

PROCESO No 18498

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARINA PULIDO DE BARÓN

Aprobado Acta No. 110.

Bogotá D.C., ocho (8) de octubre de dos mil tres (2003).

VISTOS

Realizada la audiencia pública, procede la Corte a dictar sentencia de única instancia en el proceso adelantado contra el doctor DAVID ALJURE RAMIREZ, de conformidad con las facultades previstas en el numeral 4º del artículo 235 de la Carta Política y en el numeral 6º del artículo 75 de la Ley 600 de 2000.

El doctor ALJURE RAMIREZ fue acusado por el Fiscal General de la Nación como autor del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, según hechos acaecidos durante su desempeño como Gobernador de Cundinamarca en el período comprendido entre el 26 de mayo y el 31 de diciembre de 1997.

Durante la diligencia de indagatoria el doctor ALJURE RAMIREZ señaló que se identifica con la cédula de ciudadanía número 2.850.864 de Bogotá; es hijo de Agustín y Lucila; casado con Ivette Salame; padre de cinco hijos; cursó estudios de economía en la Universidad de los Andes, donde realizó un posgrado en Administración y Ciencia Política; se ha desempeñado como Director de la Oficina de Organización y

Método de la Presidencia de la República, profesor universitario, Representante a la Cámara y Senador en varias ocasiones, Embajador de Colombia en Checoslovaquia, y Gobernador de Cundinamarca por designación del Presidente de la República.

HECHOS

El doctor DAVID ALJURE RAMÍREZ se posesionó como Gobernador de Cundinamarca el 26 de mayo de 1997 y luego, por iniciativa suya, obtuvo de la Asamblea Departamental autorización para contratar un empréstito por \$70.000.000.000.00 (Ordenanza No. 04 de 1997), destinado al mejoramiento y rehabilitación de las vías del Departamento.

Con el propósito de agilizar el cumplimiento del referido objetivo, prescindió del trámite de licitación y optó por la contratación directa, suscribiendo convenios interadministrativos con la Cooperativa Interegional de Colombia Limitada (COINCO), la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Limitada (CODETER) y la Asociación de Municipios del Gualivá (ADCOOPGUALIVA) por \$52.776.956.832.51, así: con las dos primeras por valor de \$49.309.535.329.511 para la ejecución de (11) once obras, y con la última doce (12) contratos de interventoría por \$3.467.421.503.00, encontrándose sobrecostos en siete (7) de los contratos interadministrativos de obra que los peritos de INVIAS estimaron en \$1.148.849.829.00.

ANTECEDENTES PROCESALES

Con fundamento en la información divulgada por los medios de comunicación sobre presuntas irregularidades en los contratos celebrados a finales de 1997 por el Gobernador encargado con las Cooperativas COINCO, CODETER y ADCOOPGUALIVÁ, para el mejoramiento y rehabilitación de las vías del Departamento de Cundinamarca, el Fiscal General de la Nación dispuso el 23 de enero de 1998 la práctica de diligencias previas. Posteriormente, el 12 de agosto del mismo año profirió resolución de apertura de la instrucción, en cuyo marco vinculó mediante indagatoria al doctor

DAVID ALJURE RAMÍREZ, y el 3 de diciembre siguiente decidió abstenerse de imponerle medida de aseguramiento.

Cerrada la investigación, el 23 de abril de 2001 el Fiscal General de Nación profirió resolución de acusación contra el doctor ALJURE RAMIREZ como presunto autor del delito de peculado por apropiación en favor de terceros en cuantía de \$1.148.849.824.60, le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva que sustituyó por detención domiciliaria, y dispuso la preclusión de la investigación en relación con el delito de celebración indebida de contratos por considerar que “los convenios interadministrativos celebrados por el ex gobernador ALJURE RAMIREZ con las Cooperativas COINCO, CODETER, y ADCOOPGUALIVA, por el mecanismo de la contratación directa, se muestran acordes con las normas que regulan la contratación estatal, no solo por su aspecto formal, sino porque de la prueba acopiada no puede inferirse interés ilícito alguno que los afecte”.

Ejecutoriada la resolución acusatoria, la Corte adelantó el trámite del juicio, durante el cual, mediante auto del 23 de abril de 2002 revocó la medida de aseguramiento impuesta al procesado y dispuso su libertad inmediata, así como la devolución de la caución prestada. Posteriormente se realizó la audiencia preparatoria, y luego la vista pública, en cuyo marco se escuchó en declaración al Brigadier General José Luis Vargas Villegas, al doctor Jesús Hernando Lozano Díaz y al Capitán Luis Humberto Poveda Zapata; además, se recibió documentación remitida por el Director de Contratación Estatal de la Gobernación de Cundinamarca referida a las memorias de los contratos celebrados con la Cooperativas.

LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

El doctor DAVID ALJURE como atrás se dijo, fue acusado por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros con base en las siguientes

consideraciones:

“La naturaleza jurídica de las cooperativas, posibilitó legalmente (...) la celebración de los convenios interadministrativos por el mencionado sistema de la contratación directa, en los términos en que, además, lo prevé el Estatuto Contractual Colombiano. Empero, si bien formalmente el trámite de la contratación directa se agotó en los términos previstos por la ley, (...) el procedimiento cumplido al efecto fue poco menos que ortodoxo, al punto que no obstante haberse iniciado un proceso de licitación pública, súbitamente abortó dando paso a la contratación directa con la que finalmente se agotó el procedimiento contractual”.

La acusación desestimó la explicación suministrada por el procesado para prescindir de la licitación, porque “significaba un costo en dinero y en tiempo muy alto”, pues se dijo que además de no corresponder a la verdad, constituye una débil postura defensiva “ante la seriedad de la prueba de cargo, que demostró la existencia de sobre costos entre otras razones, por haberse agotado el proceso contractual de la manera irregular como se cumplió, única que permitió la ilegal y soterrada inclusión de un valor adicional por concepto de administración, sobre el costo total en cada uno de los convenios, a mas de la variación de precios por cambio de año, no obstante la cláusula de precio fijo convenida”.

Con fundamento en las declaraciones del Secretario de Vías del Departamento, ingeniero Héctor José Paredes Trujillo, y del encargado del Programa de Mantenimiento de Vías, ingeniero Harold Urrea Urrea, se estableció que el Gobernador ALJURE RAMIREZ personalmente asumió la contratación, como lo corroboran las declaraciones de los Gerentes de las Cooperativas, siendo especialmente significativo para el Fiscal lo expresado por Martha Cediél Peñuela (Gerente de COINCO), quien asegura que el doctor ALJURE “...mostró mas o menos qué porcentaje o qué cuantía podrían ellos contratar con la Cooperativa (...) él tenía un listado

de proyectos con la Secretaría de Obras, para ver cuáles obras se podrían desarrollar, o comenzar a ejecutar; él nos mostró la cuantía y la cantidad de convenios que se podrían celebrar y los define; después manda la carta de intención en la que dice a la Cooperativa qué obras iba a contratar...”.

Del mencionado listado señala la declarante que “el (el Gobernador, se aclara) tenía un listado (...), él lo manejaba, pero no lo tomé en mis manos porque no era mi labor, él determinaba qué obras se iban a contratar con cada Cooperativa (...) pues si él miraba y decía; Guataquí – Cambao, por ejemplo, la puede desarrollar COINCO y nosotros decíamos sí claro la podemos desarrollar y así con las cinco obras, mas o menos..” y agrega que en esa reunión se convinieron los “valores globales de las obras en sí, de totales, y ya después se sentarían las partes técnicas a definir los precios...”.

Se destaca en la acusación que tales testimonios coinciden con las explicaciones del indagado, en cuanto aceptó haber definido el sistema de contratación y las Cooperativas a las cuales se adjudicarían los contratos, aclarando que no estaba obligado a exigirles ofertas o propuestas, pero de todo esto lo que más llama la atención del acusador es que se hayan convenido precios globales para después ajustarlos a los precios del mercado “que como se estableció, aparecían reflejados en la cartilla unitaria de precios de la gobernación y que como habrá de verse, permitió establecer que se contrató por valores muy superiores a los allí estipulados”.

Y agrega, que la forma caprichosa de contratación determinó que las Cooperativas, a falta de capacidad técnica, subcontrataran la totalidad de las obras, en contra de lo pactado, recibiendo importantes beneficios por la simple labor de intermediación, en detrimento del erario, todo lo cual desvirtúa el argumento defensivo de que resultaba menos onerosa la contratación, siendo claro ejemplo de esa situación anómala el contrato para la rehabilitación de la vía Guaduas-Guaduo, por el cual COINCO recibió como anticipo el 50% del valor total (\$1.682.230.310.00) y ADCOOGUALIVÁ

\$117.756.122.00 por la interventoría, y luego resultó necesario dar por terminado el contrato mediante Resolución No. 2365 de julio 17 de 1998, habida cuenta que la administración omitió el deber de selección objetiva, y al momento de la referida liquidación únicamente se había realizado el 2,57% de la obra, cuyo costo es de apenas \$86.314.987.00, representando para el Departamento la pérdida del excedente, dado que la Cooperativa no hizo reintegro alguno.

Con relación al valor de las obras contratadas, se expresa en la acusación que con base en las declaraciones de los ingenieros Ricardo Velandia García, Mauricio Delgadillo Díaz, Oscar Riveros Riveros, Harold Alexis Urrea Urrea, Hernando Sánchez Aroca, Milton Hugo Garzón y Héctor Mario Salazar Pineda, y en la prueba pericial “es incuestionable que en la mayoría de los contratos celebrados con las Cooperativas se presentaron sobrecostos, en la medida en que se convinieron unos precios que cuantiosamente desbordaron los del mercado, teniendo como referente la cartilla de precios de la Gobernación”, pues aunque fue el documento inicialmente utilizado para fijar los precios, luego “verbalmente se les ordenó aplicar unos incrementos argumentando que lo era por concepto de ‘administración de las Cooperativas’ y por ‘cambio de año’. El primero fue uniforme para todos y se hizo equivalente al dos por ciento (2%), y el segundo varió de acuerdo con lo que a cada quien se le impuso que hiciera”.

Adicional a lo anotado se manifiesta en la acusación que obra en el proceso la evaluación que por iniciativa del Gobernador de Cundinamarca, Andrés González Díaz, adelantó la Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores (ACIC), estableciendo que en siete de los contratos la diferencia de costos asciende a \$868.281.779.00; así mismo, a solicitud de la Fiscalía el Instituto Nacional de Vías (INVIAS) designó a la ingeniera Nancy Fuentes Medina y a la abogada Dora Alba López Albarracín, quienes dictaminaron que el desfase fue de \$1.148.849.824,60; por su parte, el perito del Cuerpo Técnico de Investigación estimó el valor de los sobrecostos

en \$3.074.601.025.00.

De las referidas sumas la acusación acogió la señalada por los peritos del Instituto Nacional de Vías (INVIAS), esto es, “un mil ciento cuarenta y ocho millones ochocientos cuarenta y nueve mil ochocientos veinticuatro pesos con 60 cvs., (\$1.148.849.824.60), pues es la cifra total de los sobrecostos que en el rigor del análisis científico cumplido por tales funcionarios, más se aviene a lo acontecido, no sólo porque se advierte cercanamente consecuente con el realizado por la Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores, ACIC., (que no fue tan integral como aquél) sino porque la labor se desarrolló por personas altamente calificadas, experimentadas y especializadas en la materia, que la hicieron en la forma más clara, precisa y detallada posible exponiendo con destacada precisión los fundamentos de sus conclusiones. Son ellas consideraciones de todo orden que llevan a acogerlo, incluso con preferencia sobre el realizado por el Cuerpo Técnico de Investigación, no estando por demás repetir, que de cualquier manera, todas las pericias llegaron a idéntica conclusión: la existencia de notables sobrecostos”.

En las apreciaciones del dictamen destaca el Fiscal que “a partir de la definición técnica de los conceptos de costos directos e indirectos de una obra civil, la Gobernación de Cundinamarca representada por el doctor ALJURE RAMÍREZ no podía comprometer sus recursos reconociendo doblemente un pago por concepto de ‘administración’, como tampoco podía alterar la regla contractual (ley del convenio) referida a la determinación de precios unitarios fijos”.

“Tal reconocimiento por parte del ex mandatario, hoy procesado, conllevó a los sobrecostos de los convenios afirmados por los supervisores, ratificado por los ingenieros de la ACIC y ahora advertidos por los asesores de INVIAS”, habida cuenta que según lo señalaron los peritos, “...se deduce que el Departamento de Cundinamarca incrementó la mayoría de los precios unitarios de los contratos, sin una metodología definida, ya

que no se observó en general ninguna relación directa con los ajustes deducidos con base en el incremento de precios de las cartillas del Departamento...”.

En punto de la responsabilidad del acusado, el pliego de cargos destaca las explicaciones suministradas en la indagatoria por el doctor ALJURE sobre la forma de contratación, la adjudicación de las obras a las Cooperativas, el cumplimiento de los requisitos de objetividad y transparencia, los precios pactados, el control ejercido en la fijación de costos, la aplicación del AIU (administración, imprevistos y utilidades), recordando que reconoció la duplicación de dicho factor con el argumento de que nadie le puso de presente tal circunstancia y que debió incorporarse como rubro específico.

También se aduce en la acusación que del afán por contratar en el menor tiempo posible y la omisión del proceso licitatorio se infiere el hecho “claramente indicador de la intención que le asistía por contratar como lo hizo, aún sabiendo que las obras no serían ejecutadas directamente por la Cooperativas como que debían subcontratar habida cuenta la estructura de las mismas. Tal contratación (con las cooperativas) por sí mismo, no se cuestiona, lo que se reprocha es el procedimiento que, como se demostró, dio paso al pago de sumas en perjuicio de la administración”.

Igualmente se resalta la formación intelectual del procesado, su trayectoria y su experiencia, para concluir que “sabía lo que hacía, es decir, que tenía plena conciencia que escudándose en una figura legal, y aunque no se estableció que hubiese tenido un propósito de aprovechamiento propio, es evidente que en la soberana adjudicación de los contratos sí le asistió el ánimo de favorecer, como arbitrariamente quiso, a las Cooperativas contratistas y ello consecuencialmente propició que ilegalmente también se beneficiaran, bien porque se apoderaron de un dinero sobre el que no se tiene noticia que se haya recuperado, bien porque se les pagó más de lo debido a los subcontratistas que recibieron el encargo de ejecutar las obras y realizar las interventorías”.

