

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



PECULADO POR APROPIACION/... “El delito de peculado es catalogado por la doctrina como propio, pues exige en el sujeto activo una cualificación especial, que es la de ser servidor público. Es necesario que el servidor público se apropie, en provecho suyo o de un tercero, de bienes que sean del Estado o de empresas o instituciones en los que este tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones...”

PECULADO POR APROPIACION/ Tentativa/...” Para delimitar entre los actos preparatorios y actos ejecutivos, la doctrina diseñó las teorías subjetivas, que hacen relación fundamentalmente a la intención del agente o a la representación del autor para cometer la conducta punible, entre las que se distinguen la subjetiva extrema¹ y la subjetiva limitada²; las teorías objetivas que buscan delimitar los actos preparatorios de los actos ejecutivos mediante la adopción de criterios objetivos entre los que se destacan la naturaleza de los actos³, el ataque a la esfera jurídica ajena⁴, la objetiva formal⁵, la objetiva material⁶; y las teorías mixtas que mezclan elementos de teorías subjetivas y objetivas, con correctores jurídico dogmáticos.

PECULADO POR APROPIACION/ Tentativa/...” Eso significa que estos actos pudieran catalogarse de preparatorios orientados a obtener esos recursos con disponibilidad jurídica y material, pero que sin embargo no abordaron o se adentraron en la etapa de la ejecución en cuanto no se estuvo en posibilidad inmediata de disponer de ellos y por tanto de lesionar los bienes jurídicos patrimoniales de la empresa afectada, lo que denota que tampoco existió conato en el comportamiento juzgado.

¹ En la que el injusto se agota con cualquier "exteriorización de una voluntad mala" dirigida a ejecutar el comportamiento punible.

² Que busca examinar la opinión del agente acerca de su plan criminal.

³ El acto preparatorio es equívoco por oposición al acto ejecutivo que es inequívoco.

⁴ El acto preparatorio permanece dentro de la esfera del sujeto activo y el acto ejecutivo invade la esfera del sujeto pasivo y consecuentemente lesiona sus intereses jurídicos.

⁵ Que mira la estructuración del tipo penal, a tal punto que los actos ejecutivos son aquellos en los que el autor inicia la realización de la acción típica descrita en el tipo penal y los comportamientos previos no son subsumibles directamente dentro de dicha acción.

⁶ Que acude al contenido material del bien jurídico y por tanto los actos ejecutivos son aquellos que lo ponen en peligro o lo lesionan efectivamente en tanto que en los preparatorios no.

SENTENCIA 014

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL TUNJA

SALA PENAL

Radicación: 2015-0171

Procesado: José Alirio Vaca Gutiérrez

Delitos: Peculado por apropiación en
grado de tentativa

Magistrado Ponente: **Dr. Edgar Kurmen Gómez.**

Aprobado: Acta **026**, Artículo 30, Numeral 4º, Ley 16 de 1968

Tunja, **marzo siete (7) de dos mil dieciséis (2016).** Hora: **diez de la mañana (10:00 a.m.).**

Conoce la Sala del presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto la representante de la parte civil contra la sentencia de 3 de octubre de 2014 mediante la cual el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa absolvió a JOSÉ ALIRIO VACA GUTIÉRREZ del delito de peculado por apropiación en grado de tentativa.

HECHOS

El 11 de noviembre de 2003 Jaime Rincón Castañeda Vargas, alcalde saliente del municipio de Almeida, tramitó y suscribió contrato de

prestación de servicios profesionales con el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle, cuyo objeto era dotar al municipio de la gestión jurídica profesional, de conocimientos jurídicos especializados de derecho tributario con la finalidad de detectar y gestionar el cobro a contribuyentes inexactos, omisos y temporales del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros, que no estuvieran al día en el cumplimiento de obligaciones fiscales y adelantar los procedimientos procesales y extraprocesales para realizar los cobros respectivos. La remuneración que el contratista obtendría por esa gestión se pactó en la modalidad de cuota Litis, estableciéndose en el 30% que se liquidaría con base en los recursos que ingresaran al municipio producto de la gestión del contratista.

En desarrollo de ese contrato el 30 diciembre de 2003 el municipio de Almeida, previo emplazamiento a la empresa CHIVOR S.A. E.S.P., resolvió sancionarla por la suma de \$16.690.649.00 por no presentar declaración del impuesto de industria y comercio por los años 1998 a 2002. Durante el primer semestre del año 2004, cuando fungía como alcalde del municipio el señor José Alirio Vaca Gutiérrez, se profirieron actos administrativos rechazando recursos de consideración presentados por CHIVOR S.A. E.S.P. contra las resoluciones sancionatorias, librando orden de pago contra esa empresa por la suma atrás mencionada y ordenando el embargo de la totalidad de ese establecimiento comercial. Como la empresa CHIVOR S.A. E.S.P. presentó diferentes recursos jurídicos en su defensa, en julio de 2004 se ordenó levantar la medida cautelar que se había impuesto.

Por estos hechos Jaime Alberto Madrigal Calle, Jaime Rincón Castañeda Vargas y José Alirio Vaca Gutiérrez fueron denunciados por los delitos de celebración indebida de contratos, prevaricato por acción, falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación en la modalidad de tentativa. Respecto a este último delito se consideró que pactar unos honorarios del 30% implicaría que los procesados iniciaron

actos ejecutivos tendientes a que el abogado contratista se apropiara indebidamente de \$5.007.194.700.00. El 26 de septiembre de 2006 se dispuso la ruptura de la unidad procesal para procesar a José Alirio Vaca Gutiérrez por el último de los delitos mencionados.

ANTECEDENTES PROCESALES

Contra Jaime Alberto Madrigal Calle, José Alirio Vaca Gutiérrez y Jaime Rincón Castañeda Vargas se inició investigación por los presuntos delitos de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, interés indebido en la celebración de contratos, prevaricato por acción, falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación en la modalidad de tentativa, bajo el radicado 1560.

La Fiscalía 17 Delegada de la Unidad Especializada de delitos contra la administración pública de Bogotá profirió resolución de acusación el 26 de septiembre de 2006 resolviendo acusar a José Alirio Vaca Gutiérrez por prevaricato por acción y contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Dispuso que ejecutoriada esa decisión se rompiera la unidad procesal, se tomara copia a los cuadernos originales para continuar con estos la investigación contra José Alirio Vaca Gutiérrez por el presunto delito de peculado por apropiación en la modalidad de tentativa.

El 7 de marzo de 2008 la Fiscalía 17 Delegada de Bogotá, Especializada en delitos contra la administración pública, ordenó oficiar a la jefatura de esa unidad para que asignara nuevo número de radicación para continuar la investigación contra José Alirio Vaca Gutiérrez. Así mismo dispuso citarlo para que acudiera a diligencia de indagatoria, la cual se surtió el 28 de abril de 2008.

El 11 de agosto de 2008 se cerró la investigación y el 20 de mayo de 2009 se dictó resolución acusatoria contra José Alirio Vaca Gutiérrez

acusándolo de ser autor del delito de peculado por apropiación en grado de tentativa.

El proceso se envió al Juzgado Penal del Circuito de Guateque para adelantar la etapa del juicio, autoridad que el 3 de septiembre de 2009 avocó conocimiento y concedió el traslado de que trata el art. 400 del C. de P.P. El 13 de octubre de 2009 se adelantó audiencia preparatoria, oportunidad en la que el Juez decretó oficiosamente la nulidad del proceso, desde la resolución de acusación, inclusive, decisión contra la cual la Fiscalía y el apoderado de la parte civil interpusieron recurso de reposición y en subsidio de apelación. No repuesta la decisión se concedió la apelación, que fue resuelta por esta Sala mediante interlocutorio 040 de 28 de abril de 2010 en el que se decidió revocarla y declarar que el proceso no estaba viciado de nulidad.

Regresadas las diligencias al despacho de origen el 30 de junio de 2010 se continuó con la audiencia preparatoria, señalándose el 29 de julio de ese año para iniciar la audiencia pública.

El 5 de agosto de 2010 el Juez Penal del Circuito de Garagoa se declaró impedido para continuar conociendo del asunto, remitiendo las diligencias al Juez Penal del Circuito de Garagoa, autoridad que el 24 de agosto de 2010 se abstuvo de conocer las diligencias, disponiendo enviarlas a esta corporación para resolver de plano, conforme al art. 101 del C. P. P. Mediante interlocutorio 100 de 30 de septiembre de 2010 esta Sala declaró fundado el impedimento y asignó las diligencias al Juez Penal del Circuito de Garagoa.

El 25 de octubre de 2010 el Juez Penal del Circuito de Garagoa avocó el conocimiento del asunto, realizando nuevamente la audiencia preparatoria el 1º de diciembre de ese mismo año. La audiencia pública se surtió durante los días 14 de junio y 12 de septiembre de 2011, respectivamente. El 3 de octubre de 2014 el Juez Penal del Circuito de

Garagoa absolvió a José Alirio Vaca Gutiérrez del cargo que le fue imputado, decisión contra la cual la parte civil interpuso recurso de apelación.

IDENTIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO

José Alirio Vaca Gutiérrez nació el 31 de marzo de 1970 en Almeida (Boyacá), porta la cédula de ciudadanía 4.047.275 de Almeida, es hijo de José Benigno Vaca Calderón y María del Carmen Gutiérrez Montenegro, casado, padre de Ingrid Jazmina, Erika Lizeth y María Paula Vaca, terminó materias de administración de empresas en la UNAD CREAD Garagoa y se desempeñó como alcalde de Almeida durante el período 2004 a 2007.

DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA Y DEL MOTIVO DE LA IMPUGNACIÓN

De la Providencia impugnada.

Consideró el a quo que debía absolverse a José Alirio Vaca Gutiérrez del delito de peculado por apropiación en el grado de tentativa al no encontrar reunidos los requisitos exigidos para que se configure ese delito.

Del análisis de las actuaciones surtidas por el procesado dentro del proceso de cobro coactivo que la Alcaldía de Almeida realizó contra CHIVOR S.A. E.S.P. concluye que no está acreditado en el plenario que material o jurídicamente José Alirio Vaca Gutiérrez se haya apropiado de bienes de esa empresa particular, pues no tenía administración, tenencia o custodia, ya que su actuación se limitó, si bien con actos espurios, a

que se pagaran gravámenes dejados de cancelar por el sujeto pasivo del delito.

La única posibilidad que existiría para predicar custodia de bienes de particulares sería la referida a la relación funcional sobre la medida cautelar que en su momento se ordenó mediante acto administrativo 005 de 26 de enero de 2004 consistente en ordenar la inscripción en el registro mercantil del establecimiento de comercio CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CHIVOR S.A. y también con la resolución de 24 de marzo de 2004 que ordenó su embargo, en el entendido que con tales actuaciones se generó el acto jurídico de disponibilidad jurídica durante el trámite del proceso coactivo, que se extendió hasta el 13 de julio de 2004, fecha en que esas medidas cautelares terminaron.

No puede considerarse que mientras duraron vigentes las medidas cautelares decretadas existió una disposición a favor del municipio de Almeida, por lo que no se contó con disponibilidad jurídica, porque la medida cautelar tiene como finalidad poner los bienes fuera del comercio, impidiéndose que se disponga de los derechos reales que recaen sobre la cosa, se constituyan nuevos derechos, se desmembre o limite el dominio, teniendo como razón de ser garantizar la ejecución de un derecho crediticio o personal. En este caso al ponerse a órdenes de la alcaldía de Almeida los bienes objeto de la medida cautelar, no significa que ella pueda disponer jurídica o materialmente de los mismos, tampoco se deduce que los esté administrando ni se le ubica en el ejercicio de disposición del mismo, pues es una medida cautelar que es realizada ante las cámaras de comercio, inspiradas en el principio de publicidad, que garantiza condiciones de seguridad en el tráfico económico y goza de amparo constitucional.

Si bien la Corte Suprema de Justicia reconoció en una oportunidad que el delito de peculado por apropiación se basó en la disponibilidad jurídica que surgió a raíz de la orden de embargo que el funcionario emitió sobre

dineros del erario público por razón de su función⁷, momento desde el que surgió la custodia sobre ellos, esa providencia alude a dineros que provenían del estado y no se trata, como en este caso, de la inscripción en el registro mercantil sobre un establecimiento de comercio y que por el valor que este ostentaba no podría disponer del mismo en procura de obtener apropiación a favor del municipio, pues solo en la medida que se finiquitara todo el proceso coactivo hasta llegar a su remate y que hubiese ingresado dinero a las arcas del municipio, se podía disponer jurídica y materialmente con el respectivo rubro presupuestal.

Si bien el procesado se apartó del ordenamiento jurídico al celebrar indebidamente contratos con un profesional del derecho y expedir resoluciones groseras y ostensiblemente contrarias a la constitución y la ley, ello no es suficiente para mostrar que de manera voluntaria y con conocimiento de causa su actuar estuviera dirigido a apropiarse de \$16.690.649.00 del establecimiento CHIVOR S.A. E.S.P. en favor del municipio.

No hay elemento que permita señalar que José Alirio Vaca Gutiérrez actuó con dolo, pues ni su grado de instrucción ni las actividades que desarrolló como comerciante de esmeraldas y también como personero municipal, permiten deducir que pretendía encaminar unos recursos a favor del erario público para apropiárselos y aun de haberlo querido así los actos ideativos dentro del iter criminis no tienen la categoría de punibles, amen que el inicio de las sanciones se dieron en la anterior administración y no en la suya.

El actuar del procesado cuando decide hacer efectivas las medidas cautelares y asesorarse del abogado Jaime Alberto Madrigal Calle, indica que posiblemente se vulneraron tipos penales de carácter prevaricador pero no puede suponer un querer de apropiarse de bienes, como consecuencia de la medida cautelar inscrita, pues el proceso debe

⁷ Se refiere a sentencia de 23 de marzo de 2006, radicado 10778, M.P. Luis Quintero Milanés

pasar por etapas posteriores como el remate de bienes, aprobación del mismo, cumplimiento y pago al acreedor, fraccionamiento, secuestro y liquidación del crédito y costas, aspectos que estaban muy distantes de llevarse a cabo, por lo que no existía posibilidad de que ingresaran al peculio del municipio dineros y menos suponer la entrega de los honorarios que se habían pactado en su momento.

Cita el a quo providencia del Tribunal Superior de Tunja⁸ para señalar que en este caso no existe el bien objeto del ilícito, coligiendo que las actuaciones surgidas por el procesado dentro del proceso de cobro coactivo no tenían potencialidad suficiente para atentar contra el erario público o los bienes del establecimiento CHIVOR S.A. E.S.P., no constituyéndose en actos ejecutivos, pues no está acreditada la voluntad dirigida a apropiarse de dineros o que obrara con la resolución firme de cometerlo.

No hay prueba de un plan trazado desde la contratación del abogado Madrigal Calle, pues no participó en la celebración de ese contrato y cuando realizó la ejecución al momento de asumir como alcalde de Almeida ya se habían impuesto las sanciones a la empresa CHIVOR S.A. E.S.P. por los períodos fiscales que eventualmente no había pagado. De las pruebas ni de la actuación de CHIVOR S.A. E.S.P. puede deducirse que lo pretendido por Vaca Gutiérrez era apropiarse de los dineros que bajo la figura de cuota Litis le corresponderían al abogado Madrigal Calle, en porcentaje del 30% de lo que pudiera recuperar, pues tal deducción se constituye en conjetura hipotética, no obstante que tenga una connotación económica considerable.

Si bien los actos precedentes a la declaratoria de desembargo y los que resolvieron la negativa de excepciones, así como las nulidades impetradas por la empresa CHIVOR S.A. E.S.P., estaban impregnadas de ilicitud y son actos idóneos para cometer infracciones a la ley penal,

⁸ Sentencia 092 de 1º de octubre de 2013, M.P. José Alberto Pabón Ordóñez

ellos no tienen capacidad de estar inequívocamente dirigidos a la apropiación, pues al haberse admitido la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho opera de facto el levantamiento de las medidas cautelares decretadas en el proceso de jurisdicción coactiva, conforme lo ordena el art. 837 del estatuto tributario. Por tanto no puede predicarse la existencia de actos ejecutivos de apropiación, pues al haber intervenido la jurisdicción de lo contencioso administrativo el proceso de cobro coactivo no se suspende, pero el remate no se realizará hasta tanto exista pronunciamiento definitivo en dicha jurisdicción.

Del motivo de impugnación

La apoderada de la empresa CHIVOR S.A. E.S.P., en su condición de representante de la parte civil, busca se revoque la sentencia absolutoria y en su lugar se dicte una de carácter condenatorio. Sustenta su inconformidad con los siguientes argumentos:

Las actuaciones realizadas por José Alirio Vaca Gutiérrez desde el 1º de enero de 2004 estaban dirigidas inequívocamente a la apropiación ilegal de dineros de la empresa CHIVOR S.A. E.S.P., siendo verdaderos actos ejecutivos y no preparatorios o simples conjeturas. Si bien el contrato con el abogado tributarista se dio en la administración anterior, a finales de 2003, también lo es que cuando el procesado inició su mandato, consintió y permitió que se siguieran ejecutando, cuando a todas luces eran ilegales, siéndole exigible otra conducta, permitiendo que se continuaran realizando actos ejecutivos inequívocamente dirigidos a que prosperara un proceso coactivo ilegal, siendo el fin último obtener a toda costa el apoderamiento de más de cinco mil millones de pesos por concepto de honorarios. El procesado, al tener posición de garante institucional, debió haber evitado el resultado del riesgo creado, así lo haya o no generado, lo cual no hizo.

La suma objeto de apropiación está delimitada en \$5.007.194.700.00, que corresponde al 30% de \$16.690.649.000.00 que la empresa tendría que pagar por concepto de una multa que arbitraria e ilegalmente se le estaba cobrando, dineros que tenían vocación de ingresar a las arcas del municipio de Almeida, pues cuando el procesado profirió la resolución 025 de 12 de junio de 2004 solo faltaba secuestrar los bienes embargados y proceder a su remate y de no haber sido por la defensa juiciosa de CHIVOR S.A. E.S.P. el dinero hubiera ingresado a las arcas del municipio y con solo una cuenta de cobro se hubiese logrado la apropiación ilegal de más de cinco mil millones de pesos.

Las actuaciones que adelantó José Alirio Vaca Gutiérrez son verdaderos actos ejecutivos con el fin de apoderarse a favor de un tercero —el abogado tributarista— de una cuantiosa suma de dinero producto de honorarios, no estándose ante conjeturas, existiendo una puesta en peligro de los bienes jurídicamente tutelados, siendo tal el plan criminal que siempre se ha pretendido faltar a la verdad, llevando a los juzgadores a pensar que todo el andamiaje para el cobro coactivo se hizo apegado a la ley buscando recuperar unos dineros para la alcaldía de Almeida, cuando lo cierto es que de manera mancomunada los dos alcaldes de Almeida y el abogado tributarista idearon su plan criminal dando apariencia de legalidad a algo que nunca lo tuvo, a más que el acusado nunca fue asesorado por el abogado, constituyéndose esto solo en una fachada, pues es el mismo procesado quien en su indagatoria dice que el abogado nunca comparecía, que todo se hacía a través del intermediario Enrique Merchán Vélez e incluso el secretario de gobierno de Almeida, por los años 2001 a 2003 dice que nunca conoció a ese abogado.

En este caso hay dolo, pues el desconocimiento de la ley no le sirve de excusa al procesado, a más que a los funcionarios públicos se les exige más diligencia en sus actuaciones. Debe tenerse en cuenta que manifestó haber estudiado 8 semestres de estudios superiores en la

UNAD CREAD de Garagoa y fue también personero municipal, lo cual le daba conocimiento y cercanía a las actuaciones propias de la administración municipal. Le era exigible otra conducta, pues debía conocer el decreto 004 de 1999 de la alcaldía de Almeida que dispone que es el tesorero municipal al que le corresponde adelantar los procesos de jurisdicción coactiva. Además, de haber sido diligente debió pedir asesoría al tesorero o por lo menos verificado quién era el experto tributarista, pero coadyuvó a estructurar una falta tributaria inexistente.

El plan criminal trazado entre los dos alcaldes y el abogado se demuestra también con la inexistencia de informes de interventoría o de supervisión del contrato, a más que José Alirio Vaca Gutiérrez aceptó ejecutarlo e implícitamente permitió que se profiriera mandamiento de pago contra CHIVOR S.A. E.S.P., sin que la resolución sanción estuviera en firme, lo cual demuestra que había que expedir resoluciones a toda costa contra esta empresa buscando apoderarse de una cuantiosa suma de dinero bajo la supuesta modalidad de honorarios.

Con la artimaña desplegada por el procesado los dineros de CHIVOR S.A. E.S.P. tenían vocación de ingresar al municipio, pues en su mandato se emitió la resolución 025 que dispuso secuestrar los bienes embargados y rematarlos, por lo que sí contaba con la administración jurídica de los mismos, no consumándose el delito porque CHIVOR S.A. E.S.P. logró desembargar los bienes gracias a la interposición de demandas ante la jurisdicción contencioso administrativa. Se acudió a medidas lícitas, como ejecutar un proceso coactivo y dentro de este decretar medidas cautelares, para apropiarse ilícitamente de los dineros de CHIVOR S.A. E.S.P.

ANÁLISIS Y VALORACIÓN JURÍDICA DE LAS PRUEBAS

1.- Prueba documental.

1.1.- Denuncia presentada por el representante legal de CHIVOR S.A. E.S.P., folio 5 c. 1.

Tiene fecha julio 16 de 2004. La presenta contra Jaime Ramón Castañeda Vargas, José Alirio Vaca Gutiérrez y Jaime Alberto Madrigal Calle, por diversos delitos, entre ellos peculado por apropiación en la modalidad de tentativa. Entre otras cosas se dice que el 11 de noviembre de 2003 Jaime Ramón Castañeda Vargas, por entonces alcalde de Almeida, junto con su tesorero y secretaria suscribieron acta de justificación de conveniencia acerca de efectuar una contratación directa para efectos de revisar, determinar, cuantificar y recaudar el impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros, debido a la carencia de personal idóneo en la administración municipal para ese efecto, debiéndose contratar los servicios especializados de un profesional en derecho tributario para la asesoría y manejo integral. Que el 11 de noviembre de ese año se suscribió contrato de prestación de servicios profesionales especializados entre el municipio de Almeida, representado por el entonces alcalde Jaime Ramón Castañeda Vargas, y el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle. Considera que el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle realizó actuaciones tendientes a interesar al alcalde municipal de Almeida, por el año 2003, señor Jaime Ramón Castañeda Vargas, y al que le sucedió, señor José Alirio Vaca Gutiérrez, en celebrar un contrato administrativo en el que pretendía ilegalmente cobrar honorarios de \$5.007.194.700.00, como cuota Litis del 30%, por realizar gestiones de cobro de impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros contra la empresa CHIVOR S.A. E.S.P., suma calculada sobre \$16.690.649.000.00 que ascendía al valor de la sanción que se le cobraría a esa empresa por no pagar ese impuesto durante los años 1998 a 2002. Esa cifra que se pretendía cobrar como honorarios se constituye en un medio para apropiarse

ilícitamente de dineros que eventualmente pueden ingresar a las arcas del municipio, evidenciándose que ha primado el interés personal, la arbitrariedad y el abuso de la función pública para que una persona de manera delictiva se termine apoderando de dineros públicos, con la ayuda del actuar de los alcaldes denunciados.

1.2.- Copia directiva No. 016 de 6 de septiembre de 2004 proferida por el Procurador General de la Nación (folio 98 c. 1.).

Se pone en conocimiento de gobernadores, alcaldes, tesoreros municipales y departamentales, información relacionada con la contratación de abogados para el cobro de impuesto de industria y comercio y sus complementarios de avisos y tableros a las empresas que generan, transportan y distribuyen energía. También sobre el alcance de las medidas cautelares decretadas en los procesos de jurisdicción coactiva.

1.3.- Copia del acta de posesión de José Alirio Vaca Gutiérrez como alcalde de Almeida (folio 120 c. 1).

Se acredita que el 1º de enero de 2004 se posesionó ante el Notario de Almeida el señor José Alirio Vaca Gutiérrez como alcalde municipal de esa localidad, por el período 2004-2007. A folio 121 aparece copia del acta parcial de escrutinios que acredita que el 26 de octubre de 2003 el procesado resultó electo como alcalde de ese municipio.

1.4.- Copia del acta de estudio de conveniencia y necesidad, (folios 242 c. 1, 7 c. a. 1, 24 c. a. 5).

Tiene fecha 11 de noviembre de 2003 y es suscrita por Jaime Ramón Castañeda Vargas, Nilfa Inés Montenegro D. Y Nelson Antonio Jiménez Romero, alcalde, tesorero y secretario del municipio de Almeida. Se consignan las razones por las cuales el municipio de Almeida debe contratar con un abogado especialista en derecho tributario, señalándose

que la administración carece de personal idóneo con conocimientos especializados en materia tributaria. Se consideró que hay necesidad de depurar y revisar las rentas del municipio, que existe probabilidad que hayan tributos por cobrar, que en materia de contratación y en relación con los honorarios profesionales los colegios de abogados tienen establecida la modalidad de cuota Litis y porcentaje, que el oferente asumirá la totalidad de los gastos administrativos, de desplazamientos, viáticos, etc., que deba efectuar para el cabal cumplimiento del contrato; que como se contratará en la modalidad de cuota Litis y porcentaje el municipio no adquiere responsabilidad en materia de honorarios diferente al pago que resulte de acuerdo a la gestión de recaudos desempeñada. Que por esas consideraciones ofrece una modalidad de cuota Litis y porcentaje del 30% como honorarios por la labor a contratar, entendiendo que si la gestión no arroja resultados a favor del municipio este no asume responsabilidad de pago alguno. También que el contrato que se llegare a firmar estará sujeto a una condición suspensiva, como lo es el cobro y recaudo de unos tributos, por lo que puede suscribirse un contrato por valor de \$3.000.000.0 para su legalización, pero su valor final será del 30% del total efectivamente ingresado a las arcas del municipio por el cumplimiento del objeto el contrato. Finalmente se dice que para el municipio es benéfico contratar al abogado Jaime Alberto Madrigal Calle, especializado en derecho tributario, quien presentó oferta para la revisión, estudio, determinación, imposición, depuración, discusión, cobro y recaudo del tributo municipal de industria y comercio, certificando su experiencia e idoneidad en este campo.

1.5.- Oficio de 10 de marzo de 2005 (folio 254 c. 1).

La empresa CHIVOR S.A. E.S.P. informa a la fiscalía las actuaciones realizadas para el pago del impuesto de industria y comercio por los años 1998 a 2002. Que por esos años declaró y pagó el impuesto de industria y comercio por \$14.596.530.00, \$14.392.669, \$17.338.259.00, \$15.531.884.00 y \$19.969.000.00, respectivamente. Anexó copia de los

recibos oficiales de pago, así como copia de los autos admisorios de las demandas interpuestas con ocasión de las cinco resoluciones de sanción que impuso la alcaldía de Almeida a CHIVOR S.A. E.S.P. (folios 256 a 280 del c. 1).

1.6.- Informe 223644 de 4 de abril de 2005 (folio 34 c. 2).

El investigador José Darío Pérez Murcia presenta informe relacionado con todos los aspectos referentes a la tramitación, celebración, ejecución y liquidación del contrato de prestación de servicios suscrito por el alcalde de Almeida, señor Jaime Ramón Castañeda Vargas, y el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle.

1.7.- Copia del acta de iniciación de contrato, acta de justificación de contratación directa y contrato de prestación de servicios profesionales especializados (folios 82 a 91 del c. 2).

Corresponden al contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle y la alcaldía municipal del municipio de Yaguará (Huila).

1.8.- Copia de la propuesta presentada por el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle al alcalde de Santa María el 3 de enero de 2004 (folio 79 c. 3).

En el acápite de oferta de prestación de servicios profesionales se lee que Jaime Alberto Madrigal Calle con su grupo de profesionales especializados ofrece prestar al municipio la asesoría y ejecución integral para la investigación, estudio, revisión, determinación, imposición, discusión, cobro y recaudo de tasas, gravámenes, transferencias, compensaciones y toda clase de impuestos territoriales a grades contribuyentes (agentes del sector eléctrico) inexactos u omisos o aquellos que ocasionalmente hallan desarrollado alguna actividad industrial, comercial o de servicios en la jurisdicción territorial del

municipio. La propuesta económica indica que el valor a cobrar por la prestación de los servicios ofrecidos será del 30%, IVA incluido, del valor total recaudado por el municipio.

1.9.- Copia de las resoluciones sanciones No. 001, 002, 003 de 30 de diciembre de 2003 (folios 64, 85, 104, 123 y 142 c. a. 1)

El municipio de Almeida impone sanción a CHIVOR S.A. E.S.P. por no presentar declaración del impuesto de industria y comercio por los años 1998 a 2002, por \$2.659.748.000.00, \$2.579.326.000.00, \$3.024.505.000.00, \$3.582.313.000.00 y \$4.844.575.000.00 respectivamente.

1.10.- Recursos de reconsideración presentados por la empresa CHIVOR S.A. E.S.P. contra las resoluciones sanción 001 a 005 (folios 163 a 270 c. a. 1)

1.11.- Copia de emplazamiento para declarar No. 001 (folio 2 c. a. 5)

Tiene fecha 12 de noviembre de 2003. La alcaldía de Almeida emplaza a CHIVOR S.A. E.S.P. para que en el término de un mes cumpla con la obligación de presentar las declaraciones del impuesto de industria y comercio por los años 1998 a 2002.

1.12.- Copia oficio de 11 de noviembre de 2003 (folio 14 c. a. 5)

El abogado Jaime Alberto Madrigal Calle le manifiesta al alcalde de Almeida, señor Jaime Ramón Castañeda Vargas, que en referencia al contrato de servicios profesionales especializados suscritos entre él y la alcaldía, que no expida paz y salvos por el impuesto de industria y comercio a grandes contribuyentes, hasta tanto no consideren en forma conjunta su pertinencia y viabilidad.

1.13.- Copia de acta de iniciación de contrato de servicios profesionales (folios 14 c. a. 1, 16 c. a. 5)

Tiene fecha 11 de noviembre de 2003 y contiene el acta de iniciación del contrato de servicios profesionales suscrito entre el municipio de Almeida y el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle.

1.14.- Copia del contrato de servicios profesionales suscrito entre el municipio de Almeida con el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle (folios 10 c. a. 1, 21 c. a. 5).

Tiene fecha 11 de noviembre de 2003. El objeto es dotar al municipio de la gestión jurídica profesional, de conocimientos jurídicos especializados de derecho tributario con la finalidad de detectar y gestionar el cobro a contribuyentes inexactos, omisos y temporales del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros, que no estén al día en el cumplimiento de obligaciones fiscales con el municipio, para establecer si lo declarado se ajusta a la realidad y en caso de quedar saldos a favor para el municipio realizar los cobros pertinentes procesal o extraprocesalmente o por jurisdicción coactiva. Como precio se pactó a favor del contratista el equivalente al 30% para el caso de la detección de los contribuyentes inexactos, omisos y temporales del impuesto de industria y comercio, del total de las sumas efectivamente recibidas o concertadas para su pago por el municipio. Tal porcentaje está supeditado al resultado satisfactorio del desarrollo del contrato por parte del contratista. Que solo para efectos fiscales el valor del contrato será de \$3.000.000.00.

1.15.- Copia resolución 025 de junio 12 de 2004 (folios 35 c. a. 1, 67 c. a. 5).

La alcaldía de Almeida resuelve dar por no probadas y en consecuencia rechazar las excepciones propuestas por el contribuyente CHIVOR S.A.

E.S.P., contra el mandamiento de pago 001 de 30 de marzo de 2004. Como consecuencia se ordena adelantar la ejecución, proceder al secuestro de los bienes embargados y de los que se llegaren a embargar, así como al remate de los mismos.

1.16.- Copia resolución 001 de 30 de marzo de 2004 (folio 101 c. a. 5)

La alcaldía de Almeida resuelve librar orden de pago a favor de ese municipio y a cargo del contribuyente CHIVOR S.A. E.S.P., por de \$16.690.467.000.00, por los conceptos y períodos señalados en la parte considerativa, más las actualizaciones que se causen desde cuando se hizo exigible cada obligación y hasta cuando se cancele, más las costas del presente proceso.

1.17.- Copia resolución de 24 de marzo de 2004 (folio 105 c. a. 5)

La alcaldía de Almeida ordena el embargo del establecimiento de comercio CHIVOR S.A. E.S.P. y proceder a su inscripción en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá.

1.18.- Resoluciones 001, 002, 003, 004 y 005 de 24 de marzo de 2004 (folios 107, 125, 142, 160 y 178 c. a. 5)

La alcaldía de Almeida procede a fallar los recursos de reconsideración presentados por CHIVOR S.A. E.S.P. contra las resoluciones sanción 001, 002, 003, 004 y 005 de 30 de diciembre de 2003, resolviendo confirmar en todas sus partes esos actos administrativos.

1.19.- Copia resolución No. 005 de enero 26 de 2004 (folio 36 c. a. 6).

El alcalde del municipio de Almeida ordena inscribir en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá del establecimiento de comercio denominado Central Hidroeléctrica de Chivor, las resoluciones sanción 001, 002, 003, 004 y 005 de 30 de diciembre de 2003.

1.20.- Resolución 050 de 18 de noviembre de 2004 (folio 41 c. a. 6).

El alcalde de Almeida ordena levantar la medida de inscripción de la resolución sanción 001 de 30 de diciembre de 2003.

1.21.- Acto 001 de 3 de septiembre de 2004 (folio 68 c. a. 6)

El alcalde de Almeida resuelve suspender el proceso administrativo de cobro coactivo adelantado contra CHIVOR S.A. E.S.P., en acatamiento de fallo de tutela proferido por el juzgado promiscuo municipal de Almeida.

1.22.- Resolución de 30 de agosto de 2004 (folio 130 c. a. 6)

El alcalde de Almeida decide suspender la diligencia de remate ordenada por ese despacho dentro del proceso de cobro coactivo adelantado contra CHIVOR S.A. E.S.P.

1.23.- Resolución 032 de 5 de agosto de 2004 (folio 176 c. a. 6)

La alcaldía de Almeida resuelve declarar parcialmente probada una excepción presentada con base en el art. 831-5 del estatuto tributario, respecto de la obligación derivada de la resolución sanción 001 de 30 de diciembre de 2003, por el período gravable de 1998, por valor de \$2.659.748.000.00, relacionada en el mandamiento de pago 001 de 30 de marzo de 2004, notificado el 22 de abril de ese año.

1.24.- Resolución 029 de 13 de julio de 2004 (folio 183 c. a. 6)

El alcalde de Almeida ordena se levante de inmediato el embargo que pesa sobre el establecimiento de comercio denominado CHIVOR S.A. E.S.P. y proceder a la cancelación del mismo en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá. Mediante oficio 129 de 13 de julio de 2004 dirigido a la Cámara de Comercio de Bogotá se dispuso comunicar

la medida de levantamiento del embargo (folio 182 c. a. 6). La Cámara de Comercio de Bogotá informó el cumplimiento de esa orden mediante oficio de 15 de julio de 2004 (folio 176 c. a. 6).

2.- Prueba Testimonial.

2.1.- Ampliación de denuncia presentada por Carlos Eduardo Merchán Reina (Folio 57 c. 1).

Se consideró por CHIVOR S.A. E.S.P. colosal el pago de honorarios al abogado Jaime Alberto Madrigal Calle, quien recibiría \$5.007.000.000.00 aproximadamente, suma excesiva para un municipio pequeño como Almeida, dineros que serían perdidos por el municipio.

2.2.- Gerardo Humberto Rojas Perilla (folios 159 c. 1 y 53 c. 2).

Manifiesta ser el alcalde del municipio de Santa María, para la época de la declaración. Señala que el 24 de febrero de 2004 suscribió contrato de servicios profesionales con el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle para adelantar procesos de cobro de impuestos de industria y comercio, pactando cuota Litis del 20%, explicando que obró de esa manera buscando evitar perder unos procesos de cobro que ya se habían iniciado con anterioridad y no había dado ningún resultado. El abogado contratado le generó confianza por ser especialista en materia tributaria, considerando que podía contratarlo de la manera en que lo hizo, a más que el municipio de Santa María no haría erogación por esa contratación.

En ampliación de declaración habla sobre aspectos del contrato de prestación de servicios que suscribió, como alcalde de Santa María, con Jaime Alberto Madrigal Calle, señalando que se le aplicó caducidad porque se había pactado por el término de un año, el cual transcurrió sin que el contratista mostrara resultados favorables. Conoció a Madrigal Calle porque en noviembre de 2003 Jorge Enrique Merchán fue a Santa

María a ofrecerle los servicios de ese abogado, interesándose en contratarlo porque mostraron conocimiento de los procesos que se adelantaban contra las generadoras de energía eléctrica y además estaba buscando personal idóneo para contratar los años siguientes que estaban por vencerse, especificando también que se pactó cuota Litis del 20%, circunstancia que implicaría que el municipio no tendría que realizar erogación alguna, a menos que la gestión del contratista arrojara resultados positivos para el municipio.

2.3.- Carlos Eduardo Merchán Reina (folio 187 c. 1).

La preocupación que tenía CHIVOR S.A. E.S.P. con el embargo que fue objeto era que no pudiera solicitar una refinanciación que estaba tramitando ante bancos internacionales, incumpliendo contratos que ya había firmado, arriesgándose a entrar en cesación de pagos o incumplir algo de los contratos, arriesgándose a desaparecer.

2.4.- Nhora Cecilia Parra Rodríguez (folio 195 c. 1).

Para la fecha de la declaración era la contadora de CHIVOR S.A. E.S.P. Se refiere a las acciones que la empresa hizo para pagar el impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros, reiterando que el municipio de Almeida no les suministró los formularios en los cuales tal impuesto debía liquidarse y pagarse, porque no los había adoptado.

2.5.- Juan Sebastián Hoyos Gómez (folio 199 c. 1).

Es director jurídico de CHIVOR S.A. E.S.P. tiene entendido que la empresa sí liquidó, declaró y pagó el impuesto de ICA y su complementario de avisos y tableros correspondiente a los años 1998 a 2002, especificando que como no había formulario adoptado por el municipio de Almeida lo que hacía la compañía era radicar una carta en la alcaldía donde se especificaba lo del impuesto y luego se pagaba. Por

ya haber pagado el impuesto la empresa se negó a declarar extemporáneamente años que ya había pagado. Considera se incurre en peculado por apropiación en la modalidad de tentativa cuando el abogado que suscribió contrato de prestación de servicios con el municipio pactó obtener una porción importante del recaudo, sin justificación clara y razonable, en perjuicio de la administración, a más que hay pronunciamiento de la procuraduría donde dice que esas modalidades contractuales son potencialmente dañinas para el erario.

2.6.- Nilfa Inés Montenegro Duarte (folio 215 c. 1).

Cuando declaró era tesorera del municipio de Almeida, cargo que ha desempeñado desde el 2001. Suscribió el estudio de conveniencia de 11 de noviembre de 2003 en razón a que el alcalde Jaime Ramón Castañeda Vargas les comentó que las empresas generadoras posiblemente no estaban cumpliendo con el pago total de impuesto y que como el municipio no tiene departamento jurídico entonces se veía la necesidad de recurrir a personas con esa capacidad, razón por la cual él iba a contratar. Aclara que el mismo alcalde elaboraba toda la parte de contratos, se documentaba, considerando que tenía conocimiento y capacidad para hacerlo, ignorando qué conocimientos tiene de asuntos tributarios.

2.7.- Nelson Antonio Jiménez Romero (folio 238 c. 1).

Fue secretario de la alcaldía de Almeida del 2001 a 2003. No recuerda la fecha exacta en que el alcalde de Almeida recibió la propuesta del abogado Jaime Alberto Madrigal Calle, señalando que al despacho de la secretaría llegó un señor de apellido Merchán, quien venía con una propuesta para el cobro de industria y comercio. Jaime Castañeda Vargas, el alcalde de Almeida, fue quien elaboró el acta de estudio de necesidad y conveniencia, manifestando que es persona estudiosa de

las leyes de contratación y como no había secretario de planeación pues el alcalde manejaba todos los asuntos de contratación.

2.8.- Jorge Enrique Merchán Vélez (folio 58 c. 2).

Sostiene que es director comercial y de gestión de la sociedad Madrigal Consultores S.A. Tenía un convenio con el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle en donde su función era ofrecer los servicios de ese profesional del derecho en diferentes municipios de Colombia donde tuvieran injerencia agentes del sector eléctrico, toda vez que con los conocimientos del doctor Madrigal era posible lograr que a esos entes les ingresaran dineros que las empresas nunca les habían pagado o declarado o lo habían hecho mal, por concepto de impuesto de industria y comercio. Él era quien adelantaba los procesos para la contratación y logística, como solicitar y entregar documentación en los municipios donde obtuvieron los contratos. En septiembre u octubre de 2003 fue a Almeida a presentar la propuesta al alcalde, yendo como en tres oportunidades a ese municipio y en noviembre fue con el abogado Madrigal Calle para firmar el contrato y entregar los primeros proyectos de actos administrativos que debía emitir la alcaldía para iniciar el objeto del contrato. Explica que se pactó un alto porcentaje de honorarios debido al carácter relativo y subjetivo del trabajo que realizaría el doctor Madrigal, pues era un contrato de condición suspensiva basado en hechos que podían o no pasar a más que todos los costos y gastos que se produjeran correrían por cuenta del contratista, aclarando que solo y únicamente si había éxito en la gestión y por esta al municipio le ingresaban recursos, habría un porcentaje para el contratista. Señala también que el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle viene adelantando, con la dirección comercial y de gestión del declarante, procesos de asesorías similares en los municipios de San Carlos, San Rafael, Guatapé, El Peñol, Gómez Plata, Carolina del Príncipe, Guadalupe, Alejandría, Morales, Suárez y Yaguará.

2.9.- Germán Norberto Parra García (folio 134 c. 2).

Explica que fue asesor del municipio de Santa María y señala que los asuntos atinentes al tema tributario referente a los impuestos de industria y comercio que tendría que pagar la empresa CHIVOR S.A. E.S.P. a los municipios, es bastante especializado, aún más con la expedición de la Ley 387 de 1996, aspectos que considera de enorme complejidad, el cual no estaría en capacidad de manejar una planta de personal, pues tienen que adelantarse asuntos de cobro coactivo, liquidaciones de aforo, recursos en vía gubernativa y aun judiciales. Revisó el contrato que el municipio de Santa María suscribió con Jaime Alberto Madrigal Calle no observando mayores irregularidades, planteando observaciones que tenían que ver con asuntos de orden presupuestal. Refiere que en Boyacá la empresa Asesoramos de Tunja prestaba servicios profesionales en los asuntos que tenían que ver con el impuesto de industria y comercio.

2.10.- Francisco Eladio Rojas Mendoza (folio 484 c. 4.)

Ha prestado asesoría a varios municipios de Boyacá, entre ellos Almeida, al cual asesoró en alguna oportunidad en la administración de José Alirio Vaca Gutiérrez para capacitar a los funcionarios. Informalmente el alcalde le comentó respecto a alguna gestión que se venía realizando para recaudar tributos del orden municipal, comentándole de la existencia de un contrato que venía celebrado de la administración anterior con un abogado de apellido Calle, limitándose a decirle que se trataba de un área del derecho bien específica, recomendándole que se atuviera a las condiciones del contrato, sus términos, objeto y obligaciones, pues es obligación de los alcaldes recaudar los tributos que por ley le corresponde. Al preguntársele si por lo comentado por el procesado respecto de ese contrato pudo, teniendo en cuenta que es abogado y especialista en derecho público, inferir alguna irregularidad, contesta que se supone que ante la existencia del

contrato el alcalde debía seguir su ejecución para alcanzar el fin que movió a la administración a contratar. José Alirio Vaca Gutiérrez no le hizo consulta respecto a la tarifa de honorarios pactada con el abogado Madrigal Calle.

2.11.- Carlos Arturo Martínez Perilla (folio 484 c. 4.)

Se desempeñó como personero municipal en el período de alcaldía de José Alirio Vaca Gutiérrez. En reiteradas ocasiones la procuraduría provincial de Guateque lo comisionó para hacer visitas especiales a la alcaldía de Almeida para revisar el expediente de cobro coactivo que se seguía contra CHIVOR S.A. E.S.P. Revisó ese contrato, recordando que los honorarios se pactaron en cuota Litis y cuando lo vio estaba en ejecución sin tener aparentemente vicio o algo que llamara la atención. Al preguntársele si considera que el municipio se vio afectado con el contrato, contesta que no pudo evidenciarse que se presentó algún tipo de erogación del municipio por ese contrato, pues estaba pactado a cuota Litis y tiene entendido que no hubo recuperación alguna.

2.12.- Ana Emilce González Vallejo (Folio 518 c. 4).

Trabajó con José Alirio Vaca Gutiérrez en su administración, siendo secretaria general del despacho. Sostiene que no conoce al abogado Jaime Alberto Madrigal Calle. Dentro de sus funciones no supo nada de relación entre el municipio de Almeida y el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle. Almeida no tenía asesor jurídico ni contrato con algún abogado para ese efecto. Sí escuchó hablar del abogado Jaime Alberto Madrigal Calle, pero de él hablaba un doctor Merchán, quien era el que se comunicaba con el alcalde, escuchando que ese abogado enviaba documentación u orientaciones respecto a lo que tenían que hacer para contestar las cosas que CHIVOR S.A. E.S.P. pedía. Cuando recibieron el empalme de la alcaldía les entregaron unas carpetas donde estaba un contrato de servicios con el abogado Madrigal Calle. Al preguntársele

qué funciones desarrollaba el doctor Merchán en la alcaldía, dice que estuvo como dos veces en el despacho y presentaba documentación respecto a las solicitudes que hacía la empresa CHIVOR S.A. E.S.P., y los orientaba sobre qué debían hacer porque él tenía conocimiento sobre ese asunto, señalando que no había contratación entre la alcaldía y esa persona.

2.13.- Pedro Alberto Guatibonza (Folio 518 c. 4.).

José Alirio Vaca Gutiérrez le hizo consultas respecto a asuntos que tenía en su administración, relacionados con el mandato de su antecesor. Vaca Gutiérrez le comentó que continuó con una acción que había dejado su antecesor Jaime Castañeda respecto a la empresa CHIVOR S.A., refiriéndole la existencia del contrato con el abogado Madrigal Calle, contestándole que en la región no conocía a un experto en tributario, pero que a simple vista le parecía que el contrato se ajustaba a las normas de contratación. Le comentó a Vaca Gutiérrez que lo relativo a los honorarios pactados estaba correcto, pues hay normatividad que los rige y si estaba dentro de esta no había irregularidad, aspecto que se lo dijo a título de comentario. La administración de José Alirio Vaca Gutiérrez no contaba con asesor jurídico de planta, por falta de recursos. En el contrato con Jaime Alberto Madrigal Calle no se incurrió en ilícito, pues veía que se ajustaba a las normas legales, al igual que lo referente a los honorarios. No miró la minuta de los contratos suscritos con el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle, no tuvo acceso a documento alguno de los mismos y lo que le dijo a José Alirio Vaca Gutiérrez era que debía tenerse en cuenta lo de la ley 80 de 1993. Nunca le manifestaron qué porcentaje de honorarios cobraría el abogado.

3.- Injuradas.

3.1.- Injurada de José Alirio Vaca Gutiérrez e intervención en la diligencia de audiencia pública (folios 127 y 250 c. 1, 173 y 483 c. 4).

Cuando le entregaron la administración del municipio el ex alcalde Jaime Ramón Castañeda Vargas le entregó un contrato de prestación de servicios profesionales especializados en derecho tributario firmado con Jaime Alberto Madrigal Calle, contrato que estaba vigente, dándose cuenta que CHIVOR S.A. E.S.P. en los años anteriores no estaba presentando los formularios de declaración de impuesto de industria y comercio. Como ya se había iniciado la contratación entonces procedieron con el contratista a hacer los emplazamientos y demás actos administrativos, aclarando que no ha efectuado desembolsos por ese contrato. Explica que en el 2003 el doctor Alberto Merchán le presentó al abogado Madrigal Calle, entablado alguna amistad de trabajo y conocimiento. No sabe cómo fue el procedimiento contractual empleado por la anterior administración para contratar a Jaime Alberto Madrigal Calle y la razón por la que continuó la ejecución del mismo fue porque estaba vigente y se necesitaba saber si en realidad CHIVOR S.A. E.S.P. estaba cumpliendo con su obligación como contribuyente, debiendo actuar porque es su obligación velar por los recursos del municipio. En la hoja de vida que presentó Jaime Alberto Madrigal Calle señaló que era especialista en derecho tributario y si bien los honorarios los encontró un poco elevados lo cierto es que el contrato ya estaba celebrado y dada la cuantía de dineros que el municipio recibiría se hacía necesario pagar por la gestión realizada. Refiere que en cumplimiento del contrato el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle le pasaba todos los proyectos de los actos administrativos emitidos. Al preguntársele por qué el 24 de marzo de 2004 decidió embargar todo el establecimiento comercial CHIVOR S.A. E.S.P., contesta que en ningún momento se pretendió entrar en posesión de ningún bien sino solo inscribir la medida en la cámara de comercio para no causarle a esa empresa perjuicios económicos y el municipio no hacerse cargo de ningún bien de la misma, reiterando que sobre esos asuntos recibió asesoría del abogado Madrigal Calle porque no tiene los conocimientos jurídicos suficientes.

En posterior ampliación de Injurada refiere que Jorge Enrique Merchán Vélez es quien ha llevado todos los documentos al municipio sobre el proceso que se lleva contra CHIVOR S.A., siendo intermediario entre el municipio y Jaime Alberto Madrigal. Sostiene también que inició proceso de cobro administrativo contra CHIVOR S.A. E.S.P. porque fue asesorado para ese fin por Madrigal Calle, quien le indicaba los procesos o pasos a seguir sobre la demanda, ya que es especializado en derecho tributario, tema que no conoce. Madrigal Calle le enviaba la documentación con Jorge Enrique Merchán para las firmas de los actos administrativos, indicándole los pasos a seguir en el proceso, manifestando que los firmaba porque él le indicaba que ese era el debido proceso; que leía los actos y le preguntaba a Jorge Enrique Merchán si lo que estaban haciendo era legal o ilegal, contestándole este que eso era legal, reiterando que confiaba en él y con ninguna otra persona o abogado consultaba. En ningún momento pretendió hacerle daño a la empresa CHIVOR S.A. E.S.P., sino que emitió los actos administrativos conforme a lo que le indicaba el asesor jurídico, aclarando que el contrato con el abogado lo firmó el alcalde anterior y como sobre ese contrato el contratista era el asesor jurídico pues se continuó para que hiciera las gestiones necesarias sobre lo allí contemplado.

En nueva ampliación de Injurada reitera su dicho respecto a la existencia del contrato con el abogado Madrigal Calle y que debía continuar su ejecución, reiterando que ese abogado era el que le proyectaba todos los actos administrativos emitidos dentro del proceso contra CHIVOR S.A. E.S.P. A varios abogados de la región les consultó lo que hacía el abogado Madrigal Calle y le decían que todo estaba dentro de los parámetros y que ningún problema había, reiterando que continuó con la ejecución del contrato porque ello le representaría ingresos adicionales a su municipio que beneficiaban a la comunidad, sin detenerse a mirar cuál sería la cantidad de dinero que ese abogado ganaría.

En su intervención en la audiencia pública, sobre las circunstancias de modo y lugar que rodearon el proceso de ejecución coactiva que se siguió contra la empresa CHIVOR S.A. E.S.P. dice que cuando recibió la administración municipal en el 2004 el exalcalde Jaime Ramón Castañeda le entregó un contrato formal donde se iniciaba proceso de cobro coactivo contra CHIVOR S.A. E.S.P. Con base en ese contrato hizo averiguaciones con distintos abogados, para ver si era legal y también si había abogados especializados en la región para consultarles, pero como no los había dio continuidad al contrato. El contratista proyectó unos actos administrativos que llevó a ejecución porque era su deber como alcalde, referido a velar por hacer cobros necesarios y beneficiosos para el municipio. No tenía asesor jurídico y como el contrato era muy específico, para asesorar cobro coactivo contra CHIVOR S.A. E.S.P., se basó en las proyecciones que el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle hacía, refiriendo que en su administración esa fue la única asesoría que recibió por parte de ese abogado. Reitera que en la región no había abogados expertos en derecho tributario, por lo cual se basó en lo que le manifestaron los abogados que consultó quienes le dijeron que el contrato suscrito con Jaime Alberto Madrigal Calle era legal porque era un contrato especializado y estaba legalmente constituido. Respecto a la cuota Litis del 30% pactada, averiguó sobre ese aspecto con varios abogados quienes le manifestaron que ello estaba dentro de la ley, que la ley contemplaba que esa cuantía la podía cobrar un abogado, pero nunca se fijó en precios. Al preguntársele si le consultó al abogado Madrigal Calle sobre las sanciones pecuniarias que el municipio de Almeida le había impuesto a CHIVOR S.A. E.S.P., señala que él le proyectaba los actos administrativos y como era el abogado especializado para el cobro entonces hacía lo que él le asesoraba, dado que no tiene conocimientos en tributario y el contrato era muy específico.

Al preguntársele si averiguó con el municipio de Santa María respecto a contrato idéntico que ese municipio suscribió con el abogado Jaime

Alberto Madrigal Calle por un objeto contractual similar, donde la cuota Litis era menor, contesta que nunca supo de ese contrato pero sí posteriormente lo conoció cuando la fiscalía se lo hizo saber. Aclara que nunca se vio con el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle porque él solo lo estaba asesorando.

Preguntado por la defensa dice que se conoció con el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle únicamente cuando los citaron a una diligencia en la fiscalía en Bogotá; que los actos administrativos se tramitaban, se enviaban a la alcaldía en donde la secretaria los revisaba pero no tuvo contacto directo con ese abogado. El municipio no le canceló dineros al abogado Madrigal Calle por concepto de ese contrato.

3.2.- Injurada de Jaime Alberto Madrigal Calle (Folios 133 y 281 c. 1.).

Explica que aproximadamente año y medio atrás realizó un contrato de alianza comercial con Jorge Enrique Merchán Vélez orientado a presentar propuestas de prestación de servicios especializados en el área tributaria a los municipios donde las grandes empresas generadoras de energía eléctrica o propietaria de activos eléctricos tuvieran influencia. Merchán Vélez se encargaba y se encarga de visitar los municipios y presentar las propuestas, encontrándose Almeida, donde tiene influencia CHIVOR S.A. E.S.P. A mediados de 2003 la administración de Almeida se interesó en la propuesta y luego de realizar las verificaciones del caso decidió contratarlo. Iniciaron las actuaciones respecto al contribuyente CHIVOR S.A. E.S.P., procediendo a realizar las respectivas actuaciones administrativas, conforme al estatuto tributario. Asesoraba a la alcaldía de Almeida para la expedición de los actos administrativos en desarrollo de ese proceso sancionatorio y en el posterior de cobro coactivo, procediendo a proyectar los actos administrativos y dejarlos a disposición del alcalde para que los firmara si estaba de acuerdo o convinieran las modificaciones en caso de no estarlo. Al alcalde de Almeida Jaime Ramón Castañeda Vargas lo

conoció al momento de firmar el contrato porque todos los contactos comerciales los realizó Merchán Vélez. En el contrato no se pactaron honorarios altos, bajos o medios sino porcentaje del 30% sobre unos ingresos de cuantía indeterminada, determinando la magnitud de los honorarios el cumplimiento o incumplimiento del contribuyente investigado. Esos honorarios pactados no son exagerados porque la asesoría comprende todo el proceso administrativo mediante el cual se investiga, fiscaliza, determina y liquida el impuesto y una vez constituido el título ejecutivo el cobro del mismo, sin olvidar el acompañamiento a la alcaldía en el contencioso administrativo, aclarando que en toda la actuación la alcaldía no tiene que erogar dinero mientras no ingresen efectivamente recursos por concepto de impuestos. La razón por la cual el siguiente alcalde de Almeida, señor José Alirio Vaca Gutiérrez, decidió continuar con el contrato fue por la duración, en el sentido en que terminaría una vez que los procesos iniciados finalicen. Les advirtió a los alcaldes Jaime Ramón Castañeda Vargas y José Alirio Vaca Gutiérrez de las circunstancias, consecuencias y riesgos que conllevaba adelantar proceso administrativo coactivo contra CHIVOR S.A. E.S.P., señalando que les informó especialmente al momento de determinar el bien que iría a ser afectado con las medidas y aconsejarles no embargarán cuentas en entidades bancarias. Como no se conocían otros bienes de propiedad del contribuyente CHIVOR S.A. E.S.P. y no convenía embargarles cuentas bancarias, se dispuso embargar la totalidad del establecimiento comercial, medida cautelar que no se perfeccionó por cuanto no se realizó el secuestro, agregando que el contribuyente bien podía manifestar inconformidad con la medida, solicitando límite para el embargo o denunciando un bien diferente para ser objeto de la medida real, como lo prevé el art. 838 del estatuto tributario. Al preguntársele si el actual alcalde de Almeida –José Alirio Vaca Gutiérrez— tiene alguna formación jurídica en materia tributaria y administrativa que le permitieran analizar y tomar las determinaciones en debida forma respecto a los proyectos de acto administrativo que le ponía a su consideración,

contesta que no pero aclara que dentro de sus labores de asesoría estaba la de explicarle los alcances y consecuencias de los actos proyectados y sometidos a su consideración.

En posterior ampliación dice que el estudio de conveniencia y necesidad que hizo Jaime Ramón Castañeda Vargas lo redactaron los colaboradores del alcalde asesorados por los colaboradores del indagado. Dice que partió del supuesto de que el alcalde de Almeida contaba con al menos un asesor jurídico, lo cual cree aun, y con un tesorero, secretario de hacienda o director financiero con nociones tributarias que acompañara al alcalde en la labor de estudiar los actos que le enviaba para la firma a más que una vez suscrito el contrato e iniciada su ejecución se supone que el alcalde profesaba hacia el indagado alguna confianza que lo llevaran a tomar la decisión de avalar los actos administrativos que le proyectaba.

3.3.- Injurada de Jaime Ramón Castañeda Vargas (folios 144 y 289 c. 1).

Explica que toda la vida ha sido interés de los municipios que tienen influencia sobre el embalse de Chivor reclamar unos tributos que por ley 14 de 1983 deben pagarse a los municipios. Recibió la visita de Jorge Enrique Merchán quien le habló de la parte normativa relacionada con el tema, generándole confianza que por fin habían encontrado a alguien que podía ayudarlos. Posteriormente le presentaron propuesta de un abogado que tenía gran trayectoria y experiencia sobre el tema, la cual analizó juiciosamente y procedió a llamarlo para que iniciaran las acciones, procediendo a firmar el contrato de servicios profesionales, previas las consideraciones de ley. No tenía oficina de planeación ni asesor jurídico de planta o abogado en la planta de personal de la alcaldía, razón por la cual él hizo todo el proceso, pues tiene capacidad para hacerlo, firmando el acta de conveniencia y luego el contrato el 11 de noviembre, pactando con el abogado cuota Litis del 30%, pues el municipio no tenía dinero para pagarle honorarios y la reclamación que

se haría era hipotética, pues se ignoraba si el municipio recibiría o no dineros por esas acciones a más que por el tipo de acción no se podría calcular término pues van a surgir recursos y controversias que pueden demorar el procedimiento administrativo, considerando que el municipio no arriesgaba dinero ni comprometía partida del presupuesto, ya que el abogado sería quien haría la inversión completa en el proceso de reclamación. Aclara que como el municipio no tenía asesor en materia tributaria e incluso en la región no lo hay, ello lo condujo a contratar con ese abogado. Al preguntársele si sabía que a ese abogado podría haberle correspondido \$5.007.194.700.00 como honorarios, contesta que no, pues inicialmente no estaban reclamando cuantía alguna, porque se estaba averiguando por unos tributos que no se estaban declarando y fue CHIVOR S.A. E.S.P. quien por su negligencia terminó en una sanción que dio en esa cifra astronómica. Fue advertido por el abogado contratista de las circunstancias, riesgos y consecuencias que conllevaba adelantar ese proceso contra CHIVOR S.A. E.S.P., advertencias que también recibió de los representantes de esa empresa. No le era relevante el término que le faltaba para terminar su mandato, sino que lo importante era recaudar unos tributos que podían servirle al municipio para la vigencia del 2005.

En posterior ampliación reitera que el contrato con el abogado Madrigal Calle no era lesivo para el municipio ni se estaba haciendo un detrimento patrimonial del estado, porque no sabían si obtendrían resultados positivos, no se estaba desembolsando recurso del presupuesto y la situación daría para muchos años de procesos administrativos, pues ha conocido que son situaciones que demoran en el tribunal hasta cinco años, a más que no se tenía proyectado que CHIVOR S.A. E.S.P. con sus tercas acciones diera pie para sanciones, siendo una acción que el estado inicia contra un particular de un recurso no previsto en los activos del municipio ni en el presupuesto, buscando con esa contratación mejorar el patrimonio municipal.

Analicemos la prueba recaudada en el informativo en conjunto y siguiendo las reglas de la sana crítica.

Está probado que José Alirio Vaca Gutiérrez fue elegido alcalde del municipio de Almeida para el período 2004 a 2007, aspecto que se colige de las copias del acta de posesión y de escrutinio, siendo elegido para ese cargo en las elecciones adelantadas el 26 de octubre de 2003. Así mismo que en su condición de alcalde del municipio de Almeida firmó diferentes actos administrativos en el año 2004, en desarrollo del proceso administrativo de cobro coactivo que el municipio, con asesoría del abogado Jaime Alberto Madrigal Calle, adelantó contra CHIVOR S.A. E.S.P., tales como resolución de los recursos de reconsideración, orden de pago en contra de esa entidad, imposición de medida cautelar de embargo de ese establecimiento comercial así como el levantamiento del mismo, entre otros.

Al finalizar la administración de Jaime Rincón Castañeda Vargas se firmó el contrato de prestación de servicios profesionales con el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle, hecho que ocurrió concretamente el 11 de noviembre de 2003, que tenía como objeto detectar y gestionar el cobro a contribuyentes inexactos, omisos y temporales del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros, que no estén al día en el cumplimiento de obligaciones fiscales con el municipio, para establecer si lo declarado se ajusta a la realidad y en caso de quedar saldos a favor para el municipio, realizar los cobros pertinentes procesal o extraprocesalmente o por jurisdicción coactiva.

En desarrollo de ese contrato y antes de acabar el año 2003 la administración de Almeida, asesorada por el abogado Madrigal Calle, emitió actos administrativos emplazando a la empresa CHIVOR S.A. E.S.P. para que en el término de un mes cumpliera con la obligación de presentar las declaraciones del impuesto de industria y comercio por los años 1998 a 2002, acto que se suscribió el 12 de noviembre de 2003,

esto es un día después de firmado el contrato, y también cinco resoluciones de fecha 30 de diciembre de 2003 mediante las cuales imponía impone sanciones a CHIVOR S.A. E.S.P. por no presentar declaración del impuesto de industria y comercio por los años 1998 a 2002, por \$2.659.748.000.00, \$2.579.326.000.00, \$3.024.505.000.00, \$3.582.313.000.00 y \$4.844.575.000.00, respectivamente.

Se estableció que el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle trabajaba en asocio con Jorge Enrique Merchán Vélez, con quien formó una sociedad que tenía como propósito prestar asesoría jurídica a diferentes municipios del país en los que grandes empresas de energía eléctrica tuvieran influencia, como Almeida. En desarrollo de esa empresa Jorge Enrique Merchán Vélez se presentó a este municipio ofreciendo los servicios profesionales del abogado Madrigal Calle, presentando una propuesta previamente elaborada donde ofrecían al ente territorial recuperar importantes recursos que CHIVOR S.A. E.S.P. no había pagado por concepto del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros, por los años 1998 a 2002, aduciendo que o bien tales tributos no se habían pagado o su declaración y pago no había estado conforme a la normatividad tributaria existente.

A Almeida llegó Jorge Enrique Merchán Vélez en el segundo semestre del año 2003 y una vez realizadas varias reuniones logró que el entonces alcalde Jaime Rincón Castañeda Vargas considerara que ese profesional del derecho era la persona que necesitaban para perseguir los recursos supuestamente dejados de pagar por CHIVOR S.A. E.S.P. al municipio, procediendo a contratarlo por la vía de contrato de prestación de servicios profesionales, pactando que la remuneración del contratista se haría por la figura de cuota Litis, en porcentaje del 30% de lo que lograra recuperar para el municipio, cifra de la cual se liquidarían los correspondientes impuestos que el contratista debería pagar.

Así las cosas es claro que José Alirio Vaca Gutiérrez nada tuvo que ver en los procesos precontractual y contractual que condujeron a que Jaime Alberto Madrigal Calle firmara un contrato de prestación de servicios con el municipio de Almeida, para desarrollar labores de asesoría en aras de obtener recursos supuestamente dejados de pagar por concepto de impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros, ni mucho menos tuvo injerencia en lo pactado respecto a los honorarios que el contratista devengaría en caso de ser exitosa su gestión, pues en noviembre de 2003 no era el alcalde municipal de Almeida, más allá que para ese mes ya era alcalde electo de ese municipio pero su gestión empezaría a partir del 1º de enero de 2004, y que seguramente antes de iniciar su labor conoció al abogado contratista, pues así lo deja ver en su primera indagatoria, no obstante que después tanto el procesado como el contratista manifestaran que no se conocían.

Ni el alcalde saliente de Almeida Jaime Rincón Castañeda Vargas, ni el electo para el período 2004 – 2007 aquí procesado José Alirio Vaca Gutiérrez, ni el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle, en sus salidas procesales declararon que en el año 2003 el procesado Vaca Gutiérrez tuviera influencia y participación en la firma del contrato de prestación de servicios entre el ente territorial y el abogado Madrigal Calle, por lo que no es posible concluir que se concertó con las mencionadas personas para a través de un proceso de contratación irregular facilitar que un tercero se apropiara indebidamente de recursos provenientes al municipio de Almeida, los cuales, dicho sea de paso, para esa fecha no habían ingresado al municipio y su ingreso dependía del éxito que obtuviera el municipio en el proceso administrativo que inició contra CHIVOR S.A. E.S.P., con la permanente asesoría del abogado Jaime Alberto Madrigal Calle, labor que como obligación de resultado bien podría fracasar.

Se estableció también que José Alirio Vaca Gutiérrez al momento de realizar el empalme con el alcalde saliente recibió el contrato que este había suscrito con el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle, aspecto que se colige del dicho de Vaca Gutiérrez en su Injurada y también con el dicho de Ana Emilce González Vallejo, contrato que se encontraba vigente, a más que por razón del mismo el municipio ya había emitido unos actos administrativo lesivos para los intereses de CHIVOR S.A. E.S.P., actos que fueron elaborados por el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle y firmados por el alcalde Jaime Rincón Castañeda Vargas.

José Alirio Vaca Gutiérrez decidió dar continuidad a ese acuerdo de voluntades porque consideró que estaba vigente y era preciso seguir ejecutándolo, profiriendo en su mandato distintos actos administrativos, también elaborados por Madrigal Calle, en perjuicio de CHIVOR S.A. E.S.P. Señaló el procesado que intentó buscar asesoría entre profesionales del derecho de la región, quienes le manifestaron que el contrato se ajustaba a la ley y que por tanto podía continuarlo, señalándole también que el porcentaje de cuota Litis que se había pactado correspondía con la legalidad por cuanto estaba dentro de los lineamientos que se tienen establecidos por el colegio de abogados para esos efectos. Además el procesado siempre manifestó que su labor como administrador del municipio era propender por el beneficio de la comunidad, querer que podría satisfacer con el proceso administrativo de cobro coactivo iniciado contra CHIVOR S.A. E.S.P. en donde pretendía el ingreso de recursos al municipio por la presunta irregularidad que se presentaba en el pago del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros, por los años 1998 a 2002. Se reitera, la actuación que adelantó Vaca Perilla, más allá de su legalidad o ilegalidad así como del ilegal proceso de contratación, la hizo apoyado en la vigencia del contrato y con la permanente asesoría del abogado Jaime Alberto Madrigal Calle, de quien dice le tenía plena confianza.

Se ha establecido que con ocasión del contrato de prestación de servicios suscrito entre el municipio de Almeida y el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle, tanto en su celebración en el año 2003, como en su ejecución durante la parte final de ese año y el 2004, ese ente territorial no tuvo que hacer erogación alguna, afirmación que se sustenta en las Injuradas de José Alirio Vaca Gutiérrez y Jaime Alberto Madrigal Calle, así como en lo señalado por Carlos Arturo Martínez Perilla y Jorge Enrique Merchán Vélez. El procesado, Madrigal Calle y Merchán Vélez, señalaron que los honorarios del abogado contratista se pactaron en cuota Litis del 30% que se liquidaría conforme a los recursos que le ingresarían al municipio como consecuencia del éxito de la gestión del contratista, por lo que si nada ingresaba o el proceso de cobro coactivo no prosperaba, pues ningunos honorarios podrían deducirse.

No hay prueba en el expediente que permita colegir que el municipio de Almeida recibió recursos provenientes del patrimonio de la empresa CHIVOR S.A. E.S.P., que hubieran sido consecuencia del procedimiento administrativo que se inició en su contra por parte del municipio, con la constante asesoría de Jaime Alberto Madrigal Calle en desarrollo del contrato de prestación de servicios. Lo que se sabe es que dentro del proceso de cobro coactivo el municipio ordenó una medida cautelar de embargo y posterior secuestro contra todo el establecimiento comercial CHIVOR S.A. E.S.P., medida que posteriormente tuvo que levantarse como consecuencia de la defensa jurídica que la empresa desarrolló, presentando múltiples recursos y demandas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que finalmente motivaron que la medida cautelar se levantara. En consecuencia, si ello fue así, no es posible afirmar que en algún momento José Alirio Vaca Gutiérrez administró, tuvo o custodió bienes provenientes de la empresa mencionada y que realizó actos para permitir que los mismos fueran apropiados irregularmente por un particular. Tampoco que al municipio le ingresaron

recursos fruto del trámite del procedimiento administrativo adelantado contra CHIVOR S.A. E.S.P. y que se hubieran realizado actos tendientes a lograr que un tercero ilícitamente se apropiara de una parte de ellos.

Está establecido que al final de la administración de Jaime Rincón Castañeda Vargas, concretamente en el año 2003, se suscribió el contrato de prestación de servicios profesionales con el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle y en desarrollo del mismo en ese año se produjeron actos administrativos que afectaban intereses de CHIVOR S.A. E.S.P. También que José Alirio Vaca Gutiérrez cuando inició su mandato en el año 2004 continuó con la ejecución de ese contrato y también profirió actos administrativos contra CHIVOR S.A. E.S.P., entre ellos ordenar el embargo y posterior secuestro de todo el establecimiento comercial denominado CHIVOR S.A. E.S.P., embargo que se materializó y que le generó perjuicios a esa empresa por cuanto ello podría generarles dificultades en sus relaciones con entidades de crédito en donde estaban buscando recursos. Se estableció también que presionado por la estrategia defensiva de CHIVOR S.A. E.S.P. el alcalde Vaca Gutiérrez se vio obligado a ordenar levantar el embargo, lo cual también se cumplió. En uno y otro caso los alcaldes siempre fueron asesorados por el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle, en quien confiaban plenamente.

Así las cosas, si bien durante un lapso estuvo vigente una medida de embargo sobre el bien CHIVOR S.A. E.S.P., también lo es que ello no puede tenerse como argumento para señalar que el municipio de Almeida, a través de su alcalde José Alirio Vaca Gutiérrez, hubiera siquiera por un momento contado con la disposición jurídica y material de los bienes que hacen parte del establecimiento comercial CHIVOR S.A. E.S.P. y si ello es así no puede hablarse que el procesado ejerció actos ejecutivos orientados a permitir que un tercero —el abogado Madrigal Calle— se apropiara de recursos que estaba administrando. Recuérdese que los honorarios que ese profesional del derecho ganaría, pactados en

cuota Litis del 30%, se liquidarían sobre los recursos que efectivamente al municipio le ingresaran como consecuencia del éxito de su gestión, esto es si lograba que CHIVOR S.A. E.S.P. pagara la suma de \$16.690.649.00 que se le estaban cobrando como sanción por las presuntas irregularidades en que habría incurrido en el pago del impuesto de industria y comercio por los años 1998 a 2002.

La medida cautelar de embargo tiene como fin sacar los bienes embargados del comercio, con el propósito que dentro del proceso dentro del cual se decretó sirvan para satisfacer las pretensiones económicas de la parte que solicita la medida en caso de que resulte ganadora. Pero con una medida de esas no se deja en manos de la parte que la solicita el bien o bienes objeto de la misma, para que los administre y obtenga provecho económico de ellos, pues al inscribirse el embargo se cumple el propósito de publicitar la medida pero los bienes embargados continuarán en manos de quien los tenía, eso sí quedando fuera del comercio. Ello implica que al ordenar el embargo del establecimiento CHIVOR S.A. E.S.P. el alcalde del municipio de Almeida no obtuvo disponibilidad jurídica y material sobre ese bien.

Está demostrado que el municipio de Santa María también suscribió contrato de prestación de servicios con el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle, con objeto similar al contrato firmado con el municipio de Almeida, sólo que en aquel se pactó un término de ejecución de un año y unos honorarios del 20%, también bajo cuota Litis. También se sabe que en ese municipio la administración dio por terminado el contrato, pues superado el año de plazo apreciaron que ningún resultado favorable se había obtenido.

También se demostró que el municipio de Almeida no contaba con asesor jurídico que pudiera instruirlo sobre asuntos tributarios, que en la región tampoco había abogados con conocimientos en temas tributarios,

aspecto que tiene cierta complejidad, como lo advierte Germán Norberto Parra García, quien fuera asesor jurídico del municipio de Santa María.

Ello permite indicar que seguramente el querer de los alcaldes de esos municipios, y específicamente los de Almeida, sí fue intentar recuperar para sus municipios unos dineros que consideraban que el particular CHIVOR S.A. E.S.P. no había pagado por concepto del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros, contratando a una persona que estimaron les podía ayudar de manera eficiente en ese propósito, suscribiendo los contratos correspondientes. De ello la Sala no puede deducir que el fin de los alcaldes de Almeida era permitir que un tercero se apropiara indebidamente de recursos públicos, no obstante que esos procesos contractuales no fueron ajustados a la Ley, razón por la cual los burgomaestres fueron procesados por el delito de Celebración indebida de contratos.

Finalmente señalemos que la empresa CHIVOR S.A. E.S.P. desarrolló una enérgica defensa de sus intereses al interior de las actuaciones administrativas que el municipio de Almeida inició en su contra, bajo la asesoría de Jaime Alberto Madrigal Calle, al considerar que ninguna sanción tenía que pagar por presuntos yerros que habría cometido al declarar y pagar el impuesto tantas veces mencionado, durante los años 1998 a 2002. En esa labor se entrevistó con los alcaldes, presentó los recursos que tenía en la vía gubernativa, acudió a la acción de tutela y finalmente demandó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo las resoluciones de 30 de diciembre de 2003 que la habían sancionado, demandas estas que facilitaron el levantamiento de la medida cautelar.

Ello afianza la conclusión que el municipio de Almeida y consecuentemente su alcalde Jaime Rincón Castañeda Vargas nunca tuvieron en su poder ni administraron recursos provenientes de CHIVOR S.A. E.S.P., ingresados como consecuencia de la actuación administrativa que inició en su contra. También que llegar a tenerlos no

era un hecho que estuviera asegurado, pues para lograrlo debían afrontar una intensa controversia jurídica con CHIVOR S.A. E.S.P. en la cual no se podía asegurar que saldrían vencedores.

Esto es lo que en sentir de la Sala encuentra demostración en el plenario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

De acuerdo al art. 204 del C. de P.P. la Sala adquiere competencia sólo en referencia a los motivos de impugnación y a los asuntos que resulten necesariamente vinculados a ellos. Cuando se trata de sentencia condenatoria opera el principio de la no reforma peyorativa, salvo que el fiscal, el agente del ministerio público o la parte civil, teniendo interés para ello la hubieran recurrido, principio que en este caso no opera por cuando quien apela es la parte civil, quien propende porque se revoque la sentencia absolutoria y se emita una de carácter condenatorio.

Establece el art. 232 del C. de P.P. que no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre prueba en el proceso que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.

A José Alirio Vaca Gutiérrez se le acusó de ser autor de peculado por apropiación, contenido en el art. 397 de la Ley 599 de 2000, modificado por el art. 33 de la Ley 1474 de 2011. Como los hechos ocurrieron en el año 2003 y 2004 la norma a aplicar es el original art. 599, sin la modificación introducida por la última ley mencionada.

El original art. 397 del código penal preceptúa:

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

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

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

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.”

Como se le acusó de ser autor de esta norma, en modalidad de tentativa, deberá tenerse en cuenta el art. 27 ibídem que preceptúa:

“El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.”

Consideramos necesario determinar si en este asunto se tipifica el delito de peculado por apropiación contenido en el art. 397 del Código Penal, para establecer si eventualmente existió la tentativa endilgada por la fiscalía en que habría incurrido el acusado.

El delito de peculado es catalogado por la doctrina como propio, pues exige en el sujeto activo una cualificación especial, que es la de ser servidor público.

Es necesario que el servidor público se apropie, en provecho suyo o de un tercero, de bienes que sean del Estado o de empresas o instituciones en los que este tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

Apropiarse es *“tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueña de ella, por lo común de propia autoridad”*⁹. Apropiarse, en el sentido que lo expresa la norma, implica que el sujeto activo de la conducta ejecute o materialice actos de disposición sobre recursos públicos, esto es actos de señor y dueño, que comportaría necesariamente que para lograr ese propósito los bienes hayan entrado, siquiera por un instante, a la esfera de disposición jurídica o material del servidor público, y también que tales bienes hayan salido de la esfera de disponibilidad del titular real y verdadero del mismo, o de quien los esté administrando, teniendo o custodiando, que para los efectos del tipo penal no es otro que el Estado.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que *“la apropiación consiste en el ejercicio de actos de dominio sobre los bienes, en tanto ellos resulten siendo incompatibles con los términos del comportamiento admisible según el título que justifique su posesión o tenencia (Antolisei). Por eso... el tipo penal definidor del peculado no circunstancia una determinada manera de llevarse a cabo, sino que se constata con la adquisición de la evidencia de que se dispuso de los bienes y se desposeyó de ellos a la administración, sin fundamento legítimo alguno.”*¹⁰

El objeto material del delito lo constituyen los bienes muebles o inmuebles del Estado o de empresas o instituciones en los que este

⁹ Tomado de <http://dle.rae.es/?id=3K6EBHw>.

¹⁰ Sentencia de casación 22988 de 26 de septiembre de 2007. M.P. Mauro Solarte Portilla donde se cita la casación de 8 de julio de 2004. Rad. 19582.

tenga parte, bienes o fondos parafiscales y también los bienes de particulares que el servidor público esté administrando, teniendo o custodiando por razón o con ocasión de sus funciones.

También se requiere que el servidor tenga la potestad en la administración, tenencia o custodia de los bienes en razón o con ocasión de las funciones que desempeña, que le permitan por esa vía apropiárselos o facilitar que un tercero lo haga.

También ha sostenido el máximo tribunal de la justicia ordinaria que:

“la jurisprudencia de la Sala tiene precisado que la apropiación debe recaer sobre bienes de los que disponga el servidor público por razón de sus funciones, en el entendido de que la relación existente entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta y los bienes oficiales, puede no ser material sino jurídica y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencia, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional. (...)”

De antaño, la Corte ha precisado que el vocablo administración comprende las acciones de recaudar y pagar, teniendo en cuenta que una de las acepciones del término corresponde, precisamente, a la actividad de quien tiene a su cargo la recaudación de rentas y el pago de obligaciones.

De esa manera, si dolosamente se omite realizar el recaudo de tributos o derechos que deben sufragarse en favor del Estado o de alguna de sus entidades, a fin de que el obligado se beneficie con dicha omisión, obvio que el servidor público encargado de esa función (recaudar) termina por realizar actos de dominio típicos del delito de peculado, al disponer ilícitamente de los bienes de la administración, sin que para la realización de la conducta punible resulte necesario el apoderamiento previo de los dineros, pues según se observa, éstos

pasarían directamente al particular destinatario del provecho ilícito, cobrando perfecta materialización la conducta punible indicada.”¹¹

En síntesis para que se tipifique el delito de peculado por apropiación se requiere: i) ostentar la calidad de servidor público; ii) tener la potestad en la administración, tenencia o custodia de los bienes en razón o con ocasión de las funciones desempeñadas y; iii) el acto de apropiación bien sea en favor propio o de un tercero, con el propósito de no reintegrar los bienes sobre los cuales incurre el ilícito, ocasionando un menoscabo al patrimonio del Estado.

En el presente caso no hay duda que José Alirio Vaca Gutiérrez ostentaba la condición de servidor público, pues fue elegido alcalde del municipio de Almeida para el período 2004 a 2007, cargo que inició a ejercer el 1º de enero de 2004 y en desarrollo del mismo ejecutó varias actuaciones dentro del procedimiento administrativo de cobro coactivo que inició el municipio contra la empresa CHIVOR S.A. E.S.P., asesorado siempre por el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle, en desarrollo del contrato de prestación de servicios profesionales que este había suscrito con el municipio en el año 2003.

Sin embargo nunca tuvo administración jurídica o material sobre bienes de la empresa CHIVOR S.A. E.S.P., ni mucho menos ejerció sobre ellos actos de tenencia o custodia, sobre los cuales por razón o con ocasión de sus funciones se le hubieren confiado.

Como se dijo en el análisis probatorio su obrar se encaminó a adelantar actuaciones que tenían como propósito intentar que ingresaran unos recursos al municipio, correspondiente al impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros, porque consideraba que el contribuyente CHIVOR S.A. E.S.P. no había pagado de manera

¹¹ Sentencia de casación 22988 de 26 de septiembre de 2007. M.P. Mauro Solarte Portilla

correcta, pues al parecer había efectuado mal la correspondiente declaración o no la habría efectuado, de los años 1998 a 2002.

Téngase en cuenta que CHIVOR S.A. E.S.P. siempre alegó que ya había pagado el impuesto mencionado correspondiente a esos años y que por tanto se negaba a declararlos y pagarlos nuevamente, conforme al emplazamiento que la administración municipal le hizo en el año 2003 cuando no era alcalde el aquí procesado.

Lo que el municipio de Almeida pretendía, con la asesoría del abogado Jaime Alberto Madrigal Calle, era algo que estaba sujeto a controversia, que no era seguro de obtener y por tanto al ejercer las acciones administrativas contra el contribuyente CHIVOR S.A. E.S.P. el municipio nunca obtuvo disposición jurídica sobre ningún bien de esa empresa, sin que pueda señalarse que con el decreto de la medida cautelar de embargo de todo el establecimiento comercial denominado CHIVOR S.A. E.S.P., inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá, se lograra dicha disposición jurídica y que de contera de manera automática podía administrarlos, tenerlos o custodiarlos y mucho menos disponer de ellos.

Entre las funciones que tiene el alcalde municipal no se encuentra la de decretar embargos de manera indiscriminada contra los contribuyentes que considere no han cumplido de manera adecuada sus obligaciones tributarias, pues tales medidas se producen dentro de un proceso específico, bien sea judicial o administrativo. En este caso tal medida cautelar se dio dentro de un proceso de cobro coactivo que el municipio de Almeida inició contra CHIVOR S.A. E.S.P., pero ello no implica por sí que al materializarse la medida la administración haya tenido automáticamente disposición jurídica sobre el bien embargado.

En gracia de discusión eventualmente podría hablarse de disposición jurídica si el proceso de cobro coactivo iniciado por el municipio de Almeida contra CHIVOR S.A. E.S.P. hubiera finalizado a favor del ente

territorial, superadas todas las defensas propuestas por el contribuyente, tanto dentro del proceso coactivo como en la jurisdicción contencioso administrativa y que como consecuencia se hubieran iniciado las gestiones tendientes a rematar el bien embargado, en caso de subsistir esa medida cautelar y una vez producido el secuestro del mismo. También podría hablarse de disposición jurídica, acudiendo a lo manifestado por la Corte, cuando el municipio intencionalmente deja de cobrar los tributos por concepto de impuesto de industria y comercio que están obligados a pagar grandes y pequeños contribuyentes, generando con ello un beneficio indebido a favor de los particulares obligados a tributar.

Pero nada de esto se presenta en este caso, apreciándose que el actuar de la administración al intentar cobrarle una sanción a CHIVOR S.A. E.S.P. por presuntamente no haber pagado el impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros por los años 1998 a 2002, estaba inmerso en una circunstancia de aleatoriedad, en tanto que ninguna certeza se tenía de que sus pretensiones sancionatorias resultaran exitosas, dada la constante oposición que la empresa mencionada presentó. Y si ello es así se concluye que el municipio de Almeida a través de su alcalde José Alirio Vaca Gutiérrez, jamás tuvo disposición material o jurídica de bien alguno y por ende mal podría facilitar que un tercero se los apropiara indebidamente.

Y al éxito de esas pretensiones estaba atado el pago de los honorarios que se habían pactado con el abogado Jaime Alberto Madrigal Calle, pues se demostró que este correría con todos los gastos que demandaría el trámite administrativo a surtir contra CHIVOR S.A. E.S.P., acompañando también al municipio ante la jurisdicción contencioso administrativo en caso de que se presentaran demandas, sin que por ocasión del contrato de servicios profesionales se le tuviera que pagar algún tipo de dinero, coligiéndose que este profesional del derecho no recibió honorarios por su gestión, conforme a lo referenciado

en el proceso, pues la cuota Litis pactada del 30% se liquidaría con base en los recursos que al municipio le ingresaran como consecuencia del proceder adelantado contra CHIVOR S.A. E.S.P.

Se colige por tanto que si el municipio de Almeida, en cabeza de su alcalde José Alirio Vaca Gutiérrez, nunca contó con disposición material o jurídica sobre bienes del particular CHIVOR S.A. E.S.P. y al abogado Jaime Alberto Madrigal Calle no se le pagó emolumento alguno por concepto de honorarios, entonces es obvio que de ninguna manera el procesado podría apropiárselos o permitir que un tercero se los apropiara, como lo exige el tipo penal de peculado por apropiación, siendo por tanto atípica la conducta.

El artículo 27 del Código Penal señala respecto de la tentativa lo siguiente:

“El que iniciará la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produce por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla.”

Por lo general el legislador diseña los tipos penales para ser infringidos por la vía de la consumación y la tentativa como dispositivo amplificador de los tipos permite que los comportamientos sean sancionados no solo cuando se consuman sino cuando se intentan consumir.

Para establecer cuándo se empieza a cometer una conducta punible, la doctrina ha diseñado la teoría del *iter criminis* que pasa por las etapas de (i) ideación, (ii) preparación, (iii) ejecución y (iv) consumación, aunque algunos autores también agregan la etapa del (v) agotamiento.

Habría tentativa cuando el sujeto agente, con el fin de cometer un determinado delito, traspasa la frontera de los actos preparatorios e inicia la fase ejecutiva, sin llegar a la consumación del mismo por causas ajenas a su voluntad.

La tentativa se predica entonces de todos los comportamientos que una vez iniciada su ejecución son susceptibles de interrumpir antes de su consumación, por causas ajenas a la voluntad del autor.

Para delimitar entre los actos preparatorios y actos ejecutivos, la doctrina diseñó las teorías subjetivas, que hacen relación fundamentalmente a la intención del agente o a la representación del autor para cometer la conducta punible, entre las que se distinguen la subjetiva extrema¹² y la subjetiva limitada¹³; las teorías objetivas que buscan delimitar los actos preparatorios de los actos ejecutivos mediante la adopción de criterios objetivos entre los que se destacan la naturaleza de los actos¹⁴, el ataque a la esfera jurídica ajena¹⁵, la objetiva formal¹⁶, la objetiva material¹⁷; y las teorías mixtas que mezclan elementos de teorías subjetivas y objetivas, con correctores jurídico dogmáticos.

Algunos autores al criterio objetivo derivado de la evidente puesta en peligro o lesión efectiva del bien jurídicamente tutelado le agregan un

¹² En la que el injusto se agota con cualquier "exteriorización de una voluntad mala" dirigida a ejecutar el comportamiento punible.

¹³ Que busca examinar la opinión del agente acerca de su plan criminal.

¹⁴ El acto preparatorio es equívoco por oposición al acto ejecutivo que es inequívoco.

¹⁵ El acto preparatorio permanece dentro de la esfera del sujeto activo y el acto ejecutivo invade la esfera del sujeto pasivo y consecuentemente lesiona sus intereses jurídicos.

¹⁶ Que mira la estructuración de la acción típica descrita en el tipo penal y los comportamientos previos no son subsumibles directamente dentro de dicha acción.

¹⁷ Que acude al contenido material del bien jurídico y por tanto los actos ejecutivos son aquellos que lo ponen en peligro o lo lesionan efectivamente en tanto que en los preparatorios no.

criterio de "*inmediatez temporal*" a tal punto que existirá tentativa cuando se pone en peligro el bien jurídicamente protegido por el legislador de manera objetiva e inmediata a tal punto que no falte ninguna fase intermedia entre el acto de que se trate y la estricta realización de alguno o todos los elementos del tipo penal realizado.

Eso significa que el criterio de la "*inmediatez temporal*" está referido a la realización de actos inmediatamente anteriores a la plena realización de todos o algunos de los elementos del tipo penal, que conmueven el bien jurídico protegido poniéndolo como mínimo en peligro.

Dicho de otra forma, una vez realizados los actos preparatorios se debe estar en posibilidad de iniciar de manera inmediata la ejecución del comportamiento sin que existan eslabones intermedios, caso en el cual se predicará la tentativa.

Se precisa que cuando fungía como alcalde del municipio José Alirio Vaca Gutiérrez se profirieron varios actos administrativos rechazando recursos de reconsideración presentados por la empresa CHIVOR S.A. E.S.P. contra las resoluciones sancionatorias, librando orden de pago contra dicha empresa por la suma de \$16.690.649.00 y ordenando el embargo de la totalidad de ese establecimiento comercial, medida cautelar que se levantó en julio de 2004 cuando la empresa CHIVOR S.A. E.S.P. presentó diferentes recursos en su defensa.

Eso significa que estos actos pudieran catalogarse de preparatorios orientados a obtener esos recursos con disponibilidad jurídica y material, pero que sin embargo no abordaron o se adentraron en la etapa de la ejecución en cuanto no se estuvo en posibilidad inmediata de disponer de ellos y por tanto de lesionar los bienes jurídicos patrimoniales de la empresa afectada, lo que denota que tampoco existió conato en el comportamiento juzgado.

Por estas razones se estima que tampoco se acredita la tentativa propuesta.

Por las consideraciones la Sala confirmará la providencia de primera instancia.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de decisión penal administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la providencia de primer grado, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDGAR KURMEN GÓMEZ

Magistrado

LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ

Magistrada

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ

Magistrado

PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ

Secretario