



Tribunal Superior Del Distrito Judicial

SECRETARIA DE LA SALA PENAL
NEIVA - HUILA

E D I C T O

La Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva,

H A C E S A B E R:

Que en la causa No. **41001-31-04-005-2016-00030-01** seguida contra **VICTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS** por los delitos de "contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros", La Sala Primera de Decisión Penal de este Tribunal dictó sentencia de segunda instancia de fecha veinticuatro (24) de mayo de dos mil Veintiuno (2021), proveído que fuera aprobado como consta en el Acta No. 512 con ponencia del Magistrado **ÁLVARO ARCE TOVAR**.

Para notificar legalmente a los sujetos procesales se fija el presente **EDICTO** de forma virtual en la página Web de la Rama Judicial por el término de tres (3) días hábiles, en Neiva siendo las siete (7:00) de la mañana de hoy **veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)**.

LUISA FERNANDA TOVAR HERNANDEZ
Secretaria



Tribunal Superior Del Distrito Judicial

SECRETARIA DE LA SALA PENAL
NEIVA - HUILA

SECRETARIA DE LA SALA PENAL
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
NEIVA - HUILA

CERTIFICA: Que para notificar legalmente a los demás sujetos procesales del fallo que antecede, se fijó el EDICTO de forma virtual en la página Web de la Rama Judicial por el término de tres (3) días hábiles, en Neiva siendo las siete de la mañana (7:00 a.m.) de hoy **veintiocho (28) de mayo de Dos Mil Veintiuno (2021)**, inhábiles no hubo.

LUISA FERNANDA TOVAR HERNANDEZ
Secretaria

SECRETARIA DE LA SALA PENAL
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
NEIVA - HUILA

CERTIFICA: Que el anterior EDICTO permaneció fijado de forma virtual en la página Web de la Rama Judicial, por el término anteriormente indicado; y se desfija siendo las siete de la mañana (7:00 a.m.) de hoy **dos (2) de Junio de Dos Mil Veintiuno (2021)**, inhábiles 29 y 30 de mayo de los cursantes.

LUISA FERNANDA TOVAR HERNANDEZ
Secre retaria



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA PRIMERA DE DECISIÓN PENAL

MAG. PONENTE:	ÁLVARO ARCE TOVAR
RADICACIÓN:	41001-31-04-005-2016-00030-01
PROCESADO:	VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS
DELITO:	Contrato sin cumplimiento de requisitos legales y Peculado por apropiación a favor de terceros
ASUNTO:	Sentencia condenatoria
PROCEDENCIA:	Juzgado Quinto Penal del Circuito de Neiva –H.-
APROBADO:	Acta N° 0512
DECISIÓN:	Confirma

Neiva, veinticuatro (24) mayo de dos mil veintiuno (2021)

I. ASUNTO

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el procesado VICTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS y sustentado por el encargado de su defensa, contra la sentencia proferida el veintisiete (27) de enero del año en curso por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Neiva (H.), mediante la cual lo condenó a la pena principal de SESENTA (60) meses de prisión, multa de 66.6 s.m.l.m.v., e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por OCHENTA (80) meses, como responsable de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos

legales y peculado por apropiación a favor de terceros; se abstuvo de condenarlo al pago de perjuicios, no le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena pero sí la prisión domiciliaria.

II. LOS HECHOS

Según lo revela la resolución de acusación, fueron puestos en conocimiento de la autoridad competente mediante oficio No. 84411-1 01751 del 13 de julio de 2005, firmado por Edgar Sánchez Espinoza, Coordinador de Gestión Grupo de Vigilancia Fiscal y por Hugo Alberto Llanos Pabón, Gerente Departamental Huila de la Contraloría General de la República, ante el hallazgo disciplinario detectado en desarrollo de la Auditoría Concurrente con Enfoque Integral Modalidad Abreviada al Sistema General de Participaciones Sector de Educación del Departamento del Huila, durante la vigencia 2004, hallazgo que se resume en los siguientes términos:

El alcalde del municipio de Palermo, Víctor Ernesto Polanía Vanegas, celebró Convenio Interinstitucional No. 017 con la Caja de Compensación Familiar del Huila –Comfamiliar-, representada por Armando Ariza Quintero, cuyo objeto era la implementación de la distribución del material de estudio básico de seis mil (6.000) paquetes escolares para el alumnado de dicho ente territorial, por un valor de \$85.177.500, de los cuales serían aportados \$83.100.000 por el municipio de Palermo y \$2.077.500 por la Caja de Compensación Familiar del Huila, los que constituirían gastos de administración, transporte y asesoría.

El municipio de Palermo, utilizó la figura del convenio interinstitucional y con ello permitió que no fueran obligatorios los procedimientos de invitación, selección y escogencia de la contraparte en las actuaciones administrativas, según la Ley 80 de 1993, por tanto el burgomaestre celebró dicho convenio violando las normas de contratación, e igualmente no respetó el fin último del mismo, como era el de no perseguir lucro ni beneficio alguno para los contratantes.

III. LA ACTUACIÓN PROCESAL

1. Adelantada la investigación previa dispuesta mediante resolución del 19 de octubre de 2005, posteriormente, el 24 de agosto de 2010 se ordenó la apertura de la instrucción, disponiéndose entre otras diligencias la vinculación mediante indagatoria de VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS, a quien el 11 de junio de 2013 le fue resuelta su situación jurídica, absteniéndose la Fiscalía delegada de imponerle medida de aseguramiento por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y de peculado por apropiación en favor de terceros.

2. Cerrado parcialmente el instructivo y surtido el trámite para las alegaciones finales, el 27 de mayo de 2014 la Fiscalía Trece Delegada de la Unidad Nacional Anticorrupción, profirió resolución de acusación en contra de VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS, como presunto autor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y de peculado por apropiación en favor de terceros, determinación que al ser recurrida por la defensa del procesado, fue confirmada por la Fiscalía 31 Delegada ante el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, mediante decisión del 29 de diciembre de 2015.

3. Radicada la competencia para conocer de la actuación en el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta ciudad, tras disponer y surtir el trámite previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, el 17 de septiembre de 2016 realizó la audiencia preparatoria, adelantando el juicio oral en sesiones del 17 de septiembre de ese mismo año, 27 de junio de 2017 y 16 de octubre de 2018, día último en el que se cierra el debate probatorio y se escuchan los alegatos de conclusión de las partes, profiriendo el 27 de enero del año en curso, sentencia condenatoria en contra de VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS en la forma y condiciones ya descritas, determinación que al ser objeto de apelación por parte de la defensa, ahora concita la atención de este Tribunal.

IV. LA SENTENCIA DE INSTANCIA

Refiere inicialmente el *a quo* a la situación fáctica, al trámite dado al proceso, la identidad del acusado, los alegatos de las partes y los términos de la acusación, para enseguida expresar que se demostró más allá de toda duda razonable, tanto la existencia de los delitos endilgados como la responsabilidad del acusado VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS, en las conductas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, puesto de aquél comportamiento se estableció su condición de servidor público, al desempeñarse como alcalde del municipio de Palermo, durante el período comprendido entre el 1º de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2007, época en la que suscribió el convenio institucional de cooperación No. 017 de 2004 con la Caja de Compensación Familiar –Comfamiliar – Huila, cuyo objeto era el suministro a la población escolar de material educativo.

Frente a las actuaciones reprochadas por la Fiscalía de haber eludido el procesado los procedimientos de contratación estatal establecidos en la Ley 80 de 1993, mientras que la defensa arguye que en la realización del convenio interinstitucional con Comfamiliar Huila, tuvo como sustento legal el artículo 1º del Decreto 777 de 1992, el juzgado de instancia responde que los procesos de contratación estatal están supeditados al principio de transparencia consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, norma según la cual, la escogencia del contratista se efectuará a través de licitación o concurso público, salvo en los casos que procede contratar directamente, para lo cual se establecen procedimientos especiales y de aplicación restrictiva, erigiéndose en requisitos esenciales del contrato estatal en su fase precontractual cuyo incumplimiento comporta la configuración del tipo penal en estudio.

Destaca el juzgado de instancia el fundamento constitucional de la modalidad de contratación del gobierno en sus distintos niveles y con los recursos de sus respectivos presupuestos, que se encuentra en el inciso 2º del artículo 355 de la Carta Política, reglamentado por el artículo 1º del Decreto 777 de 1992, donde se especifica algunas situaciones especiales en las entidades territoriales que les permita suscribir contratos o convenios con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, con la excepción que los citados contratos *“impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública”*, como es el caso presente por la contraprestación directa del municipio de Palermo, con la adquisición de kits escolares para los estudiantes de dicha localidad suministrados por Comfamiliar Huila, convenio que no podía desarrollarse bajo dicha figura pues clara y expresamente la ley lo excluía.

Precisa que dicha circunstancia se evidenció desde el comienzo de la investigación penal, ya que sumado a la nitidez del texto del contrato, al

escucharse la declaración de Armando Ariza Quintero¹ se clarificó que el convenio obedeció a que el municipio de Palermo no tendría mejor precio de otros proveedores, dado el volumen con el cual Comfamiliar Huila adquiriría a su vez los productos, hecho que ratifica que sí se estaba frente a la exclusión en comento, al punto que el particular perfectamente habría podido ofertar junto a otros proveedores potenciales en una licitación pública, pues el objeto no era otro que el suministro de bienes.

Resalta luego el *a quo*, el municipio de Palermo comprometió de su presupuesto la suma de \$83.100.000, con el fin de que Comfamiliar Huila le suministrara los kits escolares, mientras que ésta última presuntamente aportó \$2.077.500 como gastos de administración, transporte y asesoría, confrontación que permite deducir con claridad suficiente, que el municipio de Palermo asumió el costo de la totalidad del material educativo entregado por Comfamiliar Huila, es decir, que la entidad pública pagó por un bien o servicio y recibió la contraprestación directa a que se refiere la norma en cita como exclusión, situación que tornaba improcedente acudir a tal forma de contratación.

Agrega que si bien Comfamiliar Huila aportó un valor equivalente a \$2.077.500, tal participación correspondió a la administración, transporte y asesoría en la entrega de los kits escolares, dada la capacidad instalada que ya tenía la entidad, entonces lo que realizó fue una monetización de los servicios que prestaba para con ello darle apariencia de aporte dentro de convenio interinstitucional; por tanto, si demostrado está que el municipio de Palermo obtuvo una contraprestación directa en la adquisición de los mencionados elementos, es igualmente claro no era posible la suscripción de dicho convenio conforme lo señalaba el numeral

¹ Testimonio rendido el 4 de septiembre de 2007 – Cita aparte de la respuesta textual que dicho declarante ofreció al ser interrogado al respecto: “*En conclusión, con el valor que el municipio de Palermo aportó al convenio, en términos de contratación oficial, no habría podido obtener la cantidad de paquetes escolares que se entregaron...*”

1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, por lo que tienen todo sustento la teoría de la Fiscalía que con una errónea justificación, la alcaldía en cabeza del acusado evadió los principios de la contratación estatal consagrados en la Ley 80 de 1993.

De otra parte destaca el *a quo*, las partes elaboraron un acta contentiva de una cláusula adicional al convenio el 10 de marzo de 2004, actuación que es posterior a la suscripción del contrato y en la cual se estableció el valor que aportaría Comfamiliar Huila al mismo, esto es, nueve días después de la materialización del convenio interinstitucional de cooperación se acordó e incluyó el aporte de una de las partes del negocio jurídico; así señala en la cláusula segunda del convenio, denominada valor y forma de pago, donde se estipuló textualmente que el valor total del mismo lo es la suma de \$83.100.000, que serían girados por el municipio a la entidad contratista, una vez fuera entregado a satisfacción el total del material de estudio básico conforme a lo acordado y la relación anexa.

Destaca fue en la cláusula adicional donde se pactó el valor del convenio en \$85.177.500 y que de esa suma, \$2.077.500 corresponderían al aporte de Comfamiliar Huila, para asumir los gastos de administración, transporte y asesoría, situación que revela no obstante tratarse de un asunto esencial y por naturaleza propia del citado convenio, el supuesto aporte curiosamente sólo se definió con posterioridad; en ese orden denota, la naturaleza esencial de los convenios es el aporte de todas las partes para el fin común, pero en este caso, en el contrato realizado entre el municipio de Palermo y la Caja de Compensación, se omitió por completo tal requerimiento necesario para su definición, éste que pretendió subsanarse días después con la cláusula adicional citada.

Tal situación deja entrever la falta de planeación en la suscripción del convenio de Cooperación, toda vez que no es aceptable que en un

negocio jurídico de tan alto valor para el año 2004, no se incluyera uno de los elementos esenciales del convenio, como lo es el aporte de una de las partes, situación que es indicativa de la improvisación que se gestó en la firma del acto que se enrostra a POLANÍA VANEGAS, toda vez con el aporte tardío de Comfamiliar Huila, se trató de dar apariencia de convenio a un negocio jurídico que no lo fue así.

Relieva el juzgado de instancia que al proceso de contratación se allegó un estudio de conveniencia y oportunidad suscrito por el entonces Secretario General y de Participación Comunitaria del municipio de Palermo, presuntamente anterior a la suscripción del convenio, sin embargo, nada dijo sobre el estudio de mercadeo y precios, elemento indispensable para establecer el valor de los bienes o servicios a adquirir y con base en ellos estructurar un cálculo ajustado a la realidad comercial y al presupuesto de la entidad, aspecto que se erige como elemento esencial del proceso de contratación, toda vez que sin claridad en los precios es imposible definir con lógica y coherencia el valor del contrato, faltando entonces al principio de planeación que se erige en la Ley 80 de 1993, como lo enrostra la Fiscalía.

Advierte no discutirse falta de idoneidad del contratista o su incumplimiento en la ejecución del convenio, lo que es irregular es acudir a una modalidad contractual sobre la que recaía de manera expresa una exclusión legal, dado que no se trató de un convenio de cooperación sino de una compraventa, lo que sin duda alguna obligaba al municipio a adelantar la licitación pública, actuar doloso del acusado que se refuerza con las múltiples explicaciones suministradas por POLANÍA VANEGAS en los distintos escenarios procesales en que ha sido escuchado, intentando inicialmente justificar dicha situación en la figura de la urgencia manifiesta, reconociendo posteriormente que no fue así, sino la premura, aunque en realidad nada fehaciente se estableció a ese respecto, por lo que emerge

diáfano un desconocimiento de las normas sobre selección objetiva, establecidas en el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992 y en general de la Ley 80 de 1993, ya que se infringió de manera injustificada la exclusión que impedía celebrar el convenio de cooperación interinstitucional, máxime cuando el devenir contractual puso de presente ausencia extrema de planeación, puesto que ni siquiera se consignó en el documento inicial el aporte que haría la otra parte del presunto convenio.

Observa el *a quo* no es justificado su comportamiento por el solo hecho de tratarse del primer año de gobierno y no contar con el presupuesto adecuado para realizar una licitación, pues precisamente de tales manifestaciones se colige que al momento de la infracción conocía la forma en la cual debía realizarse la selección de contratista; además, la inexperiencia que intentó aducirse, no puede tenerse como causal eximente de responsabilidad, ya que por esa vía tendría que admitirse siempre que quien ostenta un cargo de elección popular como titular de un municipio, desconoce la regla básica para la selección de contratistas y puede en su primer año de gobierno contratar a su arbitrio, práctica que resulta inaceptable, por lo que no existe duda la presencia del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, además actuó con conocimiento con pleno de la ilicitud de su conducta, obteniéndose la certeza exigida normativamente para emitir sentencia condenatoria en su contra, como autor del delito previsto en el artículo 410 del C. Penal.

En cuanto al delito de peculado por apropiación a favor de terceros previsto en el artículo 397 del C. Penal y tras aludir el *a quo* a su estructuración normativa y jurisprudencial, señala que el pilar de la acusación consistió en la ganancia o usufructo que obtuvo Comfamiliar Huila, como producto del convenio interinstitucional de cooperación No. 017 del 2004, a través del cual se pactó la adquisición y entrega de los kits escolares que necesitaba comprar el municipio de Palermo, destacando

los cargos enrostrados por la Fiscalía que el acusado VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS, permitió que dicha entidad sin ánimo de lucro, obtuviera ganancias injustificadas que se tasaron en \$18.486.000, equivalentes al 22.3% del valor del contrato.

Tales reproches encuentran consistente sustento en los diferentes informes del CTI, donde se observan cuadros comparativos respecto de cotizaciones de establecimientos de comercio que prestaban el servicio adquirido por el municipio de Palermo en el año 2004, a partir de los cuales quedan en evidencia posibles sobrecostos en el valor de los útiles escolares suministrados por Comfamiliar Huila; en este sentido precisa, que en el informe 570 del 14 de noviembre de 2008, elaborado por el funcionario del CTI, Carlos Gustavo Tovar Arias, se consignó la constatación de precios entre útiles escolares comprados en dicha Caja de Compensación y los suministrados al municipio de Palermo, observándose claramente que de tal negociación aquél organismo obtuvo una ganancia por el valor de \$18.486.000, equivalentes al 22.2454% del valor total del convenio, que en una relación contractual ordinaria sería normal, empero se identifica como un convenio de cooperación interinstitucional, además de la calidad de las partes intervinientes, un municipio y una entidad sin ánimo de lucro, dichas circunstancias desdibujan completamente la razonabilidad o proporcionalidad en la ganancia, puesto que según el certificado expedido el 31 de marzo por el almacenista del municipio de Palermo, se recibieron 6.000 kits escolares, cuyo valor unitario correspondía a \$13.850, totalizando la suma de \$83.000.000

Que es evidente la falta de planeación del enjuiciado como titular de la alcaldía de Palermo y lo sofística de la figura del convenio de cooperación, sumado al impedimento legal para realizar un convenio de tal naturaleza, conforme a la regulación para el efecto establecida en el

artículo 96 de la Ley 489 de 1998; además, esos acuerdos de que trata el artículo 355 de la Constitución Política, están previstos para aunar esfuerzos a fin de alcanzar un objetivo común entre las partes, para lo cual la obtención de una ganancia es contraria a la naturaleza de dicha figura, pues lo que se trata es que cada extremo cumpla las funciones pactadas y aúnen esfuerzos para el desarrollo conjunto de actividades y no para obtener lucro, como en efecto lo hubo en este caso y fue tasado en más del 22% del valor del contrato, al constatarlo el funcionario del CTI, Carlos Gustavo Arias Tovar, en inspección realizada el 12 de noviembre de 2008, a la sección de contabilidad de Comfamiliar Huila.

Significa que el servidor público VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS permitió que su contraparte se lucrara injustificadamente con dineros públicos, desconociendo el fin de la relación contractual, situación reconocida incluso por el mismo Armando Ariza Quintero al interrogarlo sobre las utilidades que recibió Comfamiliar Huila, al responder hábilmente haber adquirido los paquetes escolares por volumen, tanto para sus afiliados como para cumplir este tipo de convenios, aunque expuso que al precio comercial fueron entregados al municipio, cuando no existe documento que soporte ese aserto, configurándose el punible de peculado por apropiación a favor de terceros ya que según el informe del cuerpo técnico de investigación, la Caja de Compensación obtuvo por la diferencia entre los precios de adquisición y los ofertados al municipio de Palermo, una ganancia por valor de \$18.486.000, luego entonces, el argumento expuesto por la defensa no desvirtúa la existencia del incremento patrimonial indebido para la entidad contratista.

Expresa el *a quo* la configuración del dolo en el comportamiento del acusado resulta palmaria, toda vez que se estableció que POLANÍA VARGAS conocía los hechos constitutivos de la infracción y quiso su realización, pues no otra explicación cabe al proceder a una figura

contractual no permitida por la ley y con ello consentir la generación de utilidad a favor de Comfamiliar Huila, pese a conocer los trámites propios de la contratación, como lo reconoció en su misma indagatoria, motivos suficientes para condenarlo igualmente por este delito como lo solicitó la Fiscalía, pues no concurre a su favor circunstancia alguna eximente de responsabilidad, habiéndose llegado entonces al conocimiento de grado de certeza sobre la existencia del punible y la participación del acusado en el mismo.

V.- LOS FUNDAMENTOS PARA RECURRIR²

La defensa del procesado VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS, en extenso escrito disiente de los argumentos expuestos por el *a quo* frente al delito de peculado por apropiación, señalando que desde la génesis de la actuación la Fiscalía pretendió edificar la comisión de este punible en la supuesta existencia de sobrecostos en los kits escolares suministrados por Comfamiliar Huila, frente a los ofertados en el mercado para la época de marras, cuando se aportaron documentos demostrativos de no existir sobrecostos, como ocurre con el informe presentado por el funcionario del CTI, Carlos Gustavo Tovar, quien expuso presentarse disconformidades en las marcas de los artículos, pero como no tenía los conocimientos ni la información que le permitieran establecer que a pesar de esas diferencias de marcas, características técnicas y de calidad dichos elementos sean iguales, solicitó que por esa razón no fuera tomada en cuenta la comparación de precios y la incompatibilidad encontrada en el caso, aspecto sobre el que hizo precisiones importantes el señor Jorge Torrente, uno de los cotizantes, necesarios para identificar la existencia de una real afectación al recurso público.

² Fls. 43 a 70 cuaderno original No. 8.

Que al no poder cimentar la Fiscalía el peculado, acudió a la supuesta existencia de sobrepuestos injustificados, esto es, la suma de costos directos del bien adquirido, sumados a los costos indirectos como transportes, empaques, pólizas, logística, tributos, etc., generaron un detrimento patrimonial de las arcas del municipio, para lo cual tanto el ente Fiscal como el fallo impugnado tuvieron en cuenta el plurimentado informe del CTI, cuestionado por la defensa por falta de idoneidad para identificar la existencia de sobrecostos, con posibilidad de convertir el informe en prueba que conduzca a la certeza de la existencia de sobrepuestos injustificables para edificar el atentado, interrogante que pide se resuelve con lo dicho frente al valor de este tipo de informes por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP605-2015³, cuyos apartes relevantes translitera, de donde concluye que este no puede ser fundamento de una sentencia de condena como lo manifestó el despacho.

Crítica la defensa acuda el juzgado de instancia al mismo informe inidóneo, al que acompaña documentos aportados por el CTI, los que son tomados para elaborar una tabla comparativa y así determinar una diferencia de \$18.486.000, cuando el deber del Estado era verificar si para el suministro de dichos elementos se podría incurrir en sobrepuestos injustificados, y así concluir la existencia del peculado, que al no ser relacionados en la acusación, carecen de sustento legal y constitucional para desvirtuar la presunción de inocencia.

Frente a ello expresa, en la declaración rendida por Armando Ariza Quintero, para la época de los hechos gerente de Comfamiliar Huila, ilustra y explica que en desarrollo del convenio 017 de 2004, se tuvieron en cuenta diversos aspectos, tales como gravámenes, gastos de administración, los impuestos nacionales, los impuestos del ente territorial, los gastos administrativos propios de la Caja de Compensación, los gastos

³ M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho.

inherentes al desarrollo del convenio y los gastos operativos para el cabal cumplimiento del mismo, destacando que la primera omisión de los inexpertos peritos del CTI, radica en no haber tenido en cuenta que varios de los artículos estaban gravados con el impuesto al valor agregado, que para la época se tasaba en el 16%, por lo que arroja el número de paquetes por el costo de cada uno de ellos, un valor de \$83.100.000 que es el precio girado por el municipio de Palermo a la entidad contratista, teniendo como utilidad bruta \$11.162.160 según la diferencia que surge de aquella cifra y del precio total de los 6.000 paquetes escolares, que asciende a \$71.937.840, ganancia a la que deduce el precio de la póliza de cumplimiento por \$33.000, más el impuesto de timbre por un valor \$2.493.000, tributo que debe descontarse al excedente o utilidad bruta y que tampoco es un sobreprecio no justificado, ya que es un gravamen del orden nacional creado por la Ley 30 de 1821, para el año 2004 que ocurrieron los hechos se tasaba en promedio en el 37,3%.

Refiere la defensa a los cuadros aportados por Armando Ariza en la que aparece el vocablo ICA y un valor de \$249.300, el cual se constituye en el impuesto municipal de industria y comercio reglamentado por la Ley 14 de 1983, al que igualmente está obligado aportar la Caja de Compensación Familiar, impuesto que para la época de los hechos -2004- estaba en la tarifa del 3x1000 para la actividad desarrollada en el convenio de marras, sumado a ello, el pago de 4 operadores por 3 días, para recibir, revisar, alistar, cargar y descargar el paquete escolar, los cuales fueron entregados y transportados por el proveedor en bolsas al municipio, incurriendo la Comfamiliar en costo de \$249.300, monto que debe restársele también a la utilidad bruta, sin que surjan excedentes o sobreprecios no justificados que constituyan apropiaciones ilícitas del recurso público.

Se describe así mismo en dichos cuadros, gastos tales como alimentación y refrigerio a operadores, con un costo unitario de \$15.000 y un total de \$180.000, los precios administrativos (jurídico, director, tesorería, servicios generales, almacén...), por valor de \$3.441.450, apareciendo por último el de acarreo de paquetes escolares y una cifra de \$500.000, hecho del que de igual manera en su declaración el señor Luis Hernán Laguna, almacenista del municipio de Palermo, manifiesta que el paquete fue entregado y descargado en las instalaciones de la alcaldía municipal, lo que se hizo no solamente en el desarrollo de este convenio, sino que es costumbre que cada anualidad lo coloquen en esas instalaciones para su distribución; así lo corroboran Armando Ariza Quintero, Jorge Enrique Torrente y VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS.

En suma, indica la defensa que los investigadores del CTI nunca tuvieron en cuenta el impuesto al valor agregado (IVA) que de haberse atendido, arrojaría una diferencia bruta de \$11.162.160 y no de \$18.486.000 como lo concluyó sin atender el tributo, medios probatorios que existen dentro del proceso y que se constituyen en verdades de público conocimiento, sin llegar a aportar pruebas que las controviertan, por lo que es inexistente la mal llamada por la Fiscalía “ganancia”, en este caso a la “utilidad bruta” descrita por Comfamiliar Huila, por lo que se pudo concluir con certeza que nunca hubo peculado, motivo para pedir la absolución del acusado.

Que de aceptar en gracia de discusión una diferencia entre el precio de compra de Comfamiliar, más los sobre precios pagados por ésta, con el pago final realizado por el municipio, esta disconformidad no se denomina “ganancia” o “utilidad”, si no “excedente”, el cual es totalmente legal, tanto así, que el legislador le da mayor fuerza de legalidad al reglamentar su distribución, pues tratándose de entidades sin ánimo de

lucro, si llegaré a haber diferencia económica producto de algún ejercicio del devenir diario o por actividades realizadas, la distribución de los excedentes está claramente regulada por la Ley 79 de 1988, en su artículo 54, la cual queda en el mismo Estado, razón para no edificar un peculado.

En lo atinente al delito imputado de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, previa alusión *in extenso* al sustento de la condena por este comportamiento realizado por el *a quo*, resalta la defensa que el juzgado como exordio al problema jurídico expone que el pilar de la acusación de la Fiscalía consistió en la ganancia o usufructo que obtuvo Comfamiliar Huila, originado del convenio interinstitucional de cooperación No. 017 de 2004, en el cual se pactó la adquisición y entrega de kits escolares que necesitaba comprar el municipio de Palermo; sin embargo, dicha conclusión omite destacar el párrafo expreso de la destinación final del paquete escolar, esto es, no era para el ente territorial sino que su utilización y objeto eran los 6000 estudiantes del municipio de Palermo, por tanto no era la unión de voluntades y esfuerzos para beneficiar en este caso a un tercero.

Acota la defensa, cuando se enuncian excepciones a la Ley 80 de 1993, lo que se está diciendo es que dicha disposición no aplica para las “excepciones”, esto es, para los convenios con entidades sin ánimo de lucro; además, cuando una entidad pública decide para cumplir un fin contractual (convenios interinstitucionales), irse por el camino de las excepciones, el régimen jurídico aplicable son las normas especiales establecidas en el inciso número 2 del artículo 355 de la Carta Política, y desde luego los artículos 6, 95, y 107 de la Ley 489 de 1998.

Que el Decreto 777 de 1992, regula los contratos interinstitucionales, en el numeral 1º del artículo 2º de dicha norma se consagran las exclusiones para la aplicabilidad de las excepciones, aspecto sobre el cual

recaba el despacho judicial para caer en una de las exclusiones allí referidas, esto es, la contraprestación directa a favor de la entidad pública; pues el convenio interinstitucional implicaba una contraprestación directa para el municipio de Palermo, es decir, ese ente suscribió el convenio con el único objetivo de que Comfamiliar Huila, le suministrara los kits escolares para los estudiantes del municipio, de lo cual se colige con holgura que la finalidad del mismo era la adquisición de un bien o un servicio a favor del ente territorial.

Con fundamento en lo anterior, dice la defensa que el *a quo* erró al sostener hubo una contraprestación directa para el ente territorial y por ende, el convenio no era el camino para tal fin, por lo que en consecuencia el debate a enfrentar es si hubo o no contraprestación; en esa dirección señala, en el acervo probatorio recogido en la etapa de investigación los funcionarios del CTI arrimaron al proceso todas las actas de entrega de los paquetes escolares a la población estudiantil del municipio, materialización que se puso en duda por el despacho judicial por lo que procedió a pedir informes al respecto, obteniendo respuestas afirmativas, indicativo que realmente se cumplió el objetivo, como así lo corrobora el señor Luis Hernán Laguna y el mismo acusado, impulsando de esa manera programas y actividades de interés público, acordes con el plan nacional y el plan de desarrollo local, como lo ordena la ley.

Trae a colación lo expresado por la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado, Sentencia 2005-4718 del 28 de mayo de 2015, que ha reiterado lo dicho por la Corte Constitucional, al señalar que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, autoriza todas las entidades estatales de cualquier naturaleza u orden, para asociarse con personas jurídicas particulares mediante la celebración de convenios de asociación para el desarrollo de sus cometidos y funciones con sujeción a los principios previstos en el artículo 209 de la Constitución y las normas de derecho

civil, refiriendo a su vez precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, que alude a las excepciones de que habla el Decreto 777 de 1992 en el numeral 1º del artículo 2º, donde puso a salvo que esa clase de contratos no pueden interpretarse como transferencia de recursos a la manera de otorgamiento de auxilios o donaciones, aflorando de tal manera para la defensa un error factico y equivocada interpretación jurídica, ya que el municipio de Palermo no se quedó con ninguno de los paquetes escolares; tampoco Comfamiliar Huila realizó ninguna donación ni auxilio; ni el municipio entregó donación o auxilio a la Caja; y menos ésta se quedó con ningún paquete escolar producto del dinero erogado por el municipio de Palermo.

Entorno de la afirmación del *a quo* respecto a la existencia de una contraprestación directa a favor de la entidad pública, evidenciada desde el comienzo de la investigación penal, advierte la defensa que el convenio obedeció a que el municipio de Palermo no obtendría mejor precio de otros proveedores, dado el volumen en que Comfamiliar a su vez adquiriría los productos, circunstancia que clarifica se estaba frente a la exclusión en comento, al punto que el particular perfectamente habría podido ofertar junto a otros potenciales proveedores en una licitación pública, puesto que el objeto no era otro más que el suministro de bienes, por lo que esa aseveración no resulta acertada, dado el objeto mismo del convenio en el que no surgía la “*contraprestación*” que con nitidez avizoró el fallo, cumpliéndose por el contrario con uno de los principios rectores consignados en el artículo 209 de la Constitución, “la economía”, que se debe conservar celosamente en estos casos según lo afirma Armando Ariza en declaración rendida en el juicio.

En cuanto al compromiso que se le endilga a su representado POLANÍA VANEGAS, haber comprometido \$83.100.000 del presupuesto municipal con el fin que Comfamiliar Huila le suministrara los kits

escolares, mientras que esta última presuntamente aportó la suma \$2.077.500 como gastos de administración, transporte y asesoría, dice la defensa que si el reproche es asumir los costos por parte del municipio, no existe disposición en contrario que lo prohibiera, lo que es ilógico no lo hiciera cuando los beneficiarios serían los niños del ente territorial.

Apoya esa deducción en el Concepto del 25 de septiembre de 2008, radicación No. 11001-03-06-000-2008-00040- 00 (1911), de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, donde explica que estos contratos tienen por finalidad constituir una alianza de fuerzas públicas y privadas, para lograr un mismo propósito, donde el sector público puede aportar todo el dinero mientras la parte privada sin ánimo de lucro aportará la experiencia o el personal o las instalaciones, o viceversa, según sea el caso; queriendo decir ello, podía Comfamiliar del Huila no haber suministrado ningún recurso, bastaba con su experiencia y capacidad, y esto no haría del comportamiento algo ilegal y menos ilícito.

En punto a la presencia en el convenio de la suscripción del “otrosí”, dice la defensa que es de las varias posibilidades que puede utilizar la entidad estatal para el cumplimiento del objeto contractual, siendo una prerrogativa para introducir modificaciones a lo pactado, dentro del marco de su facultad de dirección general del contrato, razón por la que doctrina señala que debe primar la finalidad frente a la inmutabilidad del contenido⁴, facultad que se apoya en el Concepto del 13 de agosto de 2009, de la Sala de consulta del Consejo de Estado; por tanto, no es que se quisiera dar una apariencia de legalidad a las “obligaciones” de Comfamiliar, o como lo califica el juzgado “elemento esencial”, ya que el convenio bien podía celebrarse sin aporte alguno de la entidad sin ánimo de lucro, no siendo ello entonces indicativo de ausencia de planeación, sino el desarrollo

⁴ (Cfr. García de Enterría y Fernández. Op.cit., Pág. 791.)

habitual y normal del convenio cuyo propósito era el cumplimiento de su objetivo final, el beneficio de los niños.

Analiza enseguida la defensa la carpeta arribada al proceso sobre las misiones de trabajo designadas a los funcionarios del CTI, desestimadas en la instancia por falta de autenticidad, cuando para dicha parte es consistente con toda la etapa previa del convenio, puesto que en su contenido habla específicamente de la cantidad de kits escolares a proveer, las sedes educativas a cubrir en desarrollo del plan municipal para el periodo 2004-2007, en el que se indica el monto aproximado del proyecto, el estudio jurídico realizado al mismo, al igual que cuenta con un estudio de mercadeo y precios, elemento indispensable para establecer el valor de los bienes o servicios que se van a adquirir y con base en ello estructurar un cálculo que se encuentre ajustado a la realidad comercial y al presupuesto de la entidad, al que se refirió el acusado en versión rendida el 23 de enero de 2013, señalando a Álvaro Alarcón como la persona que lo llevó a cabo, aspecto referido por el Secretario General de la Caja, el que se encuentra ajustado a la realidad del mercado, por lo que en suma, no hubo un principio contractual o requisito del convenio que no se cumpliera, motivo por el que se debería revocar el fallo también frente al cargo de contrato sin lleno de requisitos legales.

Alega así mismo la defensa el surgimiento de un error de tipo, toda vez que el actuar del acusado se encuentra inmerso en una causal eximente de tipicidad por la ausencia del dolo exigido en el punible de contrato sin el lleno de requisitos legales, pues para la época de los hechos su defendido no tenía, ni tiene actualmente formación académica en derecho, como tampoco tenía experiencia en contratación pública, ni mucho menos conocía la Ley 80 del 1993 y sus excepciones, pues su formación académica es la de ingeniero agrícola, tal y como lo reconoce el fallo impugnado.

Relieva además lo expresado por el exalcalde POLANÍA VANEGAS de no ser autónomo en su decisión y que contaba con un equipo asesor, por tanto se desvanece la presunción del despacho de instancia que da por hecho que su defendido era versado por expresarse bien, máxime que en la declaración rendida el 27 de septiembre de 2016, refiere que sus decisiones en cuanto a la contratación, siempre fue asesorado por el doctor José Hildebran Perdomo, quien era el abogado interno de la alcaldía de Palermo con funciones de contratación, aspecto ratificado por éste en testimonio brindado el 31 de agosto de 2017; también consultaron y hacían mesas de trabajo con el doctor Zamir Alonso Bermeo, abogado externo del municipio, ya que por su formación académica necesitaba la asesoría de ellos para el desarrollo y desempeño de los procesos contractuales con el municipio.

Que ante ese panorama, su defendido POLANÍA VANEGAS se encontró inmerso inequívocamente que su actuar estaba amparado por la legalidad, lo que lo exime de responsabilidad penal por ausencia de dolo, siendo por ello que la defensa solicita del Tribunal, revocar la decisión proferida por el juzgado de primera instancia y en su lugar absolverlo de los cargos de peculado por apropiación y contrato sin el lleno de los requisitos legales.

VI. EL TRASLADO A LOS NO RECURRENTES⁵

El representante judicial de la víctima -Municipio de Palermo-, presenta escrito a través del cual tras fundamentar la estructuración normativa y jurisprudencial del delito de contrato sin el cumplimiento de

⁵ Fls. 80 a 104 cuaderno original No. 8.

requisitos legales, señala que la labor del funcionario público de ceñirse al celebrar contratos, a los principios de la Contratación Estatal en Colombia según lo regula la Ley 80 de 1993; para el caso concreto, con la suscripción del convenio interinstitucional 017 de 2004, entre Comfamiliar Huila y el municipio de Palermo, cuyo objeto era la entrega de 6000 kits escolares, siendo igualmente claro que el delito se puede configurar en cualquiera de las tres fases del contrato, bien sea en la etapa precontractual, contractual y de liquidación.

En ese orden refiere, que en el presente caso tal y como lo indica el *a quo*, se presenta vulneración al principio de transparencia por cuanto se evidenció que lo pretendido no era otra cosa que evadir un proceso contractual publico tendiente a favorecer al contratista Comfamiliar Huila, fundamentalmente lo prescrito en el Decreto 777 de 1992⁶, artículo 2º.

Refiere enseguida el apoderado de la víctima al objeto del convenio interinstitucional 017 de 2004, celebrado entre el municipio de Palermo y Comfamiliar Huila, entidad ésta sin ánimo de lucro, quedando demostrado que lo efectivamente ocurrido fue un acuerdo de voluntades para “la adquisición” de unos Kits escolares regido por el Estatuto de Contratación Estatal, beneficiándose la Caja en forma indebida del citado convenio, según se desprende del testimonio rendido por Armando Ariza el 4 de septiembre de 2007, por la época gerente de dicho organismo, con el argumento de obtener mejor precio de otros proveedores dado el volumen en el cual adquiriría a su vez los productos, afirmación que permite concluir, lo pretendido por VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS a través de este convenio, era la tercerización del contrato para que una vez se transfirieron dineros públicos a un privado, este procediera a efectuar la

⁶ “Por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.”

compra directa a un particular de los elementos que requería el Municipio tal y como en efecto aconteció.

Que el testimonio de Ariza Quintero da cuenta que efectivamente existió beneficio o contraprestación para el particular, contrario a lo manifestado por el apelante, quien refiere que el convenio lo rige el Decreto 777 de 1992, esto es, de “*impulsar programas y actividades de interés público*”, constituyéndose por tanto en obligación de la defensa acreditar el hecho del programa o interés público a desarrollar por parte de la administración municipal, sin que nada se dijera al respecto, más sí dice el propio acusado al momento de su declaración, la razón por la que se procede a suscribir el convenio no era otra que el de la urgencia en la compra de los respectivos kits escolares.

Para el representante de la víctima es evidente la vulneración al principio de planeación contractual, tal y como lo anota el *a quo*, pues el proceso contractual adolece del respectivo estudio previo, siquiera de un análisis de mercadeo serio que permitiera indicar que efectivamente al efectuar el convenio con Comfamiliar Huila, era la oferta más beneficiosa para la entidad, dejando el manejo de los respectivos precios a la mera voluntad de la Caja de Compensación, como se deja evidenciado en el fallo que fue impugnado, lo que evidencia la presencia del punible de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, pues acorde con lo analizado, se tiene claro que se vulneraron los principios de transparencia, planeación y de selección objetiva del contratista, de lo cual era pleno conocedor el acusado POLANÍA VANEGAS pues en su indagatoria manifiesta tener conocimiento en materia de contratación estatal, además era autónomo en las decisiones a tomar conforme a lo reglado en el artículo 315 numeral 3º de la Carta Política, por lo que no es de recibo pretender imputar responsabilidad al equipo jurídico, ya que no está

acreditado que la facultad de suscribir el citado contrato hubiese sido delegada.

Refiere enseguida el representante de la víctima a la conducta de peculado por apropiación de terceros igualmente imputada al acusado, que demanda establecer si conforme a las probanzas allegadas al proceso, el acusado se apropió de bienes en provecho suyo o de un tercero a raíz del convenio interadministrativo celebrado con Comfamiliar Huila, para la adquisición de kits escolares con destino a los estudiantes de ese ente territorial, negociación en la que se dejó a la mera liberalidad del contratista lo relacionado con el valor del producto, por ello permitió que la Caja obtuviera una ganancia por valor de \$18.486.000, equivalente al 22.2454% del valor total del convenio, tal y como se acredita con el informe No. 570 del 14 de noviembre de 2008, elaborado por el profesional universitario Carlos Gustavo Tovar Arias del C.T.I y reforzada por el Testigo Armando Ariza.

En ese orden, encuentra que en efecto la conducta del acusado VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS se encuadra dentro del punible de peculado por apropiación a favor de terceros, pues con su actuar auspició a que Comfamiliar Huila, para el momento de los hechos, se beneficiara de dineros públicos.

Finalmente, luego de esbozar los derechos de las víctimas y su especial protección constitucional y legal, con mención del desarrollo jurisprudencial y alusión a la prerrogativa que le asiste a ser reparada por el daño ocasionado bajo los principios de verdad y justicia, expresa su preocupación por que ello no se cumpla, como quiera que advierte que el proceso está próximo a prescribir, toda vez que los hechos tuvieron su génesis en el 2004.

En esa dirección sugiere que el Código Penal, en su artículo 83 se ocupa de la prescripción, empero, dentro de la Ley 600 de 2000 y de conformidad con lo establecido en el artículo 86 sustantivo, el término prescriptivo se interrumpe o suspende con la resolución de acusación o su equivalente, debidamente ejecutoriada, y a partir de entonces comienza a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, sin que ese nuevo cómputo o conteo pueda ser inferior a cinco (5) años ni superior a diez (10).

Con lo anterior denota, que en el presente evento el 27 de mayo de 2014 se profirió resolución de acusación contra VICTOR ERNESTO POLANIA VANEGAS, como presunto autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, por lo que desde esa fecha se encuentran corriendo de nuevo los términos de prescripción de conformidad con la anterior normativa, motivo por el que de llegar a operar dicho fenómeno, la víctima vería vulnerados sus derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación.

En ese orden de ideas solicita del Superior, que confirme el fallo de primera instancia impuesto en contra del acusado VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS, como responsable de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

Y de igual manera, imparta celeridad a la decisión que deberá tomar la segunda instancia, toda vez que en el presente proceso están corriendo términos de prescripción, fenómeno jurídico que de operar tornaría ilusorio los derechos de las víctimas en el presente proceso.

VII. CONSIDERACIONES

Precítese inicialmente la competencia que le asiste a la Sala para resolver el recurso vertical impetrado por el apoderado judicial del sentenciado VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS, en atención a lo dispuesto en numeral 1º del artículo 77 del C. de Procedimiento Penal –Ley 600 de 2000-, que faculta al Tribunal para revisar las sentencias dictadas por los Juzgados Penales del Circuito del mismo Distrito.

Así mismo, adviértase que al abordar el estudio de los aspectos que son materia de inconformidad, no resulta posible agravar la situación jurídica de VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS, conforme lo disponen los artículos 31 de la Carta Política y 204 del ordenamiento instrumental, por ser el sentenciado el único apelante.