Finalmente se expresa en la providencia acusatoria que resultó caprichoso e improcedente el reconocimiento del doble pago por concepto de administración que se efectuó a las Cooperativas por voluntad del Gobernador DAVID ALJURE RAMÍREZ, sin que sea admisible la excusa de que sus antecesores procedieron en la misma forma, motivo por el cual debe “responder a título de dolo por la cuantiosa erogación que en detrimento de la Gobernación de Cundinamarca propició al afectar sus recursos por encima de la causa que los comprometió”.

Contra la anterior providencia el defensor del doctor ALJURE interpuso recurso de reposición, el cual fue rechazado mediante decisión del 4 de junio de 2001, por haber sido presentado extemporáneamente.

AUDIENCIA PÚBLICA

Intervención de la Fiscalía:

La Fiscal Delegada ante esta Corporación procede a exponer sucintamente los hechos y las consideraciones de la resolución de acusación, a partir de lo cual solicita a la Corte proferir fallo condenatorio en contra del acusado, por estar demostrado que incurrió voluntariamente en una conducta típica, antijurídica y culpable, pues así haya manifestado que lo único que pretendía era procurar el bienestar de la gente de las provincias, actuó movido por el interés personal al permitir que terceros particulares se apropiaran indebidamente de fondos del Departamento de Cundinamarca que gobernaba.

Destaca que los convenios con las Cooperativas se realizaron sin tener en cuenta los fines de la contratación establecidos en la ley, y tampoco se cumplió el deber de selección objetiva, como lo demuestra la ejecución parcial de las obras, así: en las vías Girardot-Cambao 38%, La Vega-Sasaima 39%, Choachí-Ubaque 43%, Guaduas-Guaduario menos del 10%, debido a la falta de capacidad de los contratistas, pues por ejemplo, CODETER, conformada por los Municipios de Ortega, Purificación, Padilla, Puerto Tejada y la

Fundación Salvemos el Medio Ambiente, con un capital de apenas \$2.500.000.00, no estaba en posibilidad de cubrir los numerosos frentes de acción anunciados en sus estatutos.

Puntualiza que no se debió precluir la investigación por el delito de celebración indebida de contratos, pues resulta evidente la violación de la ley en ese sentido, lo mismo que el peculado por apropiación en el contrato del tramo Guaduas-Guaduo, de modo que las fallas de la resolución de acusación no son por exceso sino por defecto, estando perfectamente definidas la materialidad y responsabilidad frente a los hechos que motivaron su proferimiento.

No es de recibo en su criterio la explicación del acusado, según la cual no se le pueden atribuir las fallas de la labor técnica en cuanto no le correspondía a él desarrollarla sino a los ingenieros que dirigieron las obras, pues lo que indican su experiencia profesional y la especialización realizada en Alemania es que toleró el aprovechamiento indebido de los dineros públicos, tanto que los testigos refieren que recibieron la orden de incrementar el dos por ciento (2%) a cada uno de los ítems de los presupuestos de obra, con base en los cuales se realizó la contratación administrativa.

También expone que a través de los estudios realizados por los distintos peritos se llega a la conclusión de que no se podía convenir el incremento de costos por administración o por cambio de año, puesto que esas variaciones únicamente proceden cuando se da alguna de las circunstancias legalmente previstas, sin que en este caso haya concurrido alguna de ellas.

Y agrega que fue tan evidente el desconocimiento de la ley que debieron intervenir varias entidades de control, como la Procuraduría y la Contraloría Departamental, así como el Gobernador que sucedió en el cargo al doctor ALJURE, para poner fin a las irregularidades que se venían presentando.

Señala que el acusado no obró de buena fe, sino que voluntariamente desconoció la ley para favorecer a las Cooperativas, las cuales no cumplían los requisitos mínimos de contratación, y así se haya dejado constancia expresa de que no podían subcontratar, él sabía que era la única forma que tenían para tratar de cumplir lo pactado, dado que no contaban con capacidad técnica para ejecutar directamente las obras, que de todos modos no culminaron, como tampoco se cumplió el plan diseñado con tanta urgencia prescindiendo del procedimiento licitatorio, que hubiera resultado menos oneroso, si se tienen en cuenta los efectos adversos generados con la contratación directa, que se escogió por ser supuestamente más económica.

Finalmente reitera que, como desde todo punto de vista resultan deleznable las explicaciones del procesado, se le debe condenar imponiéndole una sanción drástica y ordenando el cumplimiento de la pena en centro de reclusión.

Intervención del Ministerio Público:

La Procuradora Segunda Delegada para la Investigación y Juzgamiento Penal comienza por expresar que disiente del criterio planteado por su antecesora en los alegatos precalificatorios, en los cuales descartó el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, a la vez que consideró que debía acusarse al doctor ALJURE por el delito de peculado culposos, planteamiento que fue acogido parcialmente en la resolución que calificó el mérito del sumario, pues precluyó la investigación por el primer comportamiento mencionado.

Aduce que la variación en el criterio del Ministerio Público la sustenta en lo expuesto por esta Sala sobre el particular en auto del 25 de agosto de 1998, con ponencia del Magistrado doctor Carlos Augusto Gálvez Argote, pues la intervención del Ministerio Público depende de los actos procesales en que esta tenga lugar.

Advertido lo anterior considera que el fallo debe ser condenatorio, habida cuenta que el

acusado cometió el delito de peculado por apropiación, debiendo aplicarse el artículo 397 de la Ley 599 de 2000 por ser más favorable, pues fijó un límite para la pena de multa, en tanto que la norma vigente para cuando ocurrieron los hechos (artículo 133 del anterior estatuto penal) ésta era equivalente al monto de lo apropiado.

Señala que acreditada como está la calidad de empleado oficial del doctor DAVID ALJURE RAMÍREZ, se le debe declarar responsable por cuanto bajo su liderazgo y control terceras personas se apropiaron de fondos del Departamento al haber autorizado sobrecostos en los contratos que suscribió con las Cooperativas COINCO, CODETER y ADCOOGUALIVÁ; prueba de ello son los dictámenes realizados por expertos de distintas entidades y los testimonios de los ingenieros Ricardo Velandia García, Mauricio Delgadillo Díaz, Oscar Riveros Riveros, Harold Alexis Urrea Urrea, Hernando Sánchez Aroca, Milton Hugo Garzón, Héctor Mario Salazar Pineda y Héctor José Paredes.

Lo expuesto “permite edificar el reproche penal que a juicio de esta Agencia del Ministerio Público, cabe hacer al comportamiento del doctor ALJURE RAMIREZ, por cuanto no resulta factible desde ningún punto de vista afirmar, que fue ajeno al proceso precontractual y contractual que se llevó a cabo al interior de la Gobernación de Cundinamarca, en atención a que la selección de las entidades contratistas, la celebración de los Convenios y las circunstancias que rodearon los sobrecostos, en razón de la inclusión de los porcentajes por ‘Costos de Administración’ y por cambio de año, estuvieron bajo su completa dirección y dominio”.

Además, resalta que se trata de un connotado economista, especializado en Alemania en administración municipal y territorial, cuya capacidad se ve reflejada en sus intervenciones al referirse con propiedad a aspectos técnicos y jurídicos de la contratación estatal, de modo que es inadmisibile que se hubiera dejado convencer de sus asesores sobre aspectos que, según dice, no alcanzaba a comprender, siendo en cambio evidente “la relación directa entre la acción desplegada por el mencionado ordenador del gasto

y la inclusión ilegal de los sobre costos con clara defraudación del erario público”, puesto que a través de la forma de contratación utilizada creó el riesgo jurídicamente desaprobado.

Considera insostenibles los argumentos defensivos, pues al no tener capacidad operativa las mencionadas Cooperativas debieron subcontratar las obras que les fueron encomendadas, resultando más oneroso su valor, tanto por haber duplicado los costos de administración, como por no haber reintegrado los anticipos del cincuenta por ciento (50%) que recibieron por obras no ejecutadas; además, teniendo en cuenta que el procesado aceptó haber acordado con las Cooperativas el incremento del dos por ciento (2%) del presupuesto de los contratos en razón a la magnitud de la obra, no puede escudarse en los ingenieros supervisores para decir que era su costumbre elaborar de esa forma los presupuestos, pues todos ellos desmienten dicha afirmación.

Aduce la Delegada que en materia de contratación no es viable admitir la responsabilidad de quienes no recibieron la misión expresa de cumplir esa labor, siendo responsable en este caso únicamente el Gobernador, pues no existió delegación alguna; así mismo dice que quedó establecido que la Cartilla de Precios del Departamento no era una camisa de fuerza, sino un documento de referencia que se actualizaba semestralmente y fue tenido en cuenta por los peritos, sin sobrevalorar su importancia.

Finalmente solicita de la Corte la expedición de copias para que la Fiscalía investigue la apropiación de los anticipos, cuyo monto superó los \$25.000.000.000.00, pues según se infiere del juicio de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría del Departamento, algunas de las obras contratadas quedaron sin ejecutar.

Intervención del procesado:

En sus intervenciones el doctor DAVID ALJURE RAMIREZ es enfático en pregonar su

inocencia, calificando de vagos e imprecisos los cargos de la acusación, cuyo único sustento proviene de las diferencias de precios entre los valores de las cartillas de la Gobernación y los plasmados en los contratos, que no se pueden considerar sobrecostos por no ser aquellas de obligatoria aplicación, en tanto no fueron establecidas con ese fin por decreto o resolución, y lo que se sabe es que se utilizaron como guía en la elaboración de presupuestos y contratos de obra, conforme lo explica el Ingeniero Alvaro Cruz (Secretario de Obras del Gobernador Andrés González), pero no se sabe qué vigencia tenían.

Manifiesta que las Cartillas de Precios de la Gobernación establecen precios unitarios, sin discriminar costos directos e indirectos, dentro de los cuales debería estar expresamente señalado el porcentaje equivalente al AIU (administración, imprevistos y utilidades); igualmente dice que no se conoce la metodología utilizada para su elaboración, ni la razón por la cual en el año 1997 rigieron dos cartillas, o una explicación de por qué la del segundo semestre tenía precios inferiores a la del primero.

También señala que tales cartillas no son documentos de fácil comprensión, y que a él como Gobernador no le correspondía interpretarlas o suponer que eran obligatorias, dado que no había disposición que así lo estableciera.

Expresa que no se sabe que es más deficiente en ese proceso atemporal, si su defensa o la investigación, cuyas apreciaciones carecen de sustento en la realidad, pues se hacen afirmaciones sin comprobación, se dan distintos valores a elementos de juicio como las mencionadas cartillas, que pasan de ser obligatorias a simples manuales de referencia, cuya característica es la falta de exactitud, de ahí que no hayan servido para determinar la diferencia que pretenden los peritos, como lo demuestra el hecho de que los dictámenes arrojan cifras diferentes, lo que le resta veracidad a las conclusiones de la acusación.

Recuerda el trámite seguido para obtener la autorización de la Asamblea con el fin de contratar el empréstito que le permitió adelantar las obras de recuperación de las vías del Departamento, dentro del cual los ingenieros de la Secretaría de Vías elaboraron los respectivos proyectos y, una vez aprobada la Ordenanza 04 el 21 de julio de 1997 y obtenido el dinero, se inició el proceso de contratación directa que culminó con la firma de los contratos entre el 30 de septiembre y el 16 de octubre del mismo año, con base en lo inicialmente presupuestado, de modo que la cartilla utilizada fue la del primer semestre y no la del segundo, que inexplicablemente contiene precios inferiores y seguramente no existía cuando se proyectaron las obras, siendo estos aspectos ignorados por la Fiscalía y los peritos al comparar los costos que por esa razón arrojaron una diferencia significativa, cuando debió tenerse en cuenta la primera, cuyo resultado es favorable al Departamento en \$1.346.913.521.00.

Precisa que no era necesaria ni se acudió a la delegación de funciones, puesto que el Decreto Orgánico del Departamento establece claramente que los aspectos técnicos de la contratación corresponden al Secretario de Vías.

Además destaca que no es cierto que haya nombrado funcionarios de su confianza, como se ha dicho, pues salvo Giraldo y Quintero, los demás eran colaboradores de la doctora Leonor Serrano, en su mayoría de carrera, y que permanecieron en sus cargos pese a la actitud hostil que mostraron en un comienzo, pues era preferible mantener el ritmo de la administración que hacer cambios por un corto tiempo, habida cuenta inicialmente se le nombró por tres meses.

Concluye entonces que en esas condiciones es impensable que él hubiera tenido la capacidad de convencer o poner de acuerdo a los funcionarios que intervinieron en la contratación, para quebrantar la ley con el fin de favorecer a terceros que en el proceso no se sabe quienes son, pues unas veces se mencionan las Cooperativas y otras los subcontratistas, y que mucho menos podía obligarlos a incrementar los costos en el 2%

que no aparece por ninguna parte, “convirtiéndose en el fantasma de este proceso, del cual todo el mundo habla, pero nadie lo ha visto”.

Expone que si bien se ha dicho que se duplicaron los costos de administración, no se demostró en qué forma, pues las cartillas no especifican el AIU (administración, imprevistos y utilidades), como tampoco del cinco por ciento (5%) del impuesto de guerra y el dos por ciento (2%) de la estampilla Prodesarrollo del Departamento, que de todos modos las Cooperativas pagaron.

Ahora, indica que si se hubieran evaluado en conjunto todos los contratos, la diferencia con la cartilla del segundo semestre hubiera sido de apenas \$68.379.164.00, aceptando que era obligatoria, pero únicamente se cuantificaron los que tenían mayor valor, olvidando que había otros con valores inferiores y que la tendencia normal de los precios es al alza, tanto que el DANE certificó para el 1998 un incremento del 16.7%, lo que le resta credibilidad a la cartilla del segundo semestre, que además entró a regir el 25 de agosto de 1997, cuando ya se habían elaborado los presupuestos de las obras posteriormente contratadas.

Refiere que en las memorias, que son documentos elaborados por los ingenieros para hacer el presupuesto de cada obra, el Gobernador no tiene injerencia alguna, ni le corresponde evaluarlas, además de que no siendo profesional de ese ramo difícilmente podría entender tan compleja actividad, y si hubiera tenido interés en alterar el valor de los contratos con algún fin el mejor mecanismo era aumentar la cantidad de obra, ya que después de culminada resulta imposible establecerla, por ejemplo, el número de metros removidos o excavados, o de materiales empleados.

Adicional a lo expuesto señala que el fundamento de los mal llamados sobre costos es documental, pues a los testigos no se les interrogó sobre la razón de la diferencia de precios entre la cartilla y los contratos, ni sobre quién dio la orden de incrementar costos,

de lo cual no lo sindicaban, siendo innecesaria la referencia al dos por ciento (2%), habida cuenta que en su indagatoria aceptó haber considerado tal porcentaje a cambio del cinco por ciento (5%) que exigían las Cooperativas por administración, pero dicho incremento no aparece reflejado por ninguna parte, además señala que tomó la idea del contrato firmado su antecesora para la construcción del Centro Deportivo “La Merced” en Fusagasugá.

También el procesado dice que al revisar las memorias del contrato Guaduas-Guadua encuentra que corresponden al valor de lo contratado, de manera que si no hubo ninguna variación y no le correspondía elaborar el presupuesto, no se le puede atribuir responsabilidad en asuntos ajenos a sus funciones.

Manifiesta que atendiendo su solicitud, el Secretario de Vías nombró de los ingenieros a su cargo un gerente para cada obra, y en las distintas reuniones que sostuvo con ellos lo único que les pidió fue que lo informaran sobre la eficiencia de la obra, sin que ninguno de ellos le hubiera comentado sobre subcontratos o falta de ejecución. Ellos trabajaron en forma independiente, como lo demuestra el hecho de que los valores de las memorias sean diferentes entre sí y que cuando las recibió no se analizaron precios, pues no era su función fijarlos, limitándose a entregarlas al doctor Quintero, abogado de la Gobernación, para que elaborara los contratos, utilizando para ello los disquetes entregados por los ingenieros que contenían los presupuestos.

Indica que en las cláusulas contractuales no hay nada malévolo, las Cooperativas aceptaron tener los equipos mínimos requeridos, su antecesora les había otorgado contratos por cerca de \$10.000.000.000.00, allí se les reconoció el dos por ciento (2%) por administración, nadie dijo que hubieran incumplido, y por ello no tenía por qué suponer que carecían de capacidad técnica o que iban a subcontratar, sin embargo esta prohibición quedó plasmada en los contratos, lo mismo que el no reconocimiento de reajustes, lo cual le impedía a las Cooperativas solicitar incrementos por el cambio de año.

Anota que si bien la acusación alude a un grosero incremento, no se tuvo en cuenta que se trató de un error de digitación cuya oportuna corrección pasó desapercibida para los peritos, y tampoco se consideró el dos por ciento (2%) al establecer la cuantía del peculado, pues para ello se valoraron las cartillas de precios, y con base en esos valores ficticios INVIAS realizó una proyección de los costos para el año 1998, sin explicar por qué se basó en la cartilla del primer semestre si todo el proceso se adelantó con base en la del segundo semestre; señala que debió utilizarse en el dictamen el índice de precios al consumidor que permitía hacer un análisis técnico de la situación, y que seguramente habría revelado que la contratación fue favorable al Departamento.

Igualmente indica que la Fiscalía consideró que los precios de las cartillas son inmodificables, pero al establecer el valor del peculado se olvidó de éstas y solo tuvo en cuenta la proyección de 1998.

En cuanto al contrato Guaduas-Guaduoero manifiesta que la Cooperativa subcontrató sin dar aviso al Departamento, pero que nadie le informó sobre ello, contrato que luego fue declarado nulo por el Gobernador Andrés González, quien desde cuando era candidato al cargo de Gobernador lo enteró que no estaba de acuerdo con esos contratos, y además, no aceptó que la compañía aseguradora terminara la obra, circunstancia que esta aprovechó para salvar su responsabilidad.

El procesado concluye su intervención afirmando que tomó la decisión de contratar en forma directa para facilitar el cumplimiento del Plan de Desarrollo trazado en la Ordenanza 04 de 1997, sin que hubiera tenido injerencia en la fijación de precios en cuanto era labor exclusiva de los ingenieros de la Secretaría de Vías, cuya autonomía respetó. Las cartillas de precios no eran de obligatorio acatamiento, tanto que no hay uniformidad en los distintos presupuestos.

No hay certeza de la diferencia de precios, de su intervención en la modificación de éstos o del interés en favor de terceros, como tampoco del desmedro del patrimonio del Departamento; en cambio, sí hay testimonios de su probidad y diligencia en el cumplimiento de sus funciones.

Los dictámenes acusan notables diferencias, siendo simples ejercicios teóricos alejados de la realidad que no logran concretar una diferencia exacta, como debiera ser, entre las cartillas y los contratos, para lo cual era necesario analizar en conjunto todos los convenios, no solamente los desfavorables, lo que hubiera permitido establecer que en la contratación se favorecieron los intereses del Departamento.

Intervención del Defensor:

Comienza por expresar que considera equivocados los cargos por no ser el procesado responsable del menoscabo que pudo haber sufrido el erario del Departamento, ya que él no estaba enterado de que los precios de los contratos con CODETER, COINCO y ADCOGUALIVÁ se hubieran incrementado en el dos por ciento (2%) que dice la resolución de acusación, y esa ausencia de conocimiento lo exime de culpabilidad, conforme lo establecen el artículo 9° de la Ley 599 de 2000, así como el numeral 10 del artículo 32 del mismo ordenamiento.

Manifiesta que la primera actividad que realizó el doctor ALJURE como Gobernador fue asistir a los foros regionales, los cuales le permitieron enterarse del mal estado de las vías y el apremiante desempleo, motivos por los cuales decidió solicitar a la Asamblea Departamental autorización para contratar un empréstito con el fin de solucionar esos graves problemas, y una vez obtenida la aprobación de la Ordenanza No. 04 de 1997, el Secretario de Vías designó para cada proyecto un ingeniero de su equipo de trabajo, que además de ser el encargado de evaluar el estado de la vía, debía elaborar las memorias, el presupuesto y supervisar la obra, sin que fueran personas nombradas por el acusado

o amigos suyos, pues todos laboraban de tiempo atrás en esa dependencia y tenían conocimiento de los contratos celebrados por la anterior administración con las mismas Cooperativas, adjudicándoles los nuevos contratos con base en el informe elaborado por el doctor Luis Germán Castro Martínez sobre su capacidad de contratación y cumplimiento de requisitos, de manera que no hubo interés en favorecerlas, ni mucho menos peculado por apropiación, puesto que eran entidades públicas.

Argumenta que si bien se dice en la acusación que contrariando la conveniencia, el procesado prescindió de la licitación y optó por la contratación directa, se olvida que si no se contrataba rápidamente el Departamento se vería avocado al pago de una sanción fiscal por no ejecutar el presupuesto dentro de la respectiva vigencia; además, si la investigación por la celebración indebida de contratos se declaró precluída, con el argumento de que los convenios interadministrativos celebrados en forma directa con las Cooperativas están acordes con las normas que regulan la contratación estatal, no puede reprocharse que ésta haya sido irregular, debiendo más bien tenerse en cuenta la urgencia social que motivó la inversión y las presunciones de inocencia y buena fe consagradas por los artículos 29 y 83 de la Carta Política.

Añade que la evaluación de las Cooperativas estuvo a cargo del doctor Castro, el aspecto jurídico era responsabilidad del doctor Quintero, y en cuanto a los costos, la experiencia de los ingenieros que dirigieron los proyectos y del doctor Ovalles ofrecía plena garantía. Entonces indica que como lo dice el acusado, si hubiera querido ser pícaro, no eran los valores unitarios lo que había que incrementar sino la cantidad de obra, por ejemplo los metros de material que debían movilizarse, cuya constatación después de culminados los trabajos resulta imposible; eso, sin contar con la disparidad de criterios de los expertos sobre los presupuestos de obra, labor que estuvo a cargo de los Gerentes de Proyecto, quienes rendían cuentas a sus inmediatos superiores.

El defensor denota que el acusado reconoció que los Gerentes de las Cooperativas le informaron que cobraban una tarifa de administración que oscilaba entre el dos por ciento (2%) y el cinco por ciento (5%), por lo que acordaron que sería del dos por ciento (2%), lo cual debió quedar incluido en una cláusula del contrato, pues era costumbre reconocer un porcentaje por dicho concepto; sin embargo, el investigador no los interrogó sobre tan trascendental hecho, informando la declarante Martha Cediél únicamente que en la revisión de precios no había tenido injerencia el Gobernador, siendo encomendada esa labor a Germán Castro por la Gobernación y a Jairo Jaimes por COINCO, pero estos a su vez dijeron que la realizaron los ingenieros de las obras.

Destaca que el doctor ALJURE RAMÍREZ es enfático al afirmar que “en ningún momento” revisó los presupuestos, que sus inmediatos colaboradores nunca le “hicieron caer en cuenta de esa duplicación” de costos de administración sobre la cual se funda la acusación, y que en su opinión debió incorporarse en un rubro específico el referido incremento del dos por ciento (2%), lo que demuestra que su representado desconocía que ello fuera ilegal, circunstancia que excluye su culpabilidad, ya que para el desarrollo de la contratación se valió de expertos en la materia, Castro, Ovalles, Giraldo y el ingeniero Paredes que era el Secretario de Vías, quien escogió a los Gerentes de los Proyectos.

Puntualiza que se trata de la denominada desconcentración de funciones establecida en el artículo 209 de la Carta Política, y se presenta cuando se otorga a la autoridad de inferior jerarquía determinadas funciones o competencias, como en efecto lo realizó la doctora Leonor Serrano de Camargo mediante Decreto 0660 de marzo 29 de 1996 al establecer que el Gobernador, además de las funciones constitucionales, debe “Coordinar las actividades y servicios a cargo de las dependencias del nivel central y de las entidades descentralizadas del orden departamental”, esto es, las que cumplen once Secretarías, cuatro Establecimientos Públicos, seis Empresas Industriales y Comerciales, y dos Sociedades de Economía Mixta.

En consecuencia, en este caso le correspondía al doctor ALJURE RAMÍREZ coordinar e implementar el desarrollo del Plan Vial del Departamento, para lo cual ordenó la actualización de los proyectos, verificó el estado de las vías, presentó ante la Asamblea el proyecto de ordenanza, determinó la forma más expedita de contratación, seleccionó los contratistas, perfeccionó los contratos con el apoyo de los Gerentes de las Obras designados por la Secretaría de Vías, y estuvo enterado de su desarrollo y ejecución.

Dentro de las funciones asignadas al Secretario de Vías estaban las de asegurar la calidad en la formulación, definición y ejecución del Plan de Desarrollo Vial, asegurar la confiabilidad de los diseños y definición de proyectos, siendo ésta para efecto del proceso sinónimo de memoria en lo relativo a presupuestos y recursos, preparar los proyectos de planes y programas de desarrollo vial del Departamento de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, y presentarlos a consideración del Despacho del Gobernador, ejecutar el Plan de Desarrollo Vial exclusivamente mediante contratación, evaluar y tramitar la inscripción de los proyectos de inversión, asegurar la confiabilidad de los actos, contratos y procesos licitatorios, asegurarse que la Secretaría tuviera definido su sistema de control.

De la misma forma el Sub-Secretario de Desarrollo Vial tenía atribuciones precisas para definir aspectos relacionados con la conservación de las vías, como contratación, concesión, valorización, distribución de recursos, definición de actos, contratos y proceso licitatorio, definir especificaciones técnicas, asegurar la oportunidad y confiabilidad de la ejecución de los contratos y su información técnica.

Queda claro entonces, señala el defensor, que el doctor DAVID ALJURE dio aplicación al mandato constitucional de desconcentración administrativa, de manera que no le correspondía como Gobernador elaborar, supervisar, revisar o ejercer control directo de los proyectos de obras públicas, o verificar personalmente si la cantidad de obra es la

contratada, o los factores utilizados para determinar los precios, la forma de mantener el equilibrio contractual, los mecanismo de reajuste, etcétera, ya que el ordenamiento legal del Departamento tenía asignadas esas funciones al Secretario y Sub-Secretario de Vías, quienes contaban para ese fin con el apoyo de un equipo profesional de ingenieros y personal administrativo con idoneidad, que en su mayoría habían laborado en la anterior administración.

Señala que los testimonios de los Gerentes de Proyectos, quienes a su vez fueron supervisores y revisores de la ejecución de las obras, corroboran la inocencia del acusado al afirmar que actuó con base en informaciones suministradas por subalternos legalmente facultados, circunstancia que determina que su responsabilidad desaparezca.

El defensor destaca que el ingeniero Milton Hugo Garzón refiere que en el presupuesto dejó el 2% por fuera de los precios unitarios de la cartilla, pero al elaborar el convenio ese valor se incrementó en los precios unitarios por orden de Germán Castro y por esa razón no aparece como costo de administración. A su vez Hernando Sánchez Aroca declaró en términos similares, precisando que el dos por ciento (2%) se refiere a gastos internos de las Cooperativas.

Los ingenieros Harold Alexis Urrea, Óscar Riveros Riveros, Ricardo Velandia García y Mauricio Delgadillo Díaz son enfáticos en afirmar que para la contratación recibieron instrucciones y mantuvieron contacto con el ingeniero Óscar Giraldo. En tanto que los Gerentes de COINCO y CODETER, Martha Cediél Peña y José Noé Romero, respectivamente, afirman que mantuvieron contacto con Germán Castro quien era el vocero del Gobernador y estaba encargado de revisar los precios, los cuales discutieron con los ingenieros, todo lo cual demuestra la total ajenidad del Gobernador en la determinación de sobrecostos.

En punto del manejo de la cartilla de precios por parte del doctor ALJURE, el

defensor señala que él no tuvo injerencia alguna en la fijación de los precios de las obras, más aún cuando tales cartillas sólo eran una referencia o guía, como lo afirma el testigo Flórez Jordán, ya que los precios de los contratos eran fijados por los ingenieros supervisores, siendo entonces impertinente el reproche de la acusación por haber contratado por precios superiores a los de la cartilla.

También el defensor expresa que el actual Gobernador, doctor Alvaro Cruz Vargas, persona versada en el tema por ser ingeniero, corrobora la información al manifestar que las cartillas de precios fueron el resultado de una investigación adelantada por la Secretaría de Obras del Departamento, con el fin de orientar la elaboración de presupuestos oficiales “sin que hayan sido expedidas por decreto o resolución vinculante, sino como una guía” que ha sido útil en contratación directa, para convocatorias públicas y licitaciones, aclarando que se debe actualizar anualmente desplazando profesionales a las distintas zonas del Departamento para establecer los índices de precios al consumidor. Con relación a los convenios materia del proceso, afirma que siendo acordados en 1997 y ejecutados en 1998, los precios debieron variar, incidiendo además el impuesto de guerra del cinco por ciento (5%), la tasa adicional denominada estampilla prodesarrollo equivalente al dos por ciento (2%) y el cambio de vigencia que implicaba revisar los precios originalmente contratados.

Además, al solicitarle al referido declarante que aclarara lo relacionado con los sobrecostos señalados en su primera versión, manifestó que los contratos no se pueden analizar mirando los precios únicamente, sino a la luz del desarrollo que haya tenido su ejecución, ya que puede ocurrir que se hayan olvidado ajustes posteriores que incrementaron o disminuyeron el valor por efectos del mercado, pese a que se haya contratado a precios fijos, advirtiendo que en este caso los precios no sufrieron ajustes aunque la ejecución se adelantó en el año siguiente al de la contratación.

Y continúa el defensor precisando que no es cierto que la subcontratación haya

incrementado el costo de las obras, puesto que en los contratos tal situación no estaba permitida, de modo que si hubo subcontratación, las Cooperativas contrariaron lo acordado, sin que por ello se le pueda atribuir responsabilidad alguna a su asistido.

Tampoco se puede deducir indicio alguno en contra del procesado por las reuniones sociales en las que departieron miembros de las Cooperativas y funcionarios de la Gobernación, dado que a ellas no asistió el Gobernador sino solamente los ingenieros, según lo informa el testigo Sánchez Aroca.

Con base en lo expuesto el defensor solicita la absolución del doctor DAVID ALJURE RAMIREZ, habida cuenta que en su criterio no se demostró la apropiación de dineros en favor de terceros, y en cambio, sí se acreditó la inocencia del acusado; además señala que las notorias deficiencias probatorias de la acusación no permiten llegar al grado de certeza requerido para condenar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con la preceptiva del artículo 232 de la Ley 600 de 2000, a diferencia del grado de conocimiento requerido en punto de imponer medida de aseguramiento (posibilidad), así como para proferir resolución de acusación (probabilidad), resulta indeclinable para dictar fallo condenatorio que la prueba obtenida en las diversas fases del proceso conduzca a la certeza de la conducta definida en la ley como delito y a la responsabilidad del acusado; para tal efecto, impera apreciar los medios de prueba en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, según lo establece el artículo 238 del citado ordenamiento.

Tipicidad de la conducta:

El doctor DAVID ALJURE RAMIREZ fue acusado por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, definido en el artículo 133 del derogado estatuto penal,

modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, norma vigente para cuando ocurrieron los hechos investigados, cuya preceptiva es del siguiente tenor:

“Peculado por apropiación. 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 del ejercicio de sus funciones, incurrirá en pena de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años”.

“Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad”.

En la actuación se encuentra demostrada la calidad de servidor público aforado del inculcado con la copia del Decreto 1367 del 22 de mayo de 1997, por cuyo medio el Presidente de la República lo designó temporalmente como Gobernador del Departamento de Cundinamarca con ocasión de la suspensión de la titular, doctora Leonor Serrano de Camargo, por parte de la Procuraduría General de la Nación².

Igualmente obra copia del acta de posesión del acusado ante la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca realizada el 26 de mayo de 1997, así como certificación de la Dirección de Desarrollo y Control del Talento Humano de la Gobernación de Cundinamarca, en la cual se determina que el doctor ALJURE ejerció sus funciones como Gobernador desde el día de su posesión hasta el 31 de diciembre de 1997.

El doctor ALJURE presentó a la Asamblea Departamental de Cundinamarca un proyecto de ordenanza para su aprobación, con el propósito que se le autorizara contratar un empréstito por la suma de \$58.000.000.000.00, dirigido a mejorar la malla vial

del Departamento, lo cual se encuentra acreditado con la copia de la correspondiente exposición de motivos, así como con lo relatado por el procesado en su indagatoria⁴.

A través de la Ordenanza No. 04 aprobada el 16 de julio de 1997, la Asamblea Departamental de Cundinamarca autorizó al Gobernador “por un término de dos (2) meses, contados a partir de la vigencia de la presente Ordenanza, para contratar un empréstito hasta por la suma de SETENTA MIL MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$70.000.000.000.00)”; igualmente señaló que los recursos del crédito atenderían prioritariamente los siguientes proyectos: 1) Zipaquirá - Pacho - La Palma; 2) Girardot - Cambao; 3) Siberia - Tenjo - Tabio - Facatativá - El Rosal - Subachoque; 4) Chusacá - El Triunfo - Viotá - El Portillo; 5) La Shell - Arbeláez - San Bernardo; 6) Alto de Minas - San Francisco - Supatá - Pacho; 7) Guaduas - Guaduro; 8) Boquerón - Pandi - Venecia - Cabrera; 9) Capellanía - Guachetá; 10) La Vega - Sasaima; 11) Choachí - Fómeque - Ubaque - Cáqueza - Fosca; 12) Puentes; y 13) Conservación, rehabilitación, pavimentación de vías y puentes de Cundinamarca y emergencias⁵.

El Secretario de Vías de la Gobernación, ingeniero Héctor José Paredes Trujillo, así como quien posteriormente lo reemplazó, ingeniero Oscar Giraldo Otálora, encomendaron a los ingenieros Ricardo Velandia García, Mauricio Delgadillo Díaz, Oscar Riveros Riveros, Harold Alexis Urrea Urrea, Hernando Sánchez Aroca, Milton Hugo Garzón, y Hector Mario Salazar Peñalosa, quienes fungían como Supervisores, la elaboración del presupuesto de cada obra de conformidad con la cartilla de precios de la entidad, con el propósito de establecer los términos de referencia que integrarían los pliegos de condiciones requeridos para llevar a cabo el respectivo proceso de licitación y de tal forma asignar a los contratistas la elaboración de las obras⁶.

No obstante, una vez elaborados tales presupuestos, e inclusive, confeccionados algunos pliegos de condiciones, la administración departamental decidió realizar contratos interadministrativos con las Cooperativas COINCO, CODETER y ADCOOPGUALIVÁ.

Entonces, Oscar Giraldo Otálora, Subsecretario de Conservación Vial y luego Director de Vías, y Luis Germán Castro Martínez, Gerente de Proyectos y Asesor del Gobernador, impartieron a los Ingenieros Supervisores la orden verbal de ajustar los ítems de los presupuestos en un dos por ciento (2%), aduciendo que se trataba de la suma que cobraban las Cooperativas por concepto de administración, circunstancia que es relatada por los declarantes citados en precedencia.

Con base en los referidos ajustes la administración departamental contrató con las Cooperativas COINCO y CODETER la realización de once (11) obras por \$49.311.175.509.oo, discriminadas así:

#

D

M

A

No.

Clase

Contratista

Contrato

Valor

1

02

10

97

SV-277

Obra

COINCO

Girardot - Cambao

10.941.709.600.00

2

31

10

97

OJ-047

Obra

COINCO

La Palma – Los Totumos

8.411.484.925.60

3

16

10

97

SV-278

Obra

COINCO

Chusacá – El Triunfo

932.546.047.00

4

16

10

97

SV-274

Obra

COINCO

Guaduas – Guaduro

3.364.510.503.oo

5

16

10

97

SV-288

Obra

COINCO

Siberia – Tenjo – Tabio – Facatativá – Rosal – Subachoque

3.176.143.220.oo

6

16

10

97

SV-280

Obra

COINCO

Capellanía - Guachetá

2.242.500.000.oo

7

30

09

97

SV-273

Obra

CODETER

Alto de Minas - San Francisco - Supatá

3.532.741.764.oo

8

30

09

97

SV-275

Obra

CODETER

La Vega – Sasaima

2.414.493.409.91

9

14

10

97

SV-287

Obra

CODETER

La Shell – Arbeláez – San Bernardo

3.975.700.172.00

10

14

10

97

SV-284

Obra

CODETER

Choachí – Fómeque – Ubaque – Cáqueza

5.738.266.435.00

11

14

10

97

SV-285

Obra

CODETER

Boquerón – Cabrera

4.579.439.253.00

T O T A L

49.309.535.329.51

Además, la Gobernación suscribió con la Cooperativa ADCOOPGUALIVÁ doce (12) contratos de interventoría para las obras mencionadas en precedencia, así:

#

D

M

A

No.

Contrato

Valor

1

14

10

97

SV-291

Girardot - Nariño - Guataquí

357.168.332.00

2

14

10

97

SV-292

Guataquí – Cambao

400.979.968.00

3

14

10

97

La Palma – Los Totumos

588.696.568.00

4

14

10

97

SV-293

Chusacá - El Triunfo

62.078.861.00

5

14

10

97

SV-281

Guaduas - Guaduro

235.512.243.00

6

14

10

97

SV-295

Capellanía - Gachetá

157.500.000.00

7

14

10

97

SV-297

Siberia - Tenjo - Tabio - Facatativá - Rosal - Subachoque

223.861.780.00

8

14

10

97

SV-282

Alto de Minas - San Francisco - Supatá

227.258.236.00

9

14

10

97

SV-294

La Vega – Sasaima

185.506.598.00

10

14

10

97

SV-296

La Shell – Arbeláez – San Bernardo

278.299.070.00

11

14

10

97

SV-298

Choachí – Fómeque – Ubaté – Cáqueza

430.000.000.00

12

14

10

97

SV-299

Boquerón - Cabrera

320.560.747.00

T O T A L

3.467.421.503

En el proceso se estableció que dentro de los valores señalados en la Cartilla de Precios de la Gobernación, que fue tomada en cuenta para realizar los presupuestos iniciales, ya se encontraba incluido el factor AIU (administración, imprevistos y utilidades), motivo por el cual, al reconocer en favor de las Cooperativas COINCO y CODETER un incremento adicional del dos por ciento (2%) en los precios unitarios de cada uno de los ítems de los presupuestos con base en los cuales se elaboraron los contratos interadministrativos, se pagó dos veces el rubro correspondiente a la administración de la obra, lo que determinó que aquellas se vieran favorecidas con dinero de la Gobernación de Cundinamarca.

En efecto, en el dictamen de las funcionarias de INVIAS se efectúan las

siguientes precisiones técnicas que es oportuno resaltar:

“Los costos totales de una obra están constituidos por los costos directos y los costos indirectos. Los costos directos son aquellos claramente identificables en el frente de obra, para los ítem de obra. En general se componen de maquinaria y equipo, materiales, transporte y mano de obra”.

“Los costos indirectos constituyen el AIU de un contrato de obra y están compuestos por los costos de Administración (A), Imprevistos (I) y Utilidades (U). El AIU de una obra es único, es decir, no hay lugar a más de un costo de AIU dentro de un mismo contrato. El AIU depende del tipo y tamaño de la obra, de su localización, del plazo de ejecución y de las condiciones generales y particulares de la misma, así como del Contratista, por lo que su valor es exclusivo para cada obra” (subrayas fuera de texto).

“Los costos de Administración son los gastos generales de la obra, necesarios para su realización. En general comprenden gastos de instalación, servicios durante la construcción, sueldos y prestaciones sociales del personal profesional, técnico y administrativo de la Empresa que interviene directamente en la obra, seguridad, servicios médicos, alojamiento, alimentación, gastos legales y seguros, transportes internos de materiales, transportes internos y externos de personal, documentos y valores, equipos y herramientas en general, avisos y costos financieros. Se expresa como un porcentaje del costo directo”⁸.

Finalmente concluyen que “en los once (11) Contratos Interadministrativos celebrados entre el departamento de Cundinamarca y las Cooperativas denominadas: Cooperativa Interegional de Colombia Limitada - Coinco - y Cooperativa Macional de Desarrollo Territorial Limitada - Codeter -, se contrataron las obras a Precio Unitario Fijo, de conformidad con la lista de Cantidades de Obra y Precios Unitarios estipulados en la Cláusula Cuarta de los mismos, no pactándose reconocimiento por

Costos de Administración de las Cooperativas”, y puntualizan que “con respecto a que si dicha Administración corresponde o no a la que hace relación al AIU, la respuesta pertinente es que la Administración forma parte del rubro AIU (Administración, Imprevistos y Utilidades)”⁹ (subrayas fuera de texto).

Adicional al incremento por concepto de administración de las Cooperativas, también se ha demostrado que se ordenó aumentar el valor de los ítems de los presupuestos por el cambio de año, esto es, atendiendo que parte de los trabajos deberían realizarse en 1998; no obstante, este incremento no correspondió a una cifra y a una metodología igual para todos los contratos, sino que fue determinado de manera caprichosa, al punto que los peritos de INVIAS señalaron que “del análisis de precios unitarios realizado, se deduce que el Departamento de Cundinamarca incrementó la mayoría de precios unitarios de los contratos, sin una metodología definida, ya que no se observó en general ninguna relación directa con los ajustes deducidos con base en el incremento de precios de las cartillas del Departamento”¹⁰.

En relación con los referidos incrementos, obran en autos las expresas manifestaciones que bajo la gravedad del juramento rindieron de los Supervisores Ricardo Velandia García, Mauricio Delgadillo Díaz, Harold Alexis Urrea Urrea, Milton Hugo Garzón, y Héctor Mario Salazar Peñalosa¹¹.

Es así como Ricardo Velandia señala: “Se me encomendó, verbalmente, la evaluación de la vía Facatativá – El Rosal – Subachoque, Siberia – Tenjo Tabio, que fue el contrato SV 288 suscrito con Coinco. En esto se me ordenó elaborar un presupuesto tomando, inicialmente, los precios de la cartilla (...) la cartilla fue la base inicial de los precios unitarios (..). A este precio unitario, por instrucciones verbales del doctor GIRALDO, al ser un convenio con la Cooperativa, quien cobraba la administración

en un porcentaje. Es decir, la administración tocó incluirla al precio unitario y pues entonces ya no era el precio básico de la cartilla, sino el precio de la cartilla más un porcentaje. Este porcentaje era del dos por ciento, es decir, se le metía el dos por ciento al valor unitario de cada ítem del presupuesto, de manera que al obtener el valor total ya estaba incluido el dos por ciento de la administración”.

Y más adelante precisó el mismo declarante: “Cuando determinó la administración contratar a través de Convenio Interadministrativo con la Cooperativa, se me ordena incluir ese dos por ciento. Es decir, cuando se determina que no va a hacer concurso de méritos, que no va a hacer licitación, se me ordena incluir ese dos por ciento (...). Además de esta variación, se ordenó tener en cuenta el incremento de los precios que iban a suceder por cambio de año...”¹².

Por su parte, el Ingeniero Supervisor Mauricio Delgadillo Díaz declaró que Héctor José Paredes le ordenó realizar la evaluación técnica de la vía Guaduas - Guaduario, cuyo “presupuesto se realizó con base en la cartilla de precios unitarios vigente para ese año, el cual fue entregado a mi jefe inmediato (...) a ese presupuesto se le agregó o se le incrementó un porcentaje equivalente al dos por ciento que el porcentaje de administración que cobraban las Cooperativas; este incremento se realizó por orden del Jefe que asumió la Dirección de Vías en esa época, que era el Ingeniero Oscar Giraldo (...) El incremento se realizó en cada ítem, de manera que en el valor total ya se reflejaba ese incremento”, proceder que no había realizado nunca antes. Además dijo que los precios unitarios de las Cartillas ya tenían incluido el factor AIU¹³.

El Ingeniero Supervisor Oscar Riveros Riveros destacó que “el porcentaje que se menciona y que cobrarían las Cooperativas no se tiene en cuenta cuando se elaboran los presupuestos, puesto que lo que se pretende siempre hacer es elaborar unos

presupuestos acordes al mercado y basados en la cartilla que para su elaboración tuvieron que tener en cuenta dichos factores. No tiene sentido (...) agregarle un porcentaje porque se va a contratar con una Cooperativa, puesto que le saldría al Departamento más onerosa la contratación (...). De todas formas aplicar un porcentaje, cualquier porcentaje, a lo arrojado en los precios de la cartilla no es un procedimiento normal en el Departamento para presupuestar”¹⁴.

A su vez, el Ingeniero Supervisor Harold Alexis Urrea Urrea expuso que “se empezó un proceso de estudio de pliego de condiciones con asesores contratados por las directivas para la estructuración de licitaciones públicas. Luego de avanzado este proceso se nos solicitó ajustar los presupuestos, incluyendo un porcentaje por administración y otro por cambio de año, órdenes estas dadas verbalmente”, más adelante puntualizó que “se ordenó aplicar el dos por ciento por una administración que iba a ver y un incremento aproximado del doce por ciento porque la obra supuestamente se iba ejecutar en el año siguiente”.

El referido testigo, luego de señalar que no aplicó el incremento por AIU (administración, imprevistos y utilidades), dado que ya estaba incluido en los valores señalados en la cartilla de precios, destaca que “en los momentos en que se ordenó este incremento (del dos por ciento [2%] por concepto de administración de las Cooperativas, se aclara), se expuso que la administración estaba incluida en el precio unitario de la cartilla, pero la orden se mantuvo”¹⁵.

Sobre el mismo tema declaró el Ingeniero Supervisor Hernando Sánchez Aroca, quien acerca del incremento de los presupuestos relata que fueron “citados a varias reuniones para definir el alcance de la obra y ajustar los presupuestos ya que por instrucciones de nuestro jefe inmediato se ordenaba elevar los costos para darle un dos por ciento a las Cooperativas y entre el ocho y el dieciocho por ciento, aproximadamente, por reajuste de cambio de año” situación que no se había presentado anteriormente en su trabajo;

luego, en punto del incremento por cambio de año señaló que la cartilla era “la guía de precios y nosotros hacíamos los reajustes y se los entregábamos al Director de Vías para su aprobación o negación, de acuerdo al caso. En lo que a mi labor concierne, ellos definían si estaba muy alto o muy bajo y nos decían súbanle o bájenle (...) eso ocurría en las reuniones, que eran semanales, unas veces se hacían en la sala de juntas del despacho del Gobernador, otras en la sala de juntas de la Dirección de Vías (...) en varias reuniones él asistió (el Gobernador ALJURE, se aclara)”¹⁶.

También acerca de los incrementos ordenados, el Ingeniero Supervisor Milton Hugo Garzón Hernández expuso: “El presupuesto se elaboró con base en dos aspectos: en cuanto a cantidades de obra, se tuvo como base el estudio y diseño que realizó el ingeniero JORGE GARZON NAVARRETE, en el año de 1996 y también teniendo en cuenta las necesidades que presentaba la vía en ese momento, y en cuanto a los precios, se tomó como base los precios de cartilla para agosto de 1997, atendiendo también instrucciones de los jefes, del Secretario y Subsecretario, se destinó un dos por ciento para la administración que cobraría la Cooperativa con la cual se iba a realizar el contrato y un siete por ciento se destinó para contratar la interventoría externa; en cuanto a los precios de las obras, por instrucciones verbales del Secretario y Subsecretario, se incrementaron teniendo en cuenta el IPC proyectado para 1998, ya que la mayoría de las obras se ejecutaron en 1998”, y más adelante indicó: “Cuando elaboré el presupuesto, el mencionado dos por ciento se dejó independiente a los precios unitarios de cartilla, sin embargo al momento de elaborar la minuta del convenio, tengo entendido que por instrucciones de GERMAN CASTRO, dicho dos por ciento se incrementó a los precios unitarios, por tal razón en el presupuesto del contrato no aparece el dos por ciento como pago de administración de la Cooperativa”.

Finalmente el mismo testigo señala que “los precios que se manejan en la Secretaría de Obras Públicas por medio de la cartilla, ya tienen incluido el AIU”¹⁷.

También rindió testimonio el Ingeniero Supervisor Héctor Mario Salazar Peñalosa, quien dijo que para establecer los presupuestos “en un principio se sacaron cantidades y se usaron los precios de la cartilla y a medida que iba avanzando el proceso nos iban dando instrucciones ya más actualizadas hasta llegar a conocer qué se iba a contratar a través de las Cooperativas(...) En cuanto a la cantidad de porcentaje se me dijo que era lo que valía la administración, que era lo que cobraba la Cooperativa por la administración de la obra”, que el incremento por cambio de año “dependía de la dificultad de acceso de materiales, de consecución de los mismos y también de la mano de obra. Inicialmente daban una instrucción: colóquele tanto, y uno lo colocaba y se presentaba así. Si después de analizado por los superiores había que hacerle otro ajuste, pues lo ordenaban verbalmente, todo era en reuniones. Al respecto no se daba ninguna explicación, sólo era la orden (...) el dos por ciento lo apliqué a todos los ítems igual, o sea a cada ítem su dos por ciento, y el otro porcentaje de acuerdo con los ítems más difíciles del proyecto”, y finalizó destacando que “el AIU ya estaba contemplado o incluido en el precio de la cartilla”¹⁸.

En suma, advierte la Sala que con los ilegales incrementos en siete (7) de los once (11) contratos de obra, la administración departamental asumió indebidamente unos sobre costos que con base en el dictamen de los peritos de INVÍAS ascendió a la suma de \$1.148.849.829.00.

Importante resulta destacar que para rendir el referido dictamen, los peritos consideraron que “los precios base que se debieron tomar para la elaboración del presupuesto de las obras a contratar, eran los de la cartilla titulada ‘Cartilla de Precios Unitarios para Obra Pública, Vigencia 1997, presentada el 25 de agosto de 1997’; además, tales valores fueron ajustados de acuerdo con el plazo de ejecución de la obra a fin de deducir los incrementos por cambio de año, en la medida que parte de la obra se adelantaría en 1998, y por ello precisaron que “como en la fecha de elaboración de los presupuestos de obra aún no se conoce el comportamiento de los precios en el año

siguiente, se efectuó una estimación de ajustes con base en la variación de los precios, entre la fecha de elaboración del presupuesto y los precios del año anterior, lo que involucra un cambio de año"19.

Al analizar en conjunto el valor de los contratos de obra y procediendo a cotejarlo con el valor establecido en el dictamen pericial rendido por las funcionarias de INVIAS, puede establecerse que los sobrecostos por razón de las circunstancias antes referidas (administración y cambio de año), se discriminan así:

#

No.

Contratista

Valor contrato (vc)

V. dictamen (vd)

Sobrecosto (vc-vd)

1

OJ-047

COINCO

8.411.484.925.60

7.836.537.418.31

574.947.507.29

2

SV-288

COINCO

3.176.143.220.00

3.160.807.805.77

15.335.414.23

3

SV-280

COINCO

2.242.500.000.00

2.136.346.955.64

106.153.044.36

4

SV-273

CODETER

3.532.741.764.00

3.447.334.752.28

85.407.011.72

5

SV-275

CODETER

2.414.493.409.91

2.355.005.102.86

59.488.307.05

6

SV-284

CODETER

5.738.266.435.00

5.611.765.470.42

126.500.964.58

7

SV-285

CODETER

4.579.439.253.00

4.398.421.673.23

181.017.579.77

T O T A L

30.095.069.007.51

28.946.219.178.51

1.148.849.829

Así, pues, no hay duda alguna acerca de la materialidad del delito de peculado por apropiación, pues un servidor público (Gobernador de Cundinamarca) se apropió en favor de terceros de bienes del Departamento cuya administración le competía de conformidad con sus funciones, habida cuenta que sin sustento jurídico para ello, dispuso de los incrementos injustificados que a la postre tornaron más onerosa la realización de las obras dirigidas a mejorar algunas vías departamentales.

De otra parte se tiene que con independencia de si el dolo es asumido como una forma de culpabilidad, según lo postulaba el artículo 35 del Decreto 100 de 1980, o como una modalidad de la conducta punible, conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 599 de 2000, lo cierto es que el tipo subjetivo en punto de la demostración de todos los elementos de la disposición legal para dar plena vigencia al principio de legalidad que se concreta con la tipicidad, hacía imperioso ayer como ahora, identificar con nitidez si los medios de prueba recaudados señalan un comportamiento atribuible a título de dolo, culpa o preterintención.

En efecto, el artículo 39 del derogado estatuto penal disponía, al igual que lo hace el artículo 21 del nuevo Código Penal, la punibilidad de la culpa y la preterintención sólo en

los casos expresamente señalados por la ley, de donde fácil resulta concluir, que todos los tipos penales de la parte especial del estatuto penal son dolosos, salvo que el legislador expresamente los haya previsto como culposos o preterintencionales.

La acreditación del tipo subjetivo no sólo va a servir para garantizar la legalidad, sino que a su vez va a determinar los límites punitivos dentro de los cuales se habrá de mover el juez al dosificar la pena, como que la punibilidad del comportamiento doloso es superior a la del preterintencional, y esta a su vez, mayor que la de la conducta culposa.

En cuanto se refiere a la orden impartida por el ex gobernador DAVID ALJURE RAMIREZ de incrementar los ítems de los presupuestos en un dos por ciento (2%) de administración que estaba incluida en el factor AIU dentro de los precios de las Cartillas de la Gobernación, así como aumentar los precios por el cambio de año sin un criterio atendible y definido, estima la Sala que se advierte el hecho humano voluntario (aceptado tardíamente por el procesado en la segunda ampliación de su indagatoria efectuada el 8 de febrero de 2000) de disponer en favor de terceros de dinero del Departamento, con pleno conocimiento de la contrariedad de la ley, como que los incrementos dispuestos carecían de soporte legal y de causa, en cuanto ajenos a la contraprestación que en este asunto correspondía a los contratistas, esto es, realizar las obras contratadas.

Por tanto, impera destacar que el resultado finalmente producido no es consecuencia de un actuar negligente del acusado, como lo planteó el Ministerio Público en los alegatos precalificatorios, sino doloso, en cuanto voluntariamente dispuso el incremento de unos precios para adelantar la contratación sin razón lógica ni jurídicamente atendible; es decir, no se trató de falta de control por parte del doctor ALJURE sobre los contraos celebrados con las Cooperativas, sino de las órdenes que él directamente impartió en el referido sentido.

Antijuridicidad de la conducta:

Igualmente existe certeza en este asunto, que con el señalado comportamiento irregular en punto de la inclusión de sobrecostos no consentidos por la Constitución ni la ley en algunos de los contratos interadministrativos celebrados por el Gobernador ALJURE RAMIREZ con las Cooperativas COINCO y CODETER, se vulneró de manera cierta y efectiva, sin razón jurídicamente atendible, la administración pública como bien jurídico cuya protección pretende el legislador al sancionar el delito de peculado por apropiación.

En efecto, como ya se advirtió, el patrimonio departamental sufrió mengua al ser inflados los precios unitarios de obra en los presupuestos con base en los cuales se adelantó la contratación con las Cooperativas, a la vez que se efectuaron los pagos respectivos hasta que fueron detectadas las irregularidades, y entonces la administración adoptó las medidas que consideró pertinentes.

Así las cosas, según puede concluirse del dictamen rendido por las funcionarias de INVIAS, se tiene que del patrimonio del Departamento de Cundinamarca fue cancelado un sobrecosto injustificado de \$1.148.849.829.00, que corresponde a la diferencia entre el valor de las obras señaladas anteriormente, calculado con base en la Cartilla de Precios de la Gobernación presentado en agosto de 1997, ajustado por el cambio de año, esto es, por la necesidad de adelantar parte de las obras en 1998, y cotejando dicho resultado con la suma por la cual se contrató con las Cooperativas.

Impera destacar en punto del monto de los sobrecostos, que a la postre determina la cuantía del delito de peculado por apropiación, así como la cuantificación del quebranto del objeto material sobre el cual recayó el comportamiento (patrimonio público del departamento de Cundinamarca), que si bien en la actuación obra la evaluación realizada a solicitud del Gobernador de Cundinamarca, Andrés González Díaz, por la Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores (ACIC), en la cual se establece una suma de

\$868.281.779.00, y que además también figura en las diligencias el dictamen rendido sobre el mismo tópico por un perito del Cuerpo Técnico de Investigación, que estimó el valor de los sobrecostos en \$3.074.601.025.00, para la Sala, al igual que lo consideró la Fiscalía, el estudio que merece su atención y con base en el cual se decidirá, es el realizado por funcionarias del Instituto Nacional de Vías (INVIAS), dado que denota mayor propiedad en el abordaje del asunto investigado, brinda claridad conceptual, se ocupa en detalle de las vicisitudes propias de esta clase de comportamientos delictivos, y en especial, demuestra los soportes de sus conclusiones; en dicho dictamen se cuantificó el monto de los sobrecostos en siete (7) de los once (11) contratos de obra celebrado con COINCO y CODETER en la suma de \$1.148.849.829.00.

Este último valor, como ya se dijo, partió de los precios señalados en la Cartilla de la Gobernación, fue incrementado en un dos por ciento (2%) por concepto de administración de las Cooperativas que ya estaba incluido en los ítems de los precios unitarios de la cartilla como parte del factor AIU (administración, imprevistos y utilidades) y se le adicionó un segundo aumento por concepto de cambio de año, que se efectuó de manera discrecional sin responder a una metodología definida por los Ingenieros Supervisores, acatando órdenes de Oscar Giraldo Otálora, Subsecretario de Conservación Vial y luego Director de Vías, y Luis Germán Castro Martínez, Gerente de Proyectos y Asesor del Gobernador.

En consecuencia de lo expuesto, advierte la Sala que el comportamiento por el cual se acusó al doctor DAVID ALJURE tiene la condición de antijurídico por vulnerar sin justificación alguna el bien jurídico de la administración pública.

Culpabilidad de la conducta:

Según lo señalado, el doctor DAVID ALJURE RAMIREZ es culpable puesto que estando en posibilidad jurídica y material de actuar conforme a derecho y a las normas

que regían su actividad pública, ya fuera adelantando la contratación de las obras por el sistema de licitación de acuerdo con los presupuestos inicialmente elaborados por los Ingenieros Supervisores, o bien, acudiendo a la contratación directa, pero sin aumentar los ítems de los presupuestos en un dos por ciento (2%) por concepto de administración de las Cooperativas que ya estaba incluido en los precios unitarios señalados en la Cartilla de la Gobernación (factor AIU), y sin incluir tampoco, con ausencia de criterio definido, el ajuste correspondiente a los costos de las obras en el año siguiente, esto es, en 1998, decidió todo lo contrario.

Es decir, el acusado pactó con las Cooperativas el pago del dos por ciento (2%) por concepto de administración, así como un incremento correspondiente al aumento de precios en el año siguiente, pese a que ya se encontraban elaborados los presupuestos de conformidad con los precios unitarios de las Cartillas de la Gobernación, en los cuales aparecía incluido el factor AIU (administración, imprevistos y utilidades), razón por la cual se canceló en dos ocasiones y con porcentajes diversos el referido concepto de administración a las Cooperativas.

Imperioso se ofrece destacar que resulta curioso, por decir lo menos, que en la primera sesión de indagatoria realizada el 5 de octubre de 1998, el procesado no refirió de manera alguna los incrementos acordados con las Cooperativas, pues se limitó a señalar que los valores de los contratos interadministrativos se establecieron con base en los precios de las Cartillas de la Gobernación, y que a estos se sometieron los contratistas.

Tampoco en la ampliación de indagatoria del 16 de marzo de 1999, el doctor ALJURE mencionó el citado acuerdo, y reiteró que los precios de los presupuestos se establecieron con fundamento en las cartillas; además, señaló que si en efecto existía desfase entre los precios de las cartillas y aquellos por los que finalmente se contrató, ello era responsabilidad de sus subalternos, dado que el había permanecido ajeno a tales labores precontractuales.

Es solo hasta en la segunda ampliación de indagatoria realizada el 8 de febrero de 2000 cuando el acusado se refiere al incremento, manifestando que “cuando se inició la discusión de las minutas de contrato, se acordó el dos por ciento como costo de administración. El dos por ciento fue genérico para todos los contratos de todas las Cooperativas y se acordó después de que se habían adjudicado los contratos”²⁰.

A su vez, en la misma oportunidad el procesado mencionó el aumento por cambio de año diciendo que se presentaban dos alternativas, “una era contratar sin reajustes por cambio de año y la otra dejar abierta la posibilidad de reajustar para el año 98, de acuerdo con posibles incrementos en los precios. Se optó por la primera: contratar a precios fijos con un pequeño incremento cuyo cálculo lo trabajaron en la Secretaría de Obras Públicas”.

Más adelante señaló en punto del cobro del porcentaje de administración que ya aparecía en el factor AIU de los precios de las Cartillas de la Gobernación: “podría presentarse una duplicación, que yo no le sabría explicar (...) A mí se me planteó la tarifa de administración solicitada por las Cooperativas y al respecto di una instrucción clara, y creo que todos los contratos no pudieron superar el dos por ciento en ese aspecto”²¹ (subrayas fuera de texto).

La anterior precisión por parte del acusado deja en claro que sí estuvo pendiente de la etapa precontractual de los contratos y que sí acordó el incremento de los valores por concepto de administración, todo lo cual deja sin piso lo afirmado por José Alfonso Quintero Pinilla, asesor del ex gobernador, en el sentido de que los precios de los contratos de obra no fueron negociados “sino que el departamento los determinó a través de sus ingenieros”²².

Como puede establecerse de lo anterior, resulta demostrado que los incrementos por administración y por cambio de año que constituyen el fundamento fáctico a partir

del cual se edificó la acusación contra el doctor ALJURE RAMIREZ, no solo eran conocidos por este, sino que él los pactó con las Cooperativas con posterioridad a la adjudicación de los contratos como lo señaló, circunstancia que desvirtúa el argumento de la defensa orientado a señalar que el acusado no estaba enterado de que los precios de los contratos con CODETER y COINCO se hubieran incrementado en el dos por ciento (2%) que dice la resolución de acusación, y que por tanto, esa ausencia de conocimiento lo exime de culpabilidad de conformidad con lo establecido en el numeral 10 del artículo 32 del mismo ordenamiento.

Sobre el tema abordado expuso Héctor José Paredes Trujillo, quien se desempeñó como Secretario de Vías de la Gobernación de Cundinamarca, que “el señor gobernador DAVID ALJURE manejó directamente los convenios interadministrativos para construcción de obras y para interventorías a través de las Cooperativas. Nosotros los funcionarios y yo como secretario de vías no tuve ninguna intervención para la contratación con las Cooperativas”²³.

Lo anterior fue corroborado por Jairo Enrique Jaimes Ordoñez, subgerente de la Cooperativa COINCO, el cual declaró que previamente a la firma de los contratos de obra participó en varias reuniones, en las cuales se entrevistó directamente con el doctor ALJURE²⁴.

Y aún más, advierte la Sala que si en verdad asistía al procesado interés por asegurar la transparencia en la contratación, ninguna explicación se ofrece respecto de que los incrementos por administración y cambio de año no aparecieran discriminados en un rubro, sino que simplemente se gravaron los ítems de precios unitarios del presupuesto, para que el resultado final apareciera inflado, sin que se pudiera establecer que se había aplicado un incremento por los factores mencionados.

Aunque la orden de incrementar por concepto de administración de las Cooperativas

los valores unitarios de los presupuestos que sirvieron para realizar contratos, pese a que el factor AIU (administración, imprevistos y utilidades) ya se encontraba en los precios de la cartilla, no fue dada directamente a los Ingenieros Supervisores por el doctor ALJURE RAMIREZ, sí la impartieron Oscar Giraldo Otálora, Subsecretario de Conservación Vial y luego Director de Vías, y Luis Germán Castro Martínez, Gerente de Proyectos y Asesor del Despacho, quienes por su nivel directivo tenían acceso directo al Gobernador y dieron cumplimiento a sus instrucciones, en tanto que, como lo destacan los Ingenieros Supervisores, ellos se dedicaban a cumplir ordenes por estar jerárquicamente lejos de aquel.

Se impone resaltar que si bien Luis Germán Castro Martínez refirió en su declaración que no tenía conocimiento sobre la forma en que fueron establecidos los precios unitarios de las obras, y que tampoco de ello conocía el ex gobernador ALJURE, lo cierto es que los Ingenieros Supervisores son coincidentes en señalarlo como una de las personas que les dio la orden de incrementar los precios unitarios de las obras en los presupuestos iniciales, así como incrementar los ítems por el cambio de año, circunstancia que desvirtúa la ajenidad del acusado respecto del asunto investigado, pues era una de las formas expeditas para hacer cumplir la “instrucción clara” a la que se refirió en la segunda ampliación de su indagatoria.

Cabe destacar igualmente, que el ex gobernador ALJURE RAMIREZ, al suscribir los contratos OJ-047, SV-288 y SV-280 con COINCO, y SV-273, SV-275, SV- 284 y SV-285 con CODETER, tenía pleno conocimiento de los sobrecostos con los que se habían gravado los presupuestos iniciales, dado que él directamente los había convenido con las Cooperativas, y en tal medida, las órdenes impartidas por Oscar Giraldo Otálora y Luis Germán Castro Martínez a los Ingenieros Supervisores, no eran más que la concreción de lo pactado, circunstancia que pone de manifiesto que el doctor DAVID ALJURE estaba en capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de determinarse de acuerdo con dicha comprensión, vale decir, era imputable.

Ahora bien, la conciencia y la voluntad de atentar contra el patrimonio público departamental se encuentran acreditadas con las siguientes pruebas:

Los contratos interadministrativos celebrados con COINCO y CODETER se encuentran suscritos por el doctor ALJURE en su calidad de Gobernador de Cundinamarca, circunstancia que no ofrece reparo alguno, y por tanto, permite concluir que no hubo delegación en personal de la gobernación para celebrarlos, pues de lo contrario, huelga señalarlo, estarían firmados por el servidor público en quien hubiera recaído la delegación²⁵.

Por tanto, si no hubo delegación, que además requeriría del correspondiente acto administrativo particular que no se produjo, la responsabilidad por los referidos contratos sólo incumbe al ex gobernador DAVID ALJURE, de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 211 de la Constitución Política y en los artículos 12 y 25 numeral 10° de la Ley 80 de 1993

Asunto diverso es la desconcentración de los actos y trámites contractuales, sin atención a la naturaleza o cuantía del contrato, a la que insistentemente se refiere el defensor del procesado, que bien puede hacerse en los funcionarios de los niveles directivo, ejecutivo o sus equivalentes, de acuerdo con las reglas de distribución de sus funciones. Así lo prevé por vía general (en ello se diferencia de la delegación que exige un acto particular) el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, reglamentado por el artículo 7° del Decreto 679 de 1994.

En efecto, el inciso 2° de este último precepto señala que la desconcentración contempla la facultad de expedir actos de trámite o impulso de la licitación o concurso, pero “no incluye la adjudicación o la celebración del contrato”, circunstancia que descarta la alegada ajenidad del doctor ALJURE RAMIREZ respecto de la fase precontractual y de la celebración de los contratos interadministrativos entre la Gobernación de

Cundinamarca y las Cooperativas COINCO y CODETER.

Además, es evidente que en su calidad de servidor público le correspondía, conforme a las reglas del manejo de bienes ajenos y en atención a que no sólo comprometía el patrimonio público sino también su responsabilidad personal (numeral 4º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993), estar atento al devenir de la contratación, en especial, por tratarse de sumas bastante considerables cuyo manejo no podía quedar, sin más, al criterio personal de algunos de sus subalternos, sin conexión alguna con las pretensiones del mandatario en el corto periodo para el cual fue designado por el Presidente de la República, y que imponía, necesariamente la asunción personal del desarrollo de las fases precontractuales y contractuales, así como su verificación.

Adicional a lo expuesto se tiene que Martha Cediél Peñuela, funcionaria de la Cooperativa COINCO, expuso que el ex gobernador ALJURE “mostró más o menos qué porcentaje o que cuantía podían ellos contratar con la Cooperativa (...) él tenía un listado de proyectos con la Secretaría de Obras, para ver cuáles se podían desarrollar, o comenzar a ejecutar; él nos mostró la cuantía y la cantidad de convenios que se podrían celebrar y él lo define (...) la gobernación define los precios, y Coinco con los ingenieros revisan los precios pues de acuerdo al mercado”; precisa que en la reunión con el doctor ALJURE RAMIREZ “se habló de los valores globales de las obras en sí, de totales, y ya después se sentarían las partes técnicas a definir los precios”. (...) se habló de los valores”²⁶ (subrayas fuera de texto).

En los contratos de obra se estableció que “EL CONTRATISTA se obliga para con el DEPARTAMENTO a ejecutar las obras objeto del presente contrato a los PRECIOS UNITARIOS FIJOS y en las cantidades aproximadas que se establecen”; igualmente se expresó que “EL CONTRATISTA declara que los precios unitarios determinados” en el contrato “incluyen todos los costos directos e indirectos requeridos para la ejecución de la obra, por tanto EL DEPARTAMENTO no reconocerá sumas diferentes a las aquí

expresadas por la ejecución de las mismas, ni ajustes a estas por ningún concepto”, y más adelante se anotó que “EL CONTRATISTA es el único responsable por la vinculación del personal, lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que EL DEPARTAMENTO adquiera responsabilidad alguna por dichos actos. Por tanto, corresponde a EL CONTRATISTA el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a que haya lugar”.

No se reprocha al acusado haber suscrito los contratos interadministrativos con las Cooperativas COINCO y CODETER sin acudir al procedimiento licitatorio, pues la Ley 80 de 1993 permite obviar la licitación en tales circunstancias, dado que en su artículo 2º les otorga la calidad de entidades públicas para efectos de contratación interadministrativa por tratarse de asociaciones de entes territoriales, y así se establece en el artículo 7º del Decreto 855 de 1994 que reglamenta la contratación directa; se reitera, el objeto de reproche lo constituyen los incrementos que por concepto de administración (que ya estaba incluida en el factor AIU), y por cambio de año (caprichosamente y sin metodología definida alguna) se efectuó ordenó el ex gobernador ALJURE que se realizara sobre los presupuestos de los contratos de obra, con base en los cuales se adelantó la contratación interadministrativa con las Cooperativas COINCO y CODETER, que arrojó unos sobrecostos estimados en \$1.148.849.829.00, que beneficiaron a los contratistas, en desmedro del patrimonio del Departamento de Cundinamarca.

De conformidad con lo expuesto, estima la Sala que se ha acreditado suficientemente, en grado de certeza, tanto la materialidad del delito por el cual se acusó al doctor DAVID ALJURE RAMIREZ, como su responsabilidad en calidad de autor material del referido comportamiento, lo cual impone proferir en su contra sentencia condenatoria.

Respuesta a los alegatos de los sujetos procesales

Es necesario precisar que la Sala no comparte las observaciones de la Fiscal comisionada por el Fiscal General de la Nación, orientadas a demostrar la comisión del delito de peculado por apropiación aduciendo que el acusado no se sujetó a los fines de la contratación establecidos en la ley, ni tampoco cumplió el deber de selección objetiva dada la falta de capacidad de las Copoperativas para desarrollar el objeto de los contratos, la cual condujo a la ejecución parcial de las obras.

En efecto, no hay duda que el ámbito de protección de la norma, en este caso, del precepto que regula el delito de peculado por apropiación, se encuentra satisfecho a plenitud con la conducta de incrementar indebidamente los presupuestos con base en los cuales se realizaron los contratos; sobre el punto debe recordarse que si en la providencia que calificó el mérito del sumario se precluyó la investigación por el delito de celebración indebida de contratos, en esta fase del proceso no resulta procedente censurar aquello sobre lo cual ya existió pronunciamiento de fondo, pues allí se dijo que “con relación a la presunta trasgresión (sic) de las normas que regulan la contratación estatal, que en materia penal implicaría la celebración indebida de contratos, cabe observar que los convenios interadministrativos celebrados por el ex gobernador ALJURE RAMIREZ con las Cooperativas COINCO, CODETER, y ADCOOPGUALIVA, por el mecanismo de la contratación directa, se muestran acordes con las normas que regulan la contratación estatal, no solo por su aspecto formal, sino porque de la prueba acopiada no puede inferirse interés ilícito alguno que los afecte”.

Imprescindible resulta destacar que lo expuesto no obsta para evidenciar que al ser variada de manera intempestiva la decisión inicial de realizar los presupuestos de obra para definir los pliegos de condiciones que servirían en la contratación estatal a través de licitación pública, para entonces acudir a la contratación directa con la Cooperativas, en virtud de la cual se ordenó aumentar el valor de los ítems de los presupuestos ya elaborados, y con ello el valor de siete (7) de los once (11) contratos suscritos por la

Gobernación con COINCO y CODETER, circunstancia adicional para acreditar el propósito del inculpatado en orden a defraudar las arcas públicas.

Ahora bien, asunto diverso resultan ser las responsabilidades de diversa índole que puedan derivarse del incumplimiento de los contratos, lo cual, en estricto sentido, no constituye el objeto de este proceso, ni de esta decisión en particular, y por tanto, corresponderá a las autoridades competentes para ello.

En sentido similar debe indicarse que tampoco lo relacionado con la subcontratación de las obras por parte de las Cooperativas COINCO y CODETER que reprocha la Fiscalía constituye objeto de este pronunciamiento, de una parte, porque tal posibilidad no estaba expresamente excluida en los contratos, pues en ellos sólo se establece que la cesión – instituto diverso a la subcontratación – debía realizarse con previa autorización del Departamento y concepto del interventor, y de otra, porque el incremento injustificado en los precios unitarios de los valores de obra no guarda relación con el asunto mencionado.

Como acertadamente lo destaca la Procuradora Delegada, la Cartilla de Precios de la Gobernación no resultaba imperativa para establecer valores unitarios de las obras, pese a lo cual, era un marco de referencia que al ser tenido en cuenta por los Ingenieros Supervisores al realizar inicialmente los presupuestos de las obras que iban a ser objeto, en principio, de licitación pública, pero que posteriormente fueron incrementados por instrucciones del ex gobernador ALJURE, constituía un elemento de juicio correctamente aplicado en el dictamen pericial por parte de las funcionarias de INVIAS, pues a los precios establecidos en la cartilla vigente para la época de la contratación se aplicaron los incrementos correspondientes por cambio de año, todo lo cual arrojó los sobrecostos que fueron cuantificados en \$1.148.849.829.00.

Ahora bien, no es cierto lo expuesto por el acusado en la audiencia pública, al señalar

que los sobrecostos fueron establecidos pericialmente con base en las diferencias entre los valores unitarios indicados en las cartillas de la Gobernación que no eran obligatorias, y los que aparecen en los contratos.

Sobre ello considera la Sala que la autorización del incremento de los precios unitarios por concepto de administración de las Cooperativas que ya se encontraba incluido en el factor AIU, así como el aumento por cambio de año sin una metodología definida, es lo que determina la imputación fáctica y jurídica que se efectúa al procesado como autor del delito de peculado por apropiación.

Por tanto, lo establecido en el dictamen pericial de las funcionarias de INVIAS, únicamente viene a cuantificar el efecto de tales instrucciones sobre siete (7) de los once (11) contratos de obra que se celebraron con COINCO y CODETER, sin que para ello resulte trascendente si las Cartillas de Precios – que fueron valoradas adicionando de manera correcta el incremento por cambio de año de acuerdo al tiempo pactado de ejecución de cada una de las obras – eran obligatorias o no, pues lo cierto es que con base en ellas, como marco de referencia, se realizaron los presupuestos iniciales, y sobre los valores allí obtenidos se efectuaron los ilegales incrementos dispuestos por el doctor ALJURE RAMIREZ.

Evidencia la Sala que tampoco exonera de responsabilidad al procesado el argumento de que las Cartillas de Precios no son de fácil comprensión o que no estaba llamado a suponer que eran obligatorias, pues se reitera, lo que se encuentra demostrado es que a los presupuestos inicialmente elaborados por los Ingenieros Supervisores, y con posterioridad a la adjudicación de los contratos, el doctor ALJURE RAMIREZ ordenó aplicarles ciertos incrementos de manera contraria a derecho, sin que para ello tenga importancia alguna la complejidad de las mencionadas cartillas.

En cuanto se refiere a la queja del procesado, de que los resultados diversos de los dictámenes periciales resta veracidad a las conclusiones de la acusación, baste señalar que en derecho colombiano rigen los principios de libertad de prueba y de libre apreciación probatoria; en virtud del primero, la materialidad del delito o la responsabilidad pueden ser establecidas a través de cualquier medio demostrativo, siempre que no viole la dignidad y los derechos fundamentales de las personas. El segundo se refiere a que por no existir sistema de tarifa legal, el funcionario judicial se encuentra en libertad de apreciar las pruebas en conjunto, únicamente limitado por las reglas de la sana crítica, a partir de las cuales está facultado para otorgar mérito a aquellos elementos probatorios que le ofrecen valor demostrativo, y negárselo a los que no tiene la virtud de persuadirlo.

En consecuencia, como ya se advirtió, si bien existen en el proceso tres dictámenes acerca del monto de los sobrecostos, ha considerado la Sala, como también la Fiscalía, que de ellos, el que brinda mayor confiabilidad por su detalle, precisión y claridad conceptual, es el rendido por las funcionarias de INVIAS, y con base en él se estructuró la acusación, así como esta decisión.

Respecto del argumento del procesado, quien aduce que pese a que los presupuestos de las obras se elaboraron con base en la cartilla del primer semestre de 1997, el dictamen sólo tuvo en cuenta la cartilla del segundo semestre de 1997, que inexplicablemente establecía precios más bajos, es necesario puntualizar que si el proceso de contratación directa culminó con la firma de los contratos entre el 30 de septiembre y el 16 de octubre de 1997, resulta obvio que, como lo refieren las funcionarias de INVIAS, tuvieran en cuenta la Cartilla de Precios presentada el 25 de agosto del mismo año, como que era la vigente para cuando se suscribieron los contratos, además, reitérese que para efectos de establecer las diferencias constitutivas de sobrecostos, a los valores unitarios de la citada cartilla se les aplicó metodológicamente el incremento por cambio de año.

En punto de la afirmación del procesado, de que es impensable que hubiera tenido la capacidad de convencer o poner de acuerdo a los funcionarios que intervinieron en la contratación para quebrantar la ley, es necesario recalcar que las pruebas señalan sin duda alguna que él fue quien acordó los sobrecostos con las Cooperativas, él fue quien impartió la orden de incrementar irregularmente los presupuestos con base en los cuales se suscribieron los contratos interadministrativos, y los Ingenieros Supervisores se limitaron a cumplir las órdenes impartidas sin obtener explicaciones suficientes, pese a que pusieron de presente que no correspondía efectuar los aumentos ordenados.

Ahora bien, no hay duda que con los sobrecostos se beneficiaron en primer lugar las Cooperativas, pues pactaron y recibieron por sus trabajos una retribución económica superior a la que ordinaria y legalmente les correspondía, circunstancia que no impide que otros, en segundo lugar, también hayan percibido beneficios con ello, como sería la situación de los subcontratistas; no obstante, tal tema no constituye objeto de esta decisión.

En cuanto hace referencia a que el incremento del dos por ciento (2%) no aparece en parte alguna de la actuación, “convirtiéndose en el fantasma de este proceso”, ineludible resulta insistir en que precisamente, tal fue el procedimiento utilizado por el acusado para “mimetizar”, como lo señaló la Fiscalía, el delito de peculado por apropiación; no obstante, las declaraciones de los Ingenieros Supervisores que recibieron la orden de efectuar el incremento a cada uno de los ítems, así como lo establecido en el dictamen pericial, permiten dar entidad cierta y efectiva al porcentaje al que se refiere el procesado, esto es, aparece reflejado en los ítems de los presupuestos con base en los cuales se contrató, pues allí ya se habían aumentado los precios señalados por las cartillas de la Gobernación.

Si bien es cierto que en las Cartillas de Precios no aparece discriminado el factor AIU (administración, imprevistos y utilidades), lo cierto es que tal rubro aparece incluido en el

valor unitario de cada uno de los precios establecidos en ellas, razón por la cual, al pactar el doctor ALJURE con las Cooperativas el dos por ciento (2%) de incremento de los presupuestos por concepto de administración, dispuso ilegalmente que se pagara dos veces el mencionado concepto, en desmedro de la administración departamental.

Ahora, con relación a lo expuesto por el acusado, en el sentido de que si se hubieran evaluado en conjunto todos los contratos la diferencia habría sido de apenas \$68.379.164.00, es oportuno recordar que en materia de contratación estatal rige el principio de unidad y autonomía de los contratos, en virtud del cual, cada uno de ellos debe celebrarse y desarrollarse de manera independiente como un todo, sin que puedan las ganancias o beneficios de unos enjugar las pérdidas de otros, en el entendido que la realización de las obras por parte de la administración responde a una planeación estratégica que de plano descarta, salvo circunstancias coyunturales especiales como los imprevistos, un daño para los bienes o patrimonio de las entidades públicas, y con ello para la comunidad.

Asiste razón al procesado, en el sentido de que el contrato SV-274 correspondiente a la obra Guaduas - Guaduro no presenta sobrecostos, y en esa medida, como se puede observar, no aparece en la lista de los siete (7) contratos donde sí se evidencian diferencias en contra de la administración departamental que integran el delito de peculado por apropiación.

Como el defensor del doctor ALJURE aduce que éste no estaba enterado del incremento del dos por ciento (2%) en los presupuestos de las obras, suficiente resulta destacar que el mismo acusado reconoció en la segunda ampliación de indagatoria que acordó dicho aumento con las Cooperativas, y que impartió las correspondientes instrucciones con tal fin.

Respecto de que el ex gobernador ordenó al Secretario de Vías que designara para cada proyecto un ingeniero de su equipo de trabajo, que además de ser el encargado de evaluar el estado de la vía, debía elaborar las memorias, el presupuesto y supervisar la obra, sin que fueran personas nombradas por el acusado o amigos suyos, impera puntualizar que no hay duda alguna en que el acusado impartió la orden para que los Ingenieros Supervisores procedieran a incrementar irregularmente los presupuestos, con base en los cuales se efectuaron los contratos interadministrativos, de donde las observaciones de la defensa devienen en intrascendentes, pues el delito investigado se cometió por la apropiación de dinero del Departamento, no por la falta de diligencia o incompetencia de quienes en su calidad de subalternos desarrollaron las fases precontractual y contractual de los convenios. Adicional a ello, la pretendida desconcentración administrativa como fundamento de la solicitud de absolución que formula el defensor, fue abordada en su momento al tratar el tema de la culpabilidad.

Como ya se anotó en su oportunidad, asiste razón al defensor al señalar que si la investigación por la celebración indebida de contratos se declaró precluída, con el argumento de que los convenios interadministrativos celebrados en forma directa con las Cooperativas están acordes con las normas que regulan la contratación estatal, no puede reprochársele que ésta haya sido irregular; no obstante, una vez más es necesario precisar que no es por tal comportamiento que se acusó al procesado, ni es por ello que hora se le condena, sino por ordenar el incremento irregular e ilegal de los presupuestos, y a la postre suscribir los contratos interadministrativos con las Cooperativas con base en tales valores que no se correspondían con la realidad, al estar inflados y afectar la administración departamental, sin que para ello interese la urgencia social de las obras que aduce la defensa.

Tampoco es viable invocar aquí el principio de confianza como excluyente de la responsabilidad del acusado, pues si bien es cierto que los presupuestos, así como los trámites propios de una contratación de la importancia que nos ocupa implica el

concurso de gran número de funcionarios tanto del nivel directivo como del operativo del Departamento, lo cierto es que con independencia de los especiales conocimientos que sobre ello tuvieran sus asesores y subalternos, los incrementos ilegales no dependieron de la voluntad o de la extralimitación en las funciones de estos, sino del acuerdo de voluntades entre el doctor ALJURE y las Cooperativas, con ocasión de lo cual impartió las correspondientes instrucciones que simplemente fueron acatadas por los funcionarios de la entidad en sus diversos niveles.

Determinación de las consecuencias jurídicas de la conducta punible:

Reunidos los presupuestos sustanciales que el artículo 232 del estatuto procesal exige para afectar al ex gobernador ALJURE RAMIREZ con fallo condenatorio por su responsabilidad penal en el delito objeto de acusación, esto es, peculado por apropiación a favor de terceros, procede la Sala a señalar las consecuencias jurídicas que a dicha conducta corresponden.

1. Determinación de la punibilidad

En atención a que el delito ocurrió en vigencia del anterior estatuto penal, pero esta decisión debe ser adoptada estando vigente la Ley 599 de 2000, es necesario verificar en el referido tránsito legislativo, el precepto o los criterios dosimétricos de la pena que resulten más favorables al procesado.

a. Norma sustancial

i. Pena de prisión

El artículo 133 del derogado Código Penal, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, establecía una pena principal de seis (6) a quince (15) años de prisión, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas por un término de seis (6) a quince (15) años, para el autor del delito de peculado por apropiación; a su vez, en el inciso 3º del referido precepto se indicaba que si el valor de lo apropiado era superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena se aumentaría hasta en la mitad.

El artículo 397 de la Ley 599 de 2000 establece para el autor del referido delito una pena principal entre seis (6) y quince (15) años de prisión, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que sea superior a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término; a su vez, el inciso 2º de la misma disposición incrementa la sanción hasta en la mitad, cuando el valor de lo apropiado es superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 2334 de 1996, el salario mínimo legal durante el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1997 fue de \$172.005.00, por tanto, doscientos (200) salarios mínimos equivalían a \$34.401.000.00; es decir, si el valor de lo apropiado en este asunto fue de \$1.148.849.829.00, no hay duda que sobrepasó el quantum señalado para aumentar la pena, tanto en el ordenamiento anterior como en el actual, circunstancia que descarta la posibilidad de dar aplicación al principio de favorabilidad, dado que en punto de la pena de prisión los preceptos en tránsito de legislación sancionan de igual manera el comportamiento.

i. Pena de multa

En cuanto comporta la pena principal de multa se advierte que si bien la Ley 599 de 2000 limita su monto a 50.000 salarios mínimos legales, que de conformidad con el Decreto 3232 de 2002 establece el salario mínimo legal mensual para el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2003 en \$332.000.00, el referido límite a la pena pecuniaria estaría determinado por \$166.000.000.000.00; entonces, sin esfuerzo se establece que por ser el monto de lo apropiado inferior a tal suma, en cuanto criterio para dosificar la sanción de multa, la referida limitación no resulta favorable para el procesado en este asunto, pues igual consecuencia punitiva deriva del derogado estatuto penal.

i. Pena de interdicción de derechos y funciones públicas

Respecto de la pena de interdicción de derechos y funciones públicas establecida en el anterior Código Penal, que por querer del legislador fue establecida como principal para el delito de peculado por apropiación, se tiene que su duración era establecida de conformidad con la pena de prisión, esto es, de seis (6) a quince (15) años, aumentada hasta en la mitad por la cuantía de lo apropiado, pero sin exceder de diez (10) años, por la aplicación favorable del artículo 44 del Código Penal anterior²⁷.

En la Ley 599 de 2000 se establece como pena principal la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión, que puede ser de seis (6) a quince (15) años, aumentada hasta en la mitad por la agravación por la cuantía, cuyo límite máximo de duración es de veinte (20) años, dispuesto en el artículo 51 del mismo ordenamiento.

Entonces, de conformidad con lo anotado se concluye que la pena principal de interdicción de derechos y funciones públicas oscilará entre seis (6) y diez (10) años.

b. Criterios dosimétricos de la pena

Ahora bien, en cuanto se refiere a los criterios para dosificar la pena, es pertinente señalar que como se trata de un delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía, tanto en el derogado Código Penal como en la Ley 599 de 2000 la pena principal imponible estaría comprendida por un mínimo de seis (6) años y un (1) día, y un máximo de veintidós (22) años seis (6) meses.

De conformidad con los criterios de individualización de la pena establecidos en el actual estatuto penal, la pena estaría compuesta por un primer cuarto de movilidad entre setenta y dos (72) meses y ciento veintiun (121) meses y cinco (5) días; el segundo cuarto entre ciento veintiun (121) meses y seis (6) días y ciento setenta y un (171) meses; el tercer cuarto entre ciento setenta y un (171) meses y un (1) día y doscientos veinte (220) meses y cinco (5) días, y el cuarto final entre doscientos veinte (220) meses y seis (6) días y doscientos setenta (270) meses.

Como en este asunto no se dedujo circunstancia alguna de agravación genérica en la resolución acusatoria, por ejemplo, la posición distinguida que el procesado ocupa en la sociedad por su cargo (numeral 11 artículo 66 del Decreto 100 de 1980, numeral 9º, artículo 58 de la Ley 599 de 2000), la cual, según lo ha expuesto recientemente la Sala, sólo debe ser tomada en cuenta en punto de la dosificación de la pena cuando haya sido incluida en la resolución de acusación²⁸, no hay lugar a su valoración en este momento en aras de garantizar el principio de consonancia entre acusación y fallo.

A su vez, se advierte que concurre la circunstancia de atenuación punitiva determinada por la buena conducta anterior o ausencia de antecedentes penales del inculcado (numeral 1º artículo 64 Decreto 100 de 1980, numeral 1º del artículo 55 de la Ley 599 de 2000); por tanto, de acuerdo a la normativa vigente el ámbito de movilidad estará determinado por el primer cuarto, esto es, entre setenta y dos (72) meses y

cientoventiun (121) meses y cinco (5) días.

Analizado el tópico de la dosificación punitiva de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 61 del derogado estatuto penal se tiene que el procedimiento es más simple, habida cuenta que el marco punitivo genérico (72 meses y 1 día a 270 meses de prisión) no está afectado por factores reales²⁹, de modo que si bien de acuerdo a lo que disponía el artículo 67, puede imponerse el mínimo de la pena (6 años y un día) porque no concurren circunstancias de agravación y resultaría también necesario ponderar cuantitativamente la referida circunstancia de menor punibilidad, ello evidencia un tratamiento similar al correspondiente para el primer cuarto de movilidad establecido en el Código Penal vigente.

Así las cosas, estima la Sala que para efectos de establecer la pena imponible y al evaluar el ámbito del principio de favorabilidad de la ley, por resultar imperioso partir en ambos ordenamientos del mínimo de sanción establecido para el delito (6 años), no se advierte que uno de los dos resulte más favorable; por tanto, partiendo de seis (6) años y un (1) día, la pena principal de prisión se aumentará en un (1) año por el incremento punitivo determinado por la cuantía de lo apropiado, es decir, por ser superior a doscientos (200) salarios mínimos legales de 1997, y teniendo en cuenta las circunstancias y repercusiones del comportamiento ilícito, para lo cual es oportuno destacar la gravedad de la conducta, dadas las peculiaridades en que fue ejecutada, no sólo porque se presentó en el más alto nivel de la administración departamental, sino porque fue cometida por una persona que por su larga experiencia tanto en la actividad pública como en las labores académicas y docentes, estaba en la obligación de asegurar el patrimonio público que le fue confiado con ocasión de sus funciones, y pese a ello decidió disponer de él, con lo cual produjo grave daño a los intereses de la sociedad cundinamarqueza, habida cuenta que los recursos desaparecidos estaban destinados a mejorar la malla vial del Departamento.

El tiempo que el procesado ha permanecido en detención domiciliaria será tenido como parte cumplida de la pena privativa de la libertad.

También se le condenará a la pena principal de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia, y teniendo en cuenta su finalidad, la gravedad del hecho y la relación del ejercicio funcional con la ofensa del bien jurídico amparado de la administración pública.

Además, se impondrá al procesado como pena principal, multa a favor del Tesoro Nacional, por \$1.148.849.829.00; la cual deberá pagar dentro de los dos meses siguientes a la notificación de este fallo.

Adicional a las sanciones establecidas, le será impuesta de manera intemporal la pena de interdicción para el desempeño de funciones públicas establecida en el artículo 122 de la Carta Política, cuyo preceptiva es del siguiente tenor:

“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del estado, queda inhabilitado para el desempeño de funciones públicas”.

Lo anterior es así, en atención a que a partir de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, los servidores públicos que fueron condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, como ocurre en este caso que se condena al doctor ALJURE RAMIREZ por el delito de peculado por apropiación, quedan inhabilitados para el desempeño de funciones públicas por disposición expresa del precepto constitucional, de manera adicional a otras sanciones dispuestas por el legislador.

2. Determinación de la responsabilidad civil:

Según el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes de la conducta investigada, el funcionario condenará al responsable de los daños en la sentencia. Además, dispone que el funcionario se abstendrá de imponer condena al pago de perjuicios, cuando establezca que el perjudicado ha promovido de manera independiente la acción civil. También se señala que el fallo debe contener el pronunciamiento sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho, si a ello hubiere lugar.

Como es palmario que con el comportamiento delictual se menoscabó el patrimonio económico del Departamento de Cundinamarca, se condenará al doctor DAVID ALJURE RAMIREZ al pago a favor de dicho ente territorial, de la suma de \$1.148.849.829.00, cuantía equivalente al valor de lo apropiado, que será actualizada al momento en que se haga el pago, con el fin de recuperar el valor adquisitivo de la moneda, para lo cual se obtendrá certificación del Banco de la República sobre la respectiva equivalencia, a partir del día de comisión del delito.

Dado que no existen elementos de juicio que suministren criterios seguros y equitativos, que permitan la cuantificación de la rentabilidad de dicha suma y atendiendo su natural productividad, se aplicará al aludido monto el interés legal del seis por ciento (6%) anual establecido en el artículo 1617 del Código Civil, al instante en que se haga el pago, en la forma atrás mencionada.

No se condenará al pago de perjuicios morales por cuando no aparece en el proceso que ellos hayan sido causados con el delito.

Es necesario aclarar que la Sala condena civilmente al inculcado sin perjuicio de los procesos que por responsabilidad fiscal adelante la Contraloría General de la República u otro órgano de control, dado que los actos administrativos que en tales trámites se produzcan no tienen el carácter de cosa juzgada como si lo tiene este fallo, advirtiendo que

en caso de percibirse el pago en este proceso, no procede la cancelación nuevamente en el trámite fiscal.

3. De los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad:

Como quiera que la pena impuesta supera los tres años de prisión previstos en el artículo 63 del Código Penal, se negará el otorgamiento de la condena de ejecución condicional al procesado; igualmente no es procedente la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión, dado que para su concesión es preciso que se encuentre acreditado el factor objetivo y el subjetivo señalados en la ley.

Por tanto, si el delito de peculado por apropiación en virtud del cual se impone la sanción tiene establecida una pena mínima de seis (6) años y un (1) día de prisión, y el artículo 38 del Código Penal vigente establece que la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión procede para conductas punibles “cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos”, es evidente que el procesado no puede beneficiarse con el referido instituto por no encontrarse satisfecho el factor objetivo.

Según lo señalado en precedencia, se ordena librar la correspondiente orden de captura para hacer efectiva la pena impuesta al doctor ALJURE RAMIREZ, disponiendo que en caso de cumplirse lo ordenado, el procesado debe permanecer en el establecimiento carcelario que determine el INPEC, el cual no podrá ser uno ordinario, en atención a lo establecido en el artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR al doctor DAVID ALJURE RAMIREZ, de

condiciones civiles y personales conocidas en autos, penalmente responsable de la conducta punible de peculado por apropiación a favor de terceros objeto de acusación, realizada cuando se desempeñó como Gobernador del Departamento de Cundinamarca en las circunstancias de tiempo, modo y lugar precisadas en esta decisión, prevista en el artículo 133 del Código Penal Vigente para la época de los hechos, tal como fue modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995.

SEGUNDO: CONDENAR al doctor ALJURE RAMIREZ, en consecuencia, a la pena principal de siete (7) años de prisión, multa de \$1.148.849.829.00 a favor del Tesoro Nacional e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

TERCERO: DECLARAR que el doctor DAVID ALJURE queda inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas en los términos del artículo 122 de la Constitución Política.

CUARTO: DECLARAR que el doctor ALJURE RAMIREZ no se hace acreedor al sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria, pero sí a que se le tenga como parte de la pena cumplida el tiempo que permaneció en detención domiciliaria.

QUINTO: LIBRAR en relación con el doctor ALJURE RAMIREZ orden de captura, para hacer efectiva la pena de prisión que aquí se impone, lograda la cual será del resorte exclusivo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC - señalar el lugar de reclusión, teniendo en cuenta la previsión contenida en el artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

SEXTO: CONDENAR al doctor DAVID ALJURE RAMIREZ, igualmente, a pagar en favor del Departamento de Cundinamarca, por concepto de indemnización de perjuicios causados con la conducta punible y dentro de un término de doce (12) meses

contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, la suma de \$1.148.849.829.00 actualizada a la fecha de su cancelación en la forma precisada en la parte motiva, con la aplicación del interés legal del 6% anual.

SEPTIMO: LIBRAR por la Secretaría de la Sala las comunicaciones correspondientes a las autoridades competentes (artículo 472 Ley 600 de 2000).

OCTAVO: COMUNICAR esta decisión a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para efecto del recaudo de la multa impuesta.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

2 Folios 38 y 39, cuaderno 1.

3 Folios 36 y 37, cuaderno 1.

4 Folios 285 a 291, y 138, cuaderno 1.

5 Folios 73 y 74, cuaderno 1.

6 Folios 89 ss, 100 ss, 111 ss, 122 ss, 132 ss, 146 ss, y 156 ss cuaderno 1.

7 Folios 84 a 107, cuaderno 29 anexos.

8 Folio 10, cuaderno 29 anexos.

9 Folio 15, cuaderno 29 anexos.

10 Folio 27, cuaderno 29 anexos.

11 Folios 124, 129, 150 y 159, cuaderno 1.

12 Folios 89 a 99, cuaderno 3.

13 Folios 100 a 109, cuaderno 3.

14 Folios 111 a 119, cuaderno 3.

15 Folios 122 a 131, cuaderno 3.

16 Folios 32 a 139, cuaderno 3.

17 Folios 146 a 155, cuaderno 3.

18 Folios 156 a 161, cuaderno 3.

19 Folios 17, 19 y 20, cuaderno 29 anexos.

20 Folio 187, cuaderno 3.

21 Folio 186, cuaderno 3.

22 Folio 236, cuaderno 2.

23 Folio 259, cuaