrese o no reclusa en centro carcelario o penitenciario, a través de la redención de su pena por trabajo comunitario.<sup>200</sup>*

<sup>198</sup> CSJ SP3738-2021, 25 sep. 2021, rad. 57905, CSJ AP1948-2021, 16 may. 2021, rad.58699, CSJ SP1251-2020, 10 jun. 2020, rad. 55614

<sup>199</sup> Negrilla no hace parte del texto original.

<sup>200</sup> Gaceta del Congreso No. 113 de 2001.

Ahora, respecto a la prevalencia del interés superior del menor, es importante recordar que su observancia no releva al juez de verificar el cumplimiento de los requisitos consagrados por el legislador en relación con el sustituto de la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia, en tanto, no existen derechos absolutos<sup>201</sup>.

Finalmente, precisa la Sala que la Ley 906 de 2004, no modificó el régimen de la prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia, en tanto, en su artículo 461, dispuso: *«Sustitución de la ejecución de la pena. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva».*

De otro lado, el artículo 314 idem establece:

*Sustitución de la detención preventiva. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos: (...)*

*5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufre incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio.*

Sobre la interpretación de estas normas y su incidencia en el régimen de prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia, con el paso del tiempo ha variado. Así, en

---

<sup>201</sup> CSJ SP3738-2021, 25 agos. 2021, rad. 57905, CSJ SP4945-2019, 13 nov. 2019, rad. 53863.

principio, la Corte consideró suficiente, a partir de la interpretación sistemática de lo dispuesto en la Ley 750 de 2002 y de los artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004, la acreditación de la condición de padre o madre cabeza de familia, sin necesidad de valorar los antecedentes del interesado ni la naturaleza del delito objeto de condena<sup>202</sup>.

Posteriormente, recogiendo ese criterio, y bajo el entendido que los artículos 314, numeral 5º, y 461 de la Ley 906 de 2004 no derogaron los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley 750 de 2002 en lo atinente a dicha figura, según se anotó la argumentación giró en torno a las diferencias entre la detención preventiva y el cambio de sitio de ejecución de la pena.

En conclusión, de tiempo atrás la Sala de Casación Penal ha precisado que el artículo 314 de la Ley 906 de 2004, que regula algunos aspectos de la detención preventiva, y el artículo 461, que establece una puntual competencia para el juez de ejecución de penas, no modificaron la Ley 750 de 2002, que regula la prisión domiciliaria para madres y padres cabeza de familia<sup>203</sup>.

Pues bien en el caso concreto, el defensor del acusado solicitó la sustitución de la pena de prisión intramural por prisión domiciliaria, con fundamento en el numeral 5º del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, pero ha de precisarse que su pedimento no se resolverá según las reglas de la detención preventiva, en la medida que esta perdió vigencia pues el

<sup>202</sup> CSJ SP, 26 jun. 2008, rad. 22453.

<sup>203</sup> CSJ SP4945-2019, 13 nov. 2019, rad. 53863.

sentido del fallo ya tuvo lugar, por lo que la viabilidad de modificar el lugar de la ejecución de la pena se hará a la luz de los presupuestos establecidos en la Ley 750 de 2002.

Para demostrar la condición de padre cabeza de familia aportó como pruebas copias simples de los documentos de identidad del procesado y su hijo J.C.A.S.; el registro civil de nacimiento del adolescente; acuerdo voluntario suscrito ante Notario Público el 11 de mayo de 2011 entre el procesado y Andrea Solis Montealegre (madre de J.C.A.S.); certificado de estudio expedido por la secretaria académica del Colegio Colombo Británico; órdenes de atención e historias clínicas SURA de Blanca Montealegre Olarte (abuela materna de J.C.A.S.); certificados de afiliación a PBS de EPS SURA de ABADÍA CAMPO y de J.C.A.S. (este último con fecha de ingreso por traslado de EPS 14/11/23); impresión pantallazo página web SURA EPS que en el grupo familiar relaciona a J.C.A. (hijo) JUAN ABADÍA (padre), documento identidad Andrea Solis Montealegre.

También adjuntó certificado de la Registraduría Nacional del Estado Civil de cancelación de cédula por muerte de Marcela Solis Montealegre (tía materna), certificado de defunción de Helmer Colombia Campo Obreros (abuela paterna); documentos de residencia en el extranjero de Viviana Eugenia Abadia Perlaza y Marcela Abadia (tías paternas); certificado de tradición del inmueble ubicado en la Conjunto Residencial Monticello Pijao casa 8; recibo servicio público EMCALI, "informe trabajo social elaborado por Doris Liliana Rodriguez Martínez"; las siguientes entrevistas de: Andrea Solis Montealegre, Ana Lucia Esterilla Garcia (empleada residencia),

Blanca Montealegre Olarte (abuela materna), Carlos Herney Abadia Campo (abuelo paterno), Carlos Adolfo Abadia Caballero (tío paterno) y Angela Yadira Castiblanco Alban (amiga procesado), certificado laboral expedido por Kelly Juliana Campo representante legal de la Finca Villa Rosita Piendamó SAS ZOMAC, concepto técnico científico elaborado por el psicólogo Erlinto Velasco Arteaga y el informe de arraigo, dependencias familiares y comportamiento social del procesado.

Estos medios suasorios demostraron el grado de parentesco de consanguinidad entre padre e hijo, así como que desde el 11 de mayo de 2011 es el procesado quien se encarga del cuidado del adolescente, de su sustento, manutención, protección y garantía de derechos, estabilidad económica, cultural, familiar y social, conforme al acuerdo voluntario que ante el Notario Tercero del Circulo de Cali suscribió con Andrea Solis Montealegre, madre de J.C.A.S., en los siguientes términos:

**PRIMERO. CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL.** La custodia y cuidado personal quedará a cargo del señor JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, Padre del Menor, quien residirá en la carrera 1ª Oeste # 6-10 Apt 501 de la ciudad de Cali. **SEGUNDO. ALIMENTOS.** Los gastos de alimentos estarán a cargo del señor JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, Padre del Menor. **TERCERO. EDUCACIÓN.** Los gastos escolares del menor J.C.A.S., estarán a cargo del señor JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, Padre del Menor y respecto a la colaboración y apoyo en las actividades extracurriculares del Menor estará a cargo de ambos padres, previa comunicación. **CUARTO. MANUTENCIÓN.** Los gastos en general del Menor J.C.A.S., estarán a cargo del señor JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, Padre del Menor. **QUINTO. REGULACIÓN DE VISITAS.** La señora ANDREA SOLIS MONTEALEGRE, Madre del Menor, recogerá y compartirá con el niño J.C.A.S., de lunes a viernes, en el horario de 8:00 A.M. hasta las 7 P.M. momento en el que será recogido en la casa de la Madre por su señor Padre, JUAN CARLOS ABADÍA SOLIS o quien este designe, con el fin de que el

*menor permanezca en su domicilio. Los fines de semana el Menor estará y compartirá con su señor Padre, y en ocasiones que sea requerido con su Madre, entiéndase por los fines de semana, los días sábados, domingos y festivos.*

Común acuerdo que encuentra respaldo en las entrevistas de Ana Lucía Esterilla García, Blanca Montealegre Olarte, Carlos Herney Abadia Campo, Carlos Adolfo Abadia Caballero y Angela Yadira Castilblanco Alban, realizadas el 16 y 17 de noviembre del presente año, por el grupo de investigación de la defensa DICOIN, que al unísono dan cuenta del cuidado y manutención respecto del menor J.C.A.S. por parte del acusado, así como de la buena relación entre padre e hijo y la imposibilidad de los mismos para asumir dichas obligaciones; pero que a la par da cuenta del cuidado compartido de los padres del menor.

De otra parte, se advierte en el concepto elaborado por el profesional en psicología que el vínculo afectivo establecido entre JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO y su hijo J.C.A.S. «es sólido y se ha construido en el día a día por más de 11 años» en el que el acusado «ha ejercido un óptimo rol como padre, ha permitido hasta el momento un desarrollo psico social estable brindándole seguridad confianza al menor», el cual no puede suplir ningún pariente de la familia extensa ni paterna ni materna; además concluye que de privarse al padre de la libertad en establecimiento carcelario conllevaría a romper el mismo y expondría al menor «a episodios fuertes de depresión y ansiedad, a la estigmatización y señalamiento de la sociedad, a la baja autoestima, con una vulnerabilidad manifiesta que lo expondría a un posible riesgo de suicidio dado el escaso contacto social con

*familiares y amigos, por lo que la presencia del acusado es vital e indispensable en la existencia de su hijo».*

Empero, si bien los elementos cognoscitivos allegados indican que el joven J.C.A.S. se encuentra bajo el cuidado y protección del aforado, también evidencian que Andrea Solis Montealegre, no está ausente y, por el deber de solidaridad que tiene es la primera persona llamada a continuar velando por el bienestar de su descendiente ante la aprehensión temporal del padre.

Nótese que es el mismo acuerdo de custodia el que permite evidenciar que la madre comparte tiempo con el adolescente J.C.A.S., hecho que los entrevistados no desvirtuaron en la medida que centraron su dicho a hacer ver la incapacidad económica de aquella para sostener el menor y a resaltar las calidades del procesado como padre, amén a la imposibilidad de asumir el cuidado del menor ante la probable ausencia de ABADÍA CAMPO.

Y aunque dicho contacto puede ser muy poco como lo manifestó el joven en la entrevista que rindió ante el psicólogo, valga decir, con el consentimiento de los dos padres<sup>204</sup>; que al indagársele acerca de la relación con la madre sostuvo: *«puedo decir que muy mala, porque casi no la veo, no comparto con ella y se muy poco de su vida»*, mientras que ella en respuesta a la misma pregunta afirmó: *«el permanece el mayor tiempo con su papá,*

---

<sup>204</sup> Formato de consentimiento informado para la realización de exámenes clínico-forenses, valoraciones psiquiátricas o psicológicas forenses y otros procedimientos forenses relacionados otorgado al Dr. Erlinto Velasco Arteaga – Psicólogo Jurídico y Forense por Andrea Solis Montealegre y Juan Carlos Abadía Campo.

*nosotros pocas veces nos vemos, comparto muy poco con él» más adelante en cuanto al lazo afectivo indicó: «sería solo para cosas muy puntuales, no es una convivencia normal como sería la de una madre y un hijo, cuando yo elegí darle la patria potestad a Juan Carlos fue para que él se hiciera cargo del menor económica, moral y completamente, entonces cuando yo me veo con él, repito solo son cosas muy puntuales y muy necesarias».*

Lo anterior, evidencia que si bien el contacto y la comunicación entre el joven J.C.A.S. y su madre es limitada, no es inexistente, ello sin perder de vista que no se predica que Andrea Solis Montealegre padezca incapacidad física, sensorial, siquica o mental alguna que le impida asumir la protección y cuidado de su hijo, circunstancias que permiten afirmar a la Sala que, en este asunto no se acreditó la ausencia permanente o abandono de la madre, por ende, una deficiencia sustancial de la red familiar.

No se puede olvidar que, según la legislación civil, el ejercicio de la patria potestad es propio de ambos padres, independientemente de que haya uno ausente, quienes tienen la obligación de velar por las necesidades básicas de sus hijos menores, pues se entiende que estos no están en capacidad de proporcionárselas por sí mismos.

Adicionalmente, conviene precisar que la custodia es diferente a la patria potestad, en tanto hace referencia a la obligación que tiene uno o ambos padres en la tenencia y cuidado del menor de edad, por tal razón, si bien puede que el hijo conviva exclusivamente con uno de sus progenitores, como

en este caso con el padre, este es quien ostenta la custodia, pero el ejercicio de la patria potestad siempre será ejercida por ambos padres conjuntamente, salvo que exista decisión judicial que suspenda o prive a alguno de esos derechos por encontrarse probadas algunas de las circunstancias previstas en los artículos 310<sup>205</sup> y 315<sup>206</sup> del Código Civil Colombiano.

Bajo ese panorama, dentro de los deberes de los progenitores frente a los hijos se destacan la obligación alimentaria, la educación, vigilancia, el deber de corrección y custodia, sin que la poca comunicación o el deseo del adolescente J.C.A.S. de querer vivir con su padre JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO constituyan una excusa válida para que Andrea Solis Montealegre se sustraiga del compromiso legal de asumir la protección y cuidado de su descendiente ante la ausencia temporal del padre, bajo el argumento que cuando se separó de él eligió darle la patria potestad siendo que su ejercicio es obligatorio y no puede ser motivo de conciliación para que uno solo la ostente.

---

<sup>205</sup> ARTÍCULO 310. "La patria potestad se suspende, con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Así mismo, termina por las causales contempladas en el artículo 315, pero si éstas se dan respecto de ambos cónyuges, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo.

<sup>206</sup> ARTÍCULO 315. La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales:

1. Por maltrato del hijo
2. Por haber abandonado al hijo.
3. Por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad.
4. Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año.
5. Cuando el adolescente hubiese sido sancionado por los delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual y se compruebe que los padres favorecieron estas conductas sin perjuicio de la responsabilidad penal que les asiste en aplicación del artículo numeral 2º del Código Penal, que ordena.

A propósito, debe indicarse que la condición como madre o padre cabeza de familia no se circunscribe a un factor netamente económico, si bien, es cierto, será una carga adicional que deberá asumir el grupo familiar paterno y materno como un acto de solidaridad, no debe dejarse de lado que ello deviene como consecuencia propia del actuar del procesado, quien decidió realizar una conducta sancionada por el código penal, por lo tanto, refulge claro que no se está frente a un caso en el cual el derecho superior del menor deba hacerse prevalecer sobre las decisiones judiciales, adoptadas en aplicación de normas jurídicas de carácter público y que apuntan hacia el interés general de la colectividad.

En síntesis, en el *sub examine* no se demostraron las exigencias para el otorgamiento de la prisión domiciliaria solicitada a favor de JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, debido a que su aprehensión no generará una situación de abandono para su hijo J.C.A.S., ya que dentro de su grupo familiar cuenta con su progenitora quien tiene la obligación legal y moral de protegerlo y brindarle los cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades básicas ante la ausencia temporal del padre, circunstancia que impone la negativa para conceder el sustituto deprecado.

Además, ante la gravedad superlativa de los comportamientos del procesado, no es posible concluir que cumpliendo la pena en su domicilio no colocará en peligro nuevamente a la comunidad o que será el mejor ejemplo para su hijo adolescente y/o la sociedad, dada la relevancia social de las conductas por las cuales será condenado, ya que en

ejercicio de la función pública como primera autoridad del departamento del Valle del Cauca no solo decidió apartarse de las normas que regulan la contratación estatal sino que dispuso arbitrariamente de los bienes del Estado, causando un daño patrimonial a sus conciudadanos, especialmente, al grupo de niños y jóvenes cuyo entorno rural no les permite acceder a bibliotecas públicas bien dotadas, empero, los recursos destinados a cubrir esa necesidad terminaron por beneficiar el interés de unos particulares cuyo propósito lejos estaba de cumplir un fin social.

La Sala no desconoce que la Ley 750 de de 2002 es obsecuente con la prevalencia de los derechos de los menores, pero también debe tenerse en cuenta que la condición de cabeza de familia reclamada no puede constituirse en un blindaje contra la facultad sancionatoria del Estado, por lo que, si de la protección a los menores se trata, ello solo sobrevendrá en la medida que concurren los requisitos de la prisión domiciliaria exigidos para su reconocimiento, que como se analizó en precedencia no se satisfacen.

Es por esas razones, que a juicio de la Sala se hace necesario que JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO reciba tratamiento penitenciario de acuerdo con las funciones de la pena de prevención general y especial contempladas en el artículo 4º del Código Penal, especialmente, porque no puede perderse de vista que incluso los derechos de los menores tienen límites y si bien, tienen derecho a permanecer con sus padres, a tener una familia y a no ser separados de ella, en este caso el hecho de que el procesado hubiera preferido con

absoluta libertad y voluntad la ejecución de las conductas punibles, conlleva a que la separación que ahora padecerá su hijo no derive en una decisión jurídica injusta o arbitraria, sino que la misma procede de la acción criminal dolosa y que por tanto amerita su reclusión en establecimiento penitenciario.

De otra parte, porque no hacerlo dejaría en la comunidad una sensación de desconcierto, perdería la confianza en la ley, incluso, podría estimular a otros a seguir el mal ejemplo, pues el mensaje sería el equivocado, sobre todo porque la sociedad debe tener claro que los comportamientos que afectan el regular desenvolvimiento de las funciones públicas estatales serán sancionados en forma severa como mecanismo para lograr un orden justo y la convivencia ciudadana.

Asimismo, porque el servidor público que en el ejercicio de las atribuciones públicas concedidas menoscabe los bienes jurídicos que juró defender y cause daño a los intereses de los ciudadanos debe ser disuadido de la comisión de nuevas conductas punibles y no debe quedarle sensación alguna de impunidad o de un trato desproporcionado por el reconocimiento de sustitutos penales en casos de intensa gravedad cometidos por quien ha sido favorecido con la confianza del voto popular.

### **De la orden de captura**

Conforme al artículo 450 de la Ley 906 de 2004, si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se encuentra bajo detención, el funcionario judicial

podría disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar la sentencia formal. Sin embargo, si la detención es necesaria, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento.

Al examinar la constitucionalidad del artículo 450 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional en la sentencia 345 de 2017, explicó que la expresión *«si la detención es necesaria»* se refiere *«a los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, especialmente consignados en los artículos 54 y 63 del Código Penal»* y no a los requisitos que se exigen para imponer medida de aseguramiento que dista a las expedidas para cumplir el fallo condenatorio.

Recientemente, en el fallo de tutela de segunda instancia STP8591-2023, la Sala de Casación Penal Mayoritaria reiteró la jurisprudencia relativa a que la privación de la libertad impuesta en el sentido del fallo o en la sentencia formal es la consecuencia del cumplimiento del presupuesto de *necesidad*, sobre el particular, señaló:

*Para ilustrar esto, y es importante destacarlo, en el auto CSJ AP853-2021, reafirmando lo dispuesto en el proveído CSJ AP4711-2017, señaló:*

*A propósito del alcance dado a los artículos 299 y 450 de la Ley 906 de 2004, se impone recordar lo ya explicado por la Sala en el sentido que, una vez anunciado el sentido del fallo o proferida la sentencia condenatoria de primera instancia, la privación de la libertad que surge en dichos estancos procesales no es una «medida cautelar» de detención preventiva, como lo asegura el procesado en el recurso de apelación que aquí se resuelve, sino la consecuencia del cumplimiento del presupuesto de necesidad.*

*En CSJ AP4711-2017, 24 de jul. 2017, rad. 49734, la Corte precisó que en los procesos regidos por la Ley 906 de 2004, la medida de aseguramiento tiene vigencia hasta el anuncio del sentido de fallo condenatorio [Art. 154.8 Ley 906 de 2004], pues allí el juez debe hacer una manifestación expresa acerca de la libertad del procesado, disponiendo su encarcelamiento, de ser necesario.*

*Basta lo anterior para concluir, como es evidente, que la aprehensión de una persona que no se encuentra privada de la libertad al momento de anunciar un sentido condenatorio del fallo no responde a un imperativo inquebrantable, sino más bien a uno facultativo. Esto es, si el juez estima que la privación de la libertad es necesaria, tomará la decisión de dictar una orden de encarcelamiento en ese instante. Por el contrario, podría hacerlo en la sentencia escrita. En este último escenario, como atrás se dijo, el juez no sólo tiene la responsabilidad de imponer la pena, sino también de decidir sobre el estado de libertad del acusado, ponderando especialmente la posibilidad o la denegación de sustitutos y subrogados penales.*

En el caso concreto, para el momento en que se anunció sentido del fallo condenatorio, JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO no se encontraba bajo detención, por lo que se encontró que para entonces resultaba innecesaria ordenarla, empero, se advirtió que esa condición se mantendría hasta que se dictara sentencia formal, estanco procesal en el que nos encontramos, razón por la que en atención a las circunstancias de mayor y menor punibilidad que le fueron endilgadas (numerales 9º y 10º del artículo 58 y 55 del Código Penal) que al concurrir simultáneamente fijaron como ámbito de movilidad los cuartos medios para imponer la pena de prisión en 259.5 meses, sumado a la intensidad del dolo y a la gravedad de las conductas y, ante la improcedencia de los mecanismos sustitutivos de ejecución de la pena privativa de la libertad, incluso, por la condición de padre cabeza de familia como se anotó *ut supra*; por el contrario concurre la necesidad de garantizar el cumplimiento de la sanción privativa de la libertad

impuesta en el fallo, como una de las finalidades de la detención prevista en el Código de Procedimiento Penal (Art. 296).

Ahora bien, teniendo en cuenta que las disposiciones referidas a la privación de la libertad son de cumplimiento inmediato y que no resulta viable la concesión de ningún subrogado, emerge forzosa la ejecución inmediata de la sentencia, razón por la que se dispone que a partir de la fecha JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO sea puesto a disposición del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, a efecto que proceda con su reseña e inicie el cumplimiento de la sanción en el establecimiento penitenciario que designe para tal fin.

En consecuencia, se dispondrá librar la correspondiente orden de captura contra el procesado.

Lo expuesto en precedencia deja sin sustento el pedido de la defensa, relacionado con no ordenar la captura del procesado hasta cuando el fallo emitido en su contra adquiera firmeza, primero, porque el proceso no transita por la enunciación del sentido del fallo como para demandar a la Sala asuma una carga argumentativa de cara a los presupuestos relacionados con la necesidad de ordenarla como si se tratara de una medida de aseguramiento, porque dicha valoración corresponde a la etapa inicial del proceso que culminó con el anuncio de condena.

Adicionalmente, baste con rememorar que la Corte Constitucional en la sentencia C-342 de 2017, al estudiar la exequibilidad del artículo 450 de la Ley 906 de 2004, consideró que su aplicación que además es de inmediato cumplimiento cuando se niegan los sustitutos punitivos, no infringe el principio de la presunción de inocencia, ya que al momento de decretarse la privación de la libertad, al anunciarse sentido del fallo condenatorio *«la culpabilidad y la responsabilidad penal ya han sido definidas, pudiendo el afectado interponer el recurso de apelación tras la expedición del texto de la sentencia»*.

Asimismo, la Sala de Casación Penal Mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela con la sentencia STP 8591-2023 reiteró no solo su criterio respecto a la restricción de la libertad y su carácter excepcional, sino que frente a la posibilidad de la aplicación del artículo 188 de la Ley 600 para que se supedite la materialización de la aprehensión a la ejecutoria del fallo condenatorio en procesos que se adelantan bajo la égida de la Ley 906 de 2004, precisó que reconocer su aplicación implicaría desconocer la estructura conceptual del proceso y la sentencia porque los dos estatutos en su esencia son distintos, de suerte que definir la libertad del procesado en el sentido del fallo o al momento de proferir la sentencia hace parte de la unidad temática inescindible que es el fallo mismo, desconocer esa característica y aplicar parcialmente o inaplicar las normas que lo regulan por otras ajenas a la naturaleza sin duda lo afectaría, razones más que suficientes para negar el pedido de la defensa en ese sentido.

**Otras determinaciones:**

En los términos fijados por el artículo 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004 es potestativo de la víctima, del Fiscal o del Ministerio Público promover el incidente de reparación integral.

En firme la decisión, por secretaría se enviarán las comunicaciones correspondientes para efectos de publicidad de la sentencia (artículo 166 y 462 del citado estatuto adjetivo) y se remitirá la actuación seguida en contra de JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO al reparto de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para la vigilancia de esta condena.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO-** Condenar a JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO identificado con cédula de ciudadanía No. 6.320.849, como coautor penalmente responsable de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación agravado por la cuantía.

**SEGUNDO-** Como consecuencia de lo anterior, imponer a JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, la pena de 259.5 meses (259

meses 15 días) de prisión, multa de \$817.482.400.00 más 187.94 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos para un total de \$914.271.500.00, que deberá cancelar a favor a nombre del Ministerio de Justicia y del Derecho, de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en 240 meses y de inhabilitación intemporal prevista en el inciso 5º del artículo 122 de la Carta Política, con fundamento en las consideraciones expuestas.

**TERCERO-**. NEGAR a JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.

**CUARTO-**. Disponer la privación inmediata de la libertad de JUAN CARLOS ABADÍA CAMPO, quien debe ser puesto a disposición del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, a efecto que proceda con su reseña e inicie el cumplimiento de la sanción. Para el anterior efecto, librese orden de captura.

**QUINTO-**. Con el objeto de prevenir la posible vulneración a derechos fundamentales del menor J.C.A.S. ordenar a la Relatoría de esta Sala que garantice la anonimización de los datos de domicilio del procesado, información sobre el estado del proceso disponible en los buscadores de acceso abierto al público, boletines, comunicados de prensa, entre otros, en aras de evitar su reconocimiento e individualización, conforme a lo establecido en la Circular nro. 004 del 16 de noviembre de 2016, proferida por la Presidencia de la Sala de Casación Penal,

en concordancia con el párrafo del artículo 149 de la Ley 906 de 2004.

**SSEXTO-**. Precisar que, respecto del declarado culpable, una vez la sentencia cobre ejecutoria, la víctima, el Fiscal o el Ministerio Público pueden promover el incidente de reparación integral.

**SÉPTIMO-**. Una vez cobre ejecutoria esta decisión, expídanse las comunicaciones de rigor a las autoridades competentes, en los términos fijados en los artículos 166 y 462 de la Ley 906 de 2004 y, remítase copias de las piezas procesales pertinentes al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad – reparto, para lo de su cargo.

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

**JORGE EMILIO CALDAS VERA**  
**Magistrado**

**BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA**  
**Magistrada**

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

**RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ**  
**Secretario**