Ahora, teniendo en cuenta los fundamentos del recurso de alzada, se advierte que la inconformidad del recurrente apunta al incumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 (art. 381 Ley 906 de 2004), para proferir condena, relacionado con la inexistencia de prueba que demuestre más allá de toda duda la materialidad de los ilícitos materia de acusación – contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado-, así como la responsabilidad en los mismos, pues en su criterio, el convenio objeto de controversia se tramitó, celebró y liquidó con estricto apego a la ley, en tanto que se aduce frente a este último extremo la existencia de un error de tipo a favor del procesado.

En consecuencia, para abordar el estudio de los temas de disenso, sea lo primero relacionar el primer tipo penal imputado al acusado, como es el consagrado en el artículo 410 del Código Penal –Ley 599 de 2000-,

vigente para la época de los hechos, conducta delictiva denominada *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, cuya descripción normativa es la siguiente:

“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 acuerdo con la anterior descripción normativa, el tipo penal exige: *“(i) la realización del proceder activo por parte de un sujeto activo calificado, esto es, ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para la tramitación, celebración o liquidación del contrato estatal y; (ii) desarrollar la conducta prohibida concretada en la intervención en una de las mencionadas fases sin acatamiento de los requisitos legales esenciales para su validez.”*⁷

La base constitucional de la responsabilidad penal en la labor ejercida por los servidores públicos que tienen dentro de sus funciones la facultad de contratar se encuentra en el artículo 209 de la Carta Política, donde ordena: *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)”*.

El máximo órgano de la Jurisdicción ordinaria ha sostenido de manera uniforme, que existen tres formas alternativas de desatender esos principios consagrados por la norma superior; a saber: *“(i) el incumplimiento de los requisitos legales sustanciales en la tramitación de los contratos, que cubre todos los pasos que la administración debe observar hasta su celebración; (ii) la falta de verificación de la presencia de los presupuestos*

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de julio de 2010 (Radicado 28508).

previstos en la ley de contratación estatal para su perfeccionamiento, que incluye constatar los atinentes a la fase precontractual, y (iii) la inobservancia de los presupuestos relacionados con la liquidación.”⁸

De igual manera, dentro de la clasificación normativa por razón de su estructura, se tiene que la conducta investigada se considera como un tipo penal en blanco, debiendo para su análisis acudir a las disposiciones legales vigentes a la época de los hechos, en la cual se establezcan los requisitos legales para la celebración de esta clase de contrato; en este caso los relacionados en los artículos 209 y 355 de la Carta Política; el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992; artículo 2º Decreto 855 de 1994 y los artículos 24, 25, 26, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993, vigentes para la época de los hechos.

Ahora, el segundo tipo penal imputado al acusado, como es el consagrado en el artículo 397 del Código Penal –Ley 599 de 2000-, vigente para la época de los hechos, conducta delictiva denominada peculado por apropiación –*en favor de terceros*-, cuya descripción normativa es la siguiente:

“... 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...”

Conforme a los postulados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, son elementos estructurales de este tipo penal: “a) la calidad de servidor público de este sujeto activo del delito; b) tener potestad en la administración, tenencia o custodia de los bienes del Estado o de empresas

⁸ Sentencia del 18 de diciembre de 2006 (radicado 19.392).

o instituciones en que éste tenga parte o fondos parafiscales, o de particulares, por razón o con ocasión de sus funciones; y c) el acto de apropiación en favor propio o de un tercero en perjuicio del patrimonio del Estado.”⁹

Dichos comportamientos le fueron atribuidos al acusado VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS a título de autor, acorde con lo preceptuado en el artículo 29 ibídem.

En el presente evento el *a quo* concluyó en la comisión del primer delito imputado –*contrato sin cumplimiento de requisitos legales*–, en razón a que se acreditó que POLANÍA VANEGAS, como alcalde del municipio de Palermo, suscribió un convenio interinstitucional con Comfamiliar Huila, cuyo objeto era la entrega de 6000 kits escolares para la población estudiantil de ese ente territorial, pese a que tal figura para el caso concreto estaba prohibida por el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, eludiendo así de manera intencional el proceso de contratación directa establecido en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, que le era procedente.

Dicha situación afectó directamente los principios que rigen la función pública, toda vez que no realizó un adecuado estudio de conveniencia, y no obstante que conocía el procedimiento de contratación, quiso la realización de la conducta, máxime cuando como ordenador del gasto público le era exigible un comportamiento diferente ajustado a derecho, por tratarse de una persona capaz de comprender la ilicitud de su conducta, concretamente la existencia de una apropiación presupuestal para cumplir el objetivo de la administración, la forma en que se debe planear y seleccionar a los contratistas, así como las modalidades para ello, con lo que se despeja cualquier duda sobre la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, tesis que acoge los

⁹ Sentencia del 4 de febrero de 2015, radicación 39.417, M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier.

planteamientos formulados por el ente acusador, y que para la Sala resultan ser de recibo por las siguientes razones:

En el presente evento se endilga al acusado VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS, de quien se estableció que por la época fungía como alcalde municipal de Palermo –H.-, como hechos jurídicamente relevantes, que mediante oficio No. 84411-I 01751 del 13 de julio de 2005, firmado por Edgar Sánchez Espinoza, Coordinador de Gestión Grupo de vigilancia Fiscal y por Hugo Alberto Llanos Pabón, Gerente Departamental Huila de la Contraloría General de la República, se informó ante la autoridad competente del hallazgo disciplinario detectado en desarrollo de la Auditoría Concurrente con Enfoque Integral Modalidad Abreviada al Sistema General de Participaciones Sector de Educación del Departamento del Huila, durante la vigencia 2004.

Consiste el hallazgo en que el alcalde del municipio de Palermo POLANÍA VANEGAS, celebró el Convenio Interinstitucional No. 017 con la Caja de Compensación Familiar del Huila –Comfamiliar-, representada por Armando Ariza Quintero, cuyo objeto era la implementación de la distribución del material de estudio básico de 6.000 paquetes escolares para el alumnado de dicho ente territorial, por un valor de \$85.177.500 de los cuales serían aportados \$83.100.000 por el municipio de Palermo y \$2.077.500 por la Caja de Compensación Familiar del Huila, correspondientes a los gastos de administración, transporte y asesoría.

Sin embargo, la autoridad municipal utilizó la figura del convenio interinstitucional y con ello permitió que no fueran obligatorios los procedimientos de invitación, selección y escogencia de la contraparte en las actuaciones administrativas, según la Ley 80 de 1993; en ese orden, el alcalde de dicho ente territorial, celebró dicho convenio violando las normas de contratación, e igualmente no respetó el fin último del mismo,

como era el de no perseguir lucro ni beneficio alguno para los contratantes.¹⁰

Al expediente se trajo el citado informe No. 84411-I 01751 del 13 de julio de 2005, emanado de la Gerencia Departamental Huila de la Contraloría General de la República, documento el cual tiene valor probatorio acorde con lo regulado en el artículo 271 de la Constitución Política¹¹, cuando establece que: *“Los resultados de los ejercicios de vigilancia y control fiscal, así como de las indagaciones preliminares o los procesos de responsabilidad fiscal, adelantados por las Contralorías tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez competente”*, en el que se evidencia la suscripción del aludido convenio interinstitucional No. 017 de 2004, entre el ente territorial y la Caja de Compensación Familiar del Huila –Comfamiliar-, eludiendo con ello el estatuto de contratación establecido en la Ley 80 de 1993, con menoscabo del patrimonio del mencionado ente territorial.

Al efecto obra en el expediente el documento denunciado “CONVENIO INTERINSTITUCIONAL No. 017 DE 2004, CELEBRADO ENTRE EL MUNICIPIO DE PALERMO HUILA Y LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL HUILA “COMFAMILIAR¹², suscrito el 1º de marzo de 2004, en cuya cláusula primera se establece que, el objeto

¹⁰ De manera concreta se expresa en el citado documento, que: *“Observado el objeto contractual y la forma de los aportes, se verificó que no se presentaron los principios generales de los convenios interadministrativos, ya que estos son entendidos como colaboración mutua sin pretender lucro o beneficio económico en beneficio de un tercero, en el convenio se observa que se realizó fue una compra directa y la contraprestación que justificó la figura del convenio fueron los gastos de administración, transporte, asesoría, es decir de todas maneras la contraparte Comfamiliar Huila, obtuvo su beneficio económico al haberse pagado sus servicios.*

El Municipio de Palermo, utilizó la figura del convenio interinstitucional y con ello permitió que no sean obligatorios los procedimientos de invitación, selección y escogencia de la contraparte en la actuación administrativa según la Ley 80/93; según la jurisprudencia se ha entendido que los convenios que realicen las entidades públicas son una excepción dentro del régimen de inversiones de recursos, ya que las partes son aquellas que ostentan el carácter públicas y por excepción las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales (Ley 80/93 parágrafo del artículo 2º, y artículo 7 Decreto 855/94), por lo tanto, no siendo la empresa Comfamiliar del Huila una entidad pública ni cooperativa, dicha figura no puede ser utilizada en este contrato. Evidenciándose una presunta celebración indebida de contratos.” – Fls. 5 y 8 cuad. orig. No. 1.

¹¹ Modificado por el artículo 3º del Acto Legislativo 4 de 2019.

¹² Fls. 11 a 13 cuad. original No. 1

del mismo es la concurrencia por Comfamiliar y el municipio para la implementación de la distribución del material de estudio básico de seis mil (6000) paquetes escolares, compuesto de los siguientes materiales: Un (1) maletín, un (1) cuaderno plastificado y cosido de 100 hojas cuadriculado, un (1) cuaderno plastificado y cosido de 100 hojas rayado, y el siguiente kit escolar: Una (1) caja de colores x 12, un (1) lapicero negro, un (1) lápiz negro No. 2, un (1) borrador y una (1) regla x 30 cms., que coadyuve a un mejor rendimiento académico a los estudiantes de las instituciones educativas del Municipio de Palermo.

De igual manera en su cláusula segunda, se establece que el valor total del convenio es la suma de \$83.100.000, que serían girados por el municipio a Comfamiliar Huila, una vez fuera entregado el total del material de estudio básico conforme a lo acordado y en la relación anexa.

Se anexó también, una “CLÁUSULA ADICIONAL AL CONVENIO INTERINSTITUCIONAL 017 DEL PRIMERO DE MARZO DE 2004. MUNICIPIO DE PALERMO – COMFAMILIAR DEL HUILA¹³, en la que de común acuerdo las partes convinieron modificar la cláusula segunda de dicho documento, quedando en que el valor y pago es la suma de \$85.177.500, suma que se aportaría así; \$83.100.000 por parte del municipio de Palermo para asumir los costos directos del convenio y \$2.077.500 por parte de Comfamiliar Huila, para gastos de administración, transporte y asesoría.

Así mismo, otra “CLÁUSULA ADICIONAL AL CONVENIO INTERINSTITUCIONAL DEL DOS DE MARZO DE 2004. MUNICIPIO DE PALERMO – COMFAMILIAR DEL HUILA”¹⁴, en la que las mismas partes acuerdan nuevamente modificar la cláusula segunda del mencionado

¹³ Fl. 14 cuaderno original No. 1

¹⁴ Fl. 15 cuaderno original No. 1.

convenio, quedando en que el valor y pago del mismo, sería la suma de \$46.916.683, quedando de cuenta del municipio de Palermo la suma de \$42.651.530 para asumir los costos directos del objeto de convenio y el valor de \$4.265.153 por parte de Comfamiliar Huila, para asumir los gastos de administración, transporte y asesoría.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en relación con los requisitos exigidos en la contratación directa cuando se trata de convenios administrativos, a través de su jurisprudencia ha expresado lo siguiente:

“Lo anterior si se tiene en cuenta que los contratos, al igual que los convenios interadministrativos, como modalidades de contratación directa en el artículo 24, numeral 1º, literal c) de la Ley 80 de 1993, así como en el artículo 7º del Decreto 855 de 1993, indudablemente se encuentran sujetos de manera irrestricta a los principios generales de la contratación estatal, y en especial a la imperativa y vinculante observancia de los dispuesto en el artículo 2º de la disposición últimamente citada, pues el hecho de que sean dos entidades públicas las que se relacionan en el negocio jurídico no implica que puedan desconocer las normas especiales de contratación en cuanto a los procedimientos y reglas que garantizan los principios de legalidad, economía, transparencia y selección objetiva, dado que es a los organismos estatales a quienes que perentoriamente corresponde obedecer las disposiciones de la Ley 80 de 1993 (arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 13 y 23 a 31).

Así las cosas, si el acatamiento de los principios atrás precisados constituye un requisito esencial de los contratos estatales, sin excepción, incluso en los convenios interadministrativos, modalidad de contratación directa a la que acudió el acusado, desconocer los requerimientos mediante los cuales se expresan aquellos axiomas da lugar a la tipificación de la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, como en efecto en el asunto analizado se estructura.

(...)

La contratación administrativa pública es, entonces, una actividad reglada donde la operatividad o margen de discrecionalidad de los responsables no está sujeta al libre albedrío de los contratantes, sino determinado en normas en asuntos tales como, entre otros, el cumplimiento de requisitos previos en la planeación del contrato, la aplicación de pliegos o términos de referencia, el desarrollo de procedimientos para la escogencia del contratista mediante reglas de selección objetiva, la observancia de cláusulas de excepción y, en general, todo lo relacionado con los principios de planeación, transparencia, economía, responsabilidad, etc.

(...)

Por su parte el Decreto 855 de 1994, que reglamenta justamente la contratación directa, en su numeral 2º ordena al jefe o representante de la entidad estatal, o al funcionario en quien se hubiere delegado, tener en cuenta que la selección del contratista debe garantizar “...el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y, en especial, el deber de selección objetiva establecidos en la Ley 80 de 1993...”

En conclusión, si el acatamiento de los principios atrás precisados constituye un requisito esencial de los contratos estatales, incluso en los convenios interadministrativos, es claro que en el asunto analizado se estructura el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales...

(...)

No resulta lógico que la inobservancia de los requisitos legales esenciales en una fase de trámite de contratación administrativa, quede por fuera de la descripción del artículo mencionado, máxime cuando, con fundamento en el principio de responsabilidad, los servidores públicos están obligados a vigilar la correcta ejecución del contrato y a proteger los derechos de la entidad.

De suerte tal que al no demostrar el censor que el acusado cumplió en debida forma con los requisitos esenciales del negocio jurídico celebrado, la censura está condenada al fracaso, pues para la cristalización de la conducta basta que el convenio estatal se lleve a

cabo sin el lleno o satisfacer al menos uno de sus requisitos esenciales, deviniendo en consecuencia acertado el juicio de tipicidad del juzgador de segundo grado... ”¹⁵ – (Negrillas fuera de texto).

Precítese de manera inicial, que el artículo 24, numeral 1º, literal c) de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de los hechos, señalaba que la escogencia del contratista se efectuaría siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en algunos casos, en los que se podría contratar directamente, señalando entre ellos, en el literal c), los “*convenios interadministrativos*”, con excepción del contrato de seguro.

Ahora, la Ley 489 de 1998, en su artículo 95, también vigente por la época de los hechos, reguló que los convenios interadministrativos son aquellos que se celebran entre entidades públicas de cualquier orden, con el fin de desarrollar conjuntamente funciones propias de cada una de ellas, o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro, los cuales, como ya se dijo, encuadran dentro de los negocios jurídicos de cooperación que se pueden suscribir en la modalidad de contratación directa, acorde con lo fijado en la Ley 80 de 1993.

“ARTICULO 95. ASOCIACION ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de **convenios interadministrativos** o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal.

¹⁵ Sentencia del 25 de septiembre de 2013, radicación 35.344, M.P. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero.

PARÁGRAFO: La Conferencia de Gobernadores, la Federación de Municipios, la Asociación de Alcaldes y las asociaciones de municipalidades se regirán por sus actos de conformación y, en los pertinente, por lo dispuesto en el presente artículo.”

Y la misma legislación, en su artículo 96, estableció los convenios de asociación o cooperación, como aquellos que se celebran entre una entidad pública con una persona jurídica particular con o sin ánimo de lucro y pueden ser de carácter nacional o internacional, dependiendo del origen de las partes.

“ARTICULO 96. CONSTITUCION DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS CON PARTICIPACION DE PARTICULARES. *Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.*

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

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

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

- a) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;*
- b) Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;*
- c) La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;*
- d) La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;*
- e) La duración de la asociación y las causales de disolución.”*

Establecida entonces dicha diferenciación, diáfano se advierte que las partes contratantes, municipio de Palermo y Comfamiliar Huila, al negocio jurídico realizado el 1º de marzo de 2004, le dieron el nombre de “CONVENIO INTERINSTITUCIONAL”, pretendiendo darle calidad de “CONVENIO INTERADMINISTRATIVO”, empero que no queda duda que dadas la naturaleza, objeto y desarrollo del mismo, éste se realizó bajo la figura de un “CONVENIO DE ASOCIACIÓN”, si en cuenta se tiene que según certificación de la Gobernación del Huila, la Caja de Compensación Familiar del Huila “Comfamiliar”, cuenta con personería jurídica desde el 15 de abril de 1966, en tanto que según lo certificado por la Superintendencia de Subsidio Familiar, “Comfamiliar”, es una corporación privada sin ánimo de lucro¹⁶.

Consecuente con lo anterior, es concluyente que si el precitado negocio jurídico contiene la figura de un “CONVENIO DE ASOCIACIÓN”, que no de “CONVENIO INTERADMINISTRATIVO”, palmario resulta que el mismo no se encuentra enlistado dentro de los que el numeral 1º del

¹⁶ Fls. 1 a 6 cuaderno original anexos 2.

artículo 24 de la Ley 80 de 1993 permite que se realicen mediante contratación directa, motivo por el cual, al realizarse dicho negocio jurídico bajo esa modalidad entre el municipio Palermo y Comfamiliar Huila, resulta claro que el mismo se celebró violando las normas generales de contratación establecidas en la legislación citada, puesto que se pactó inobservando los procedimientos y reglas que garantizan los principios de legalidad, economía, transparencia y selección objetiva, no obstante que le corresponde a la entidad estatal obedecer perentoriamente a dichas disposiciones.

No obstante se discute que el artículo 355 de la Carta Política, autoriza la celebración de contratos con recursos, entre otros, de los presupuestos municipales, con personas privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de adelantar programas de interés público, como ocurre en el presente evento, cuando establece lo siguiente:

“ARTICULO 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.”

Dicha normativa superior la reglamenta el Decreto 777 de 1992, modificado mediante el Decreto 1403 del mismo año, que inicialmente en el inciso 2º del su artículo 1º establecía que *“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...”*

En tanto que en el inciso 3º que igualmente fue modificado por el inciso 2º del artículo 1º del citado Decreto 1403 de 1992, se establece que *“Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado.”*

Sin embargo, de los medios de prueba aportados durante la investigación como la fase del juicio, la Sala no advierte la existencia de constancia o documento alguno respecto a la publicación del mencionado convenio interinstitucional, en tanto que tampoco se observa que la alcaldía municipal de Palermo, regentada en ese entonces por VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS, hubiera realizado dicha evaluación a la entidad contratista “Comfamiliar Huila”, pues se carece de un documento de esa naturaleza debidamente motivado que integre dicho convenio, sin que baste el mero conocimiento sobre la experiencia e idoneidad que de aquella se tenga, toda vez que la normativa es explícita en exigir la realización previa de dicha evaluación en las condiciones resaltadas, situación que vista de esta manera resulta incuestionable la violación a los principios de transparencia y publicidad, entre otros, frente a la contratación estatal que regula la Ley 80 de 1993.

Además de lo expuesto, el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, establece como excepción a la aplicación de este mismo decreto, cuando se trata de *“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.”*

Bajo el anterior lineamiento, igualmente advierte la Sala que en efecto, como así también lo deduce el *a quo*, el convenio en cuestión contiene en su objeto que está inmerso en la exclusión citada, puesto que implica una contraprestación directa para el municipio de Palermo, al suministrársele por parte de Comfamiliar los 6000 kits escolares para los estudiantes de esa localidad, siendo entonces que su finalidad era la adquisición de ese tipo de bienes, para lo cual el ente territorial comprometió de su presupuesto \$83.100.000, mientras que la Caja de Compensación Familiar aportó solamente \$2.077.500 como gastos de administración, transporte y asesoría, lo que quiere decir entonces que el municipio asumió la totalidad del costo del material educativo entregado por la entidad contratada.

En esas condiciones era a todas luces improcedente celebrar dicha contratación a propósito de la exclusión referida, pues ciertamente, del contenido textual se observa inmersa dicha contraprestación para el municipio, misma que se expresa por parte del señor Armando Ariza Quintero, por la época gerente de Comfamiliar Huila, cuando en su declaración rendida el 4 septiembre de 2007 precisa que la razón para efectuar dicho convenio, lo fue porque el municipio no obtendría mejor precio de otros proveedores, dado que la entidad por él representada adquiriría los productos en mayor volumen.

Una situación como la expresada permite ver claramente que, ante la existencia de potenciales proveedores, bien se hubiera podido realizar una licitación pública, para de esa manera obtener el municipio ese material escolar para sus estudiantes, con lo cual se evidencia que su titular también evadió los principios de la contratación estatal previstos en la Ley 80 de 1993, en especial el presupuesto de selección objetiva, pues el compromiso consistía en una adquisición de bienes, más no de una cooperación interpartes, en tanto se desconoce cómo fue la manera de elegir a Comfamiliar Huila, cuando se ignora la obtención de otras ofertas para decir

era la más inmediata y ofrecía menor costo para el municipio, situación que desnaturaliza el objetivo de este tipo de contratación.

Así mismo, la suscripción de la “CLÁUSULA ADICIONAL AL CONVENIO INTERINSTITUCIONAL 017 DEL PRIMERO DE MARZO DE 2004. MUNICIPIO DE PALERMO – COMFAMILIAR DEL HUILA, en la que de común acuerdo las partes convinieron modificar la cláusula segunda de dicho documento, quedando el valor y pago en la suma de \$85.177.500, monto a aportar así; \$83.100.000 por parte del municipio de Palermo para asumir los costos directos del convenio y \$2.077.500 por parte de Comfamiliar, para gastos de administración, transporte y asesoría, dejando entrever la falta de planeación del convenio pues no aparece razonable el motivo por el cual una irregularidad, tal como lo es la ausencia de la descripción del aporte que realizaría Comfamiliar Huila, no aparece fijada en la contratación inicial, sino pretendió subsanar el yerro en uno de sus requisitos esenciales con una cláusula adicional realizada nueve días después, destacando el compromiso directo adquirido por la Caja Compensación de proporcionar en el valor indicado los gastos ya descritos en que incurriría, dejando al descubierto el afán por realizar el negocio jurídico dándole apariencia de un convenio interadministrativo, a fin de realizar la contratación de manera directa y con ello evitarse los requisitos y procedimientos que rigen la contratación estatal.

Y es igualmente inexplicable no rindiera soporte alguno para haber realizado la otra “CLÁUSULA ADICIONAL AL CONVENIO INTERINSTITUCIONAL DEL DOS DE MARZO DE 2004. MUNICIPIO DE PALERMO – COMFAMILIAR DEL HUILA”, en la que las mismas partes acuerdan nuevamente modificar la cláusula segunda del mencionado convenio, acordando que el valor y pago del mismo sería la suma de \$46.916.683, quedando de cuenta del municipio de Palermo la suma de

\$42.651.530 para asumir los costos directos del objeto de convenio y el valor de \$4.265.153 por parte de Comfamiliar Huila, para asumir los gastos de administración, transporte y asesoría, interrogante no absuelto por la defensa como en efecto le correspondía al invertirse la carga de la prueba, adición a la que igualmente se pretende incluir en el convenio interadministrativo consagrado en el artículo 352 de la Constitución Política y los Decretos 777 y 1403 de 1992, los cuales son excepciones de la Ley 80 de 1993, compendiados en la resolución de acusación de primera instancia proferida el 27 de mayo de 2014, por la Fiscalía 13 Delegada UNA.¹⁷

De todo lo anterior, encuentra la Sala que si el acusado VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS, en su calidad de alcalde municipal de Palermo, Huila, suscribió el mencionado convenio interinstitucional con Comfamiliar Huila, dándole visos de legalidad como un convenio interadministrativo y pese a que tal figura jurídica no estaba legalmente permitida para realizar contratación directa, así quiso su realización eludiendo de manera intencionada el proceso de selección objetiva del contratista que exigen los principios y procedimientos generales de la contratación pública, en razón a que se trataba de la adquisición de algunos bienes para el municipio, conforme al análisis expuesto en precedencia, sin que se advierta hesitación alguna sobre la existencia del delito y de la responsabilidad del acusado en el mismo, suficiente para dictar en su contra sentencia condenatoria por actualizar con su comportamiento esa ilicitud,

Atinente a la alegada existencia de un error de tipo, como lo propone la defensa, según la cual, el acusado se encuentra inmerso en una causal eximente de tipicidad por la ausencia del dolo en el punible de contrato sin el lleno de requisitos legales, pues para la época de los hechos su

¹⁷ Ver folios 273 a 175 cuaderno original 3.

defendido no tenía, ni tiene actualmente formación académica en derecho, como tampoco tenía experiencia en contratación pública, ni mucho menos conocía la Ley 80 del 1993 y sus excepciones, pues su formación académica es la de ingeniero agrícola, la Sala responde de lo aseverado a ese respecto por el acusado en indagatoria cumplida el 23 de enero de 2013, no resulta posible tener como justificado su comportamiento puesto que de esas manifestaciones se colige, al momento de la infracción conocía sobre la forma en que debía realizarse la elección del contratista, en tanto que la inexperiencia que intenta aducir, no puede ser tenida como causal eximente de responsabilidad; no pueden permitirse este tipo de prácticas o justificaciones, dado que daría lugar para que otras personas en sus mismas condiciones, funcionario público de elección popular y a cargo de un ente territorial, desconozca con ese argumento las reglas básicas de la contratación estatal para disponer de la misma a su propio arbitrio.

Contrario a lo aducido por la defensa, en diligencia de indagatoria el acusado manifestó ser de profesión ingeniero civil con especialización en manejo ambiental, desde que se graduó ha sido contratista en los sectores público y privado, ejercido el cargo de secretario del despacho del municipio de Palermo e igualmente ha fungido como concejal de la misma localidad durante dos períodos, lo que demuestra que antes de ser alcalde tenía capacidad de discernimiento sobre los trámites y procedimientos que se debían adelantar en la contratación pública y administrativa, explicando igualmente en la misma diligencia de manera detallada el conocimiento que tenía sobre las características de la figura del convenio interadministrativo, razones por las cuales se reitera, deberá responder penalmente por esta conducta imputada.

De esta manera, aquella situación irregular que dimana en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, confluye en un

peculado del que se favoreció Comfamiliar Huila, cuya responsabilidad de la misma manera recae en el acusado, puesto que con su falta de cuidado u omisión dolosa en el deber legal de realizar una adecuada contratación, permitió que dichas anomalías se presentaran, situación de la cual tenía pleno conocimiento pues sabía que como alcalde le asistía el deber legal de velar por la indemnidad del erario público, máxime cuando su amplia experiencia en la administración del ente territorial le imponía tener ese conocimiento, debiendo entonces igualmente responder a título de autor por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros en razón del cual también fue llamado a juicio, bajo las consideraciones que se pasan a enunciar.

Como se dijo precedentemente, el ilícito de peculado por apropiación a favor de terceros está tipificado en el artículo 397 del C. Penal, conducta que puede ser cometida por un sujeto activo calificado o servidor público con vinculación institucional y disponibilidad sobre el bien, cuyo verbo rector es “apropiar”, que se entiende como actos de ejecución o materialización de actos de ejecución; su objeto material lo constituyen los bienes muebles o inmuebles del Estado o de empresa o instituciones en que el Estado tenga parte o fondos parafiscales y en algunos casos, bienes de particulares; contiene un elemento subjetivo del tipo, cual es el provecho que se refiere a la utilidad, goce o ventaja para sí, o para un tercero.

En ese orden, a VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS, acreditado que por la época de los hechos se desempeñaba como alcalde municipal de Palermo, Huila, se le acusa de haber celebrado el multicitado convenio interinstitucional 017 de 2004, sin el lleno de los requisitos legales, entre dicho ente territorial al que representaba legalmente, con la Caja de Compensación Familiar del Huila –Comfamiliar Huila-, favoreciendo con su actuar deliberado, consciente y sin justificación

alguna a la citada entidad particular, con menoscabo del erario del municipio en la suma de \$15.961.000.

Como se relacionó en párrafos anteriores, dicho convenio contiene en su elaboración y estructuración una serie de anomalías, pues no obstante de establecer que el objeto del mismo es la concurrencia por Comfamiliar Huila y el municipio, para la implementación de la distribución del material de estudio básico de seis mil (6000) paquetes escolares con destino a los estudiantes de las instituciones educativas del Municipio de Palermo, fijado el valor total del convenio en \$83.100.000, que serían girados por el ente territorial a la entidad contratada, una vez fuera entregado el total del material de estudio básico conforme a lo acordado, sobre el mismo no se precisa el aporte que haría ésta última, inobservando que para que este tipo de convenios entre una entidad pública y una institución privada o particular sin ánimo de lucro, debe haber un equilibrio en las condiciones de los aportes.

Sin embargo, en procura de buscar alguna salida jurídica a la ausencia de contraprestación por parte de Comfamiliar Huila, para no desnaturalizar el objeto de convenio, aproximadamente diez días después se realizó una adición al mismo, en la que de común acuerdo las partes convinieron modificar la cláusula segunda de dicho documento, quedando que el valor y pago es la suma de \$85.177.500, respecto de los cuales \$83.100.000 se aportarían por parte del municipio de Palermo para asumir los costos directos del convenio y \$2.077.500 por la entidad, justificando que lo eran para asumir gastos de administración, transporte y asesoría.

Surge posteriormente una nueva imprecisión y se adhiere al convenio una nueva cláusula adicional, en la que las mismas partes acuerdan nuevamente modificar la cláusula segunda del mencionado negocio jurídico, quedando en que el valor y pago del mismo sería por la

suma de \$46.916.683; que por parte del municipio de Palermo se pagaría \$42.651.530 para asumir los costos directos del objeto de convenio y el valor de \$4.265.153 por Comfamiliar Huila, para asumir los gastos de administración, transporte y asesoría; empero no se explican los motivos para esa rebaja en el valor total de lo convenido, ni tampoco se aporta para ello un sustento legal que señale los motivos para realizar dicha adición, desconociéndose entonces las razones para ello; empero, de todas maneras esa situación anómala como ya se destacó en párrafos precedentes, son indicativos de una absoluta falta de planeación para acceder a la contratación.

Al expediente se trajo el informe No. 570 del 14 de noviembre de 2008, elaborado por el investigador judicial adscrito al CTI de la Fiscalía, Carlos Gustavo Tovar Arias¹⁸, a partir del cual se pone en evidencia los sobrecostos en los útiles escolares suministrados por Comfamiliar Huila al municipio de Palermo, pues su conclusión no es otra que *“En cumplimiento del Convenio 017 de 2004, Comfamiliar obtuvo una utilidad de \$18.486.000 que equivale a un 22.2454% del valor del mismo”*, documento que para mejor ilustración, considera la Sala precisó traer a referencia sus apartes pertinentes, en relación con las labores realizadas por el citado profesional:

“...El día 12 de Noviembre de 2008 practiqué diligencia de Inspección Judicial en las instalaciones de la Caja de Compensación Familiar del Huila – COMFAMILIAR HUILA ubicadas en la Calle 11 No. 5 – 63 Neiva...

Fui atendido por el Doctor Harold Yesid Salamanca Falla..., Director Administrativo Suplente, a quien solicité los documentos pertinentes para determinar los precios en que se adquirieron los productos que en forma posterior le suministraron al Municipio de Palermo, en cumplimiento del Convenio 017 de 2004.

Tomando como base la información consignada en la Factura Cambiaria de Compraventa No. 01 24 281817 del 321 (sic) de marzo de 2004 del

¹⁸ Fls. 142 a 145 cuaderno original 1.

Hipermercado Comfamiliar que reposa al folio 20 del cuaderno de copia..., en ésta aparece el número que le corresponde a cada elemento dentro del Inventario.

Con esta información obtuvo por intermedio de su Sección de Contabilidad en su base de datos INFORMA Módulo de Inventarios y Libro Auxiliar de Kárdex del Almacén 201 del Hipermercado, la impresión de un listado en 2 folios..., el cual contiene la siguiente información de cada artículo a costo promedio por unidad y se concretan las características precisas de los productos conforme a lo contratado, así:

1.- Art. 36700 Maletín escolar pequeño Colombia	\$6.897
2.- Art. 36451 Lapicero BIC tinta surtida	\$ 259
3.- Art. 36417 Borrador Rapid BR-20	\$ 150
4.- Art. 2590 Regla Plástica 30 cm.	\$ 323
5.- Art. 36452 Láipiz No. 2 Mina Negra Norma	\$ 200
6.- Art. 36454 Colores 12 Unid. Corto Imágenes El Cid.	\$1.300
7.- Art. 36455 Cuaderno El Cid 100 hojas Cuadriculado Corriente	\$ 820
8.- Art. 36453 Cuaderno El Cid. 100 hojas Rayado Corriente	\$ 820

(...)

Con el fin de establecer el margen de utilidad que tuvo Comfamiliar en la ejecución del Convenio 017 de 2004 realizó un comparativo entre los precios a que se los vendió al Municipio de Palermo contra el precio en los adquirió Comfamiliar a sus proveedores, así:

CONVENIO 017 1 MARZO DE 2004
VALOR DE VENTA AL MPIO PALERMO VS VALOR DE COMPRA A SUS PROVEEDORES

ÍTEM	UNIDAD DE MEDIDA	ELEMENTOS	VALOR DE VENTA	VALOR DE COMPRA	DIFERENCIA
1	Unidad	Maletín escolar pequeño Colombia	\$9.030	\$6.897	\$2.133
2	Unidad	Lapicero BIC tinta surtida	370	259	111
3	Unidad	Borrador RAPID BR-20	100	150	- 50
4	Unidad	Regla plástica 30 CM	550	323	227
5	Unidad	Lápiz No. 2 Mina Negra Norma	240	200	40
6	Caja	Colores 12 Unidades Corto Imágenes El Cid.	1.600	1.300	300
7	Cuaderno	El Cid 100 hojas cuadriculado corriente.	980	820	160
8	Cuaderno	El Cid 100 hojas rayado corriente	980	820	820

UTILIDAD OBTENIDA POR CONFAMILIAR POR 1 PAQUETE ESCOLAR	3.081
UTILIDAD OBTENIDA POR COMFAMILIAR EN LOS 6.000 PAQUETES ESCOLARES (5.297*6.000) (sic)	\$18.486.000

Promediando los valores de las anteriores diferencias Comfamiliar obtuvo un margen de utilidad de \$3.081 por cada uno de los Paquetes Escolares lo cual da una Utilidad Total en los 6.000 paquetes de \$18.486.000 lo cual equivale a un 22.2454% del valor de Convenio que tuvo un valor de \$83.100.000.

CONCLUSIÓN:

1.- En cumplimiento del Convenio 017 de 2004 Comfamiliar obtuvo una utilidad de \$18.486.000 que equivale a un 22.2454% del valor del mismo... ”

Como puede observarse, establecidas las diferencias, Comfamiliar Huila, adquirió la cantidad de 6.000 kits escolares a razón de \$64.614.000 y se los vendió al municipio de Palermo por un valor total de \$83.100.000, obteniendo por ello un incremento de \$18.486.000, equivalentes al 22.2454% del costo que pagó el ente territorial, aspecto que confirma no se trataba de un convenio interinstitucional, sino de otro tema de contratación diferente, *verbi gratia*, contrato de suministro, del cual obtuvo dividendos favorables la entidad particular supuestamente constituida sin ánimo de lucro; no obstante, a ello habrá que descontarse los exiguos pagos por impuestos y demás gastos de administración, que en poco restan al sobrecosto obtenido en relación con los útiles escolares.

Para la Sala resulta diáfano que a consecuencia de ello se generó un detrimento patrimonial ilícito para el erario del municipio de Palermo, pues su alcalde se obligó a entregar ese dinero a cambio de que la Caja de Compensación Familiar del Huila, le entregara los útiles escolares negociados, a través de la suscripción del mencionado convenio interinstitucional, para lo cual, como ya se anotó, le hubiera bastado la realización de un contrato de suministro de tales elementos sometido eso sí, a los estatutos de contratación estatal establecidos en la Ley 80 de

1993 y demás normas complementarias; pero a cambio de ello, con pleno conocimiento de su actuar *contra legem*, optó por aquella modalidad con la pretensión, como finalmente lo hizo, de que no se sometiera a los procedimientos de dicha legislación, sino que se tramitara a través de la contratación directa.

No se justifica en manera alguna el sobrecosto en que el municipio de Palermo incurrió, cuando adquirió de Comfamiliar los útiles escolares, toda vez que al suscribirse este tipo de convenios lo que se busca mediante la colaboración mutua de la entidades públicas con la participación de los particulares, es el bien social común, que les permita el cumplimiento de sus actividades propias estando lejos esa intención de buscar algún lucro, como es el que en este caso se evidencia ocurrió por parte de la Caja de Compensación; en todo caso, dichas asociaciones, se rigen por los principios reguladoras de la función administrativa y la contratación estatal, establecidos en los artículos 209 de la Constitución Política y la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, esa situación irregular la permitió el entonces alcalde de Palermo, pues bajo el principio de transparencia y responsabilidad que establece la Ley 80 de 1993, en sus artículo 23 y 26, él como servidor público estaba obligado a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, así como a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que pudieran verse afectados por la ejecución del contrato.

Ahora, la defensa ataca el informe No. 570 del 14 de noviembre de 2008, elaborado por el investigador judicial adscrito al CTI de la Fiscalía, Carlos Gustavo Tovar Arias, descrito en precedencia, en cuanto en el mismo se señaló por el aludido funcionario que: “...*Por medio de la inspección que practiqué en Comfamiliar el 12 de Noviembre de 2008 fue posible*

determinar las características precisas de los artículos que ésta empresa le vendió al municipio de Palermo, al realizar la comparación con los cotizados por la Papelería Su Oficina encuentro que en algunos de ellos, como expuse con anterioridad , se presentan diferencias en las marcas de los artículos y como no tengo ni los conocimientos, ni la información que me permita establecer que a pesar de las diferencias de marca, las características técnicas y de calidad sean iguales entre dichos elementos, solicito que por esa razón no sea tomada en cuenta la comparación de precios y la diferencia encontrada en este caso...”

Respóndase entonces al libelista, en el mencionado informe el investigador judicial luego de hacer referencia a algunos artículos que otro proveedor, la papelería Su Oficina, cotizara respecto de las características precisas del producto que vendió Comfamiliar Huila, encontró entre ellos algunas diferencias, tales como que esta entidad suministró un maletín pequeño Colombia, mientras que la papelería cotizó fue un maletín escolar Ram, etc., lo que entiende la Corporación fue la imposibilidad de establecer el valor de cada uno de los elementos componentes del mencionado kits escolar, en las marcas que en que fueron cotizados por otro potencial proveedor, como la papelería en cita, comprensible puesto que podría cambiar dadas sus características físicas y de calidad, entre otras, motivo por el que pide que no sea tomada en cuenta esa comparación de precios.

Destáquese la contundencia advertida en el cuadro comparativo que realizó con la misma información suministrada por la Caja de Compensación Familiar, con referencia a los precios en que se los vendió al municipio de Palermo, frente al valor que los adquirió Comfamiliar Huila a sus proveedores, con el fin de establecer el margen de utilidad obtenido, no siendo más explícito que por razón de ese convenio 107 de 2004, la entidad particular contratada obtuvo una utilidad de \$18.486.000, valor

que resulta ser equivalente al 22.2454% de su valor total, es decir, de los \$83.100.000 convenidos para el suministro de dichos útiles escolares.

Dichas razones impiden que el citado informe deba ser valorado aisladamente como lo pretende el censurante, sino que debe ser apreciado conjuntamente con el resto del caudal probatorio vertido al proceso, el cual a su minucioso análisis arroja que se ciñe a la realidad de lo sucedido, pues su conclusión se basa en la misma información que recibió de la entidad a la cual con esa finalidad se le realizó inspección judicial, luego sus conclusiones resultan ser susceptibles de ser valoradas probatoriamente, y por consiguiente le produce a la Sala todo el valor suasorio, por su acierto y credibilidad.

De esta manera, se encuentra que el comportamiento del acusado se realizó de manera dolosa, debido a que esta conducta contra la administración pública también la realizó con conocimiento pleno de que con su actuar se transgredía dicho bien jurídico legalmente protegido, y aun así, mediando su voluntad decidió infringir la ley penal, sin que para ello mediara justificación alguna, amén de que los hechos, las evidencias y los demás medios de prueba que se trajeron al proceso, permiten concluir que el acusado VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VARGAS permitió que un tercero, Comfamiliar Huila, a través de su entonces representante legal, se apropiara de bienes, en este caso, dineros del Estado, que fueran recibidos con la celebración del mencionado contrato, aprovechándose de la diferencia en el margen de utilidad que recibió, a sabiendas también de que se incurría en una conducta punible.

Así las cosas, como quiera que tanto la materialidad de la conducta punible prevista en el artículo 397 del C. Penal, así como la responsabilidad del acusado POLANÍA VARGAS en la misma se encuentra plenamente demostrada, esta Corporación acogiendo en lo

demás las a las acertadas disquisiciones emitidas por el *a quo*, confirmará la decisión condenatoria proferida por la primera instancia, acorde con todo lo planteado en precedencia.

Téngase finalmente como mensaje de alerta, lo expresado por la parte no recurrente en torno a su solicitud de celeridad para el pronunciamiento por parte de esta segunda instancia, en vista de posiblemente sobrevenir el fenómeno prescriptivo de la acción penal.

Sea suficiente lo antes expuesto, para que la Sala Primera de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VIII. RESUELVA

Primero.- CONFIRMAR la sentencia condenatoria impartida contra VÍCTOR ERNESTO POLANÍA VANEGAS, de fecha y procedencia inicialmente anotadas, por las razones expuestas en precedencia y en los puntos que fueron materia de disenso.

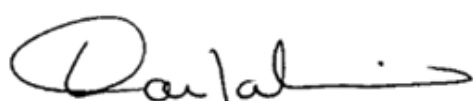
Segundo.- DECLARAR que contra este fallo procede el recurso de casación que podrá interponerse en los términos establecidos para el efecto en el artículo 210 de la Ley 600 de 2000, modificado por la Ley 1395 de 2010, artículo 101.

Cópiese, notifíquese y si no fuere recurrida la decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

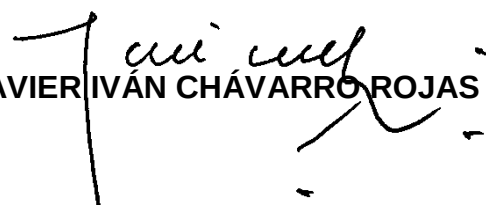
Cúmplase,



ÁLVARO ARCE TOVAR
(Providencia virtual) ¹⁹



INGRID KAROLA PALACIOS ORTEGA



JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS



LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ
Secretaria

RADICADO AL TOMO: _____ FOLIO: __ LIBRO DE SENTENCIAS PENALES

¹⁹ Se implantan firmas digitalizadas o escaneadas. Consejo Superior de la Judicatura. ACUERDO PCSJA20-11567 del cinco de junio de 2020. “**Artículo 22.** *Aplicativos de recepción de tutelas y hábeas corpus y de firma electrónica. Mientras dure la suspensión de términos, así como cuando ésta se levante, el envío de acciones de tutela y hábeas corpus seguirá haciéndose de manera electrónica. Para las firmas de los actos, providencias y decisiones se atenderá lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 491 de 2020 o las demás disposiciones que regulen el particular. Los servidores judiciales con condición de firmante institucional en la Rama Judicial harán uso de los mecanismos y herramientas de firma disponibles.*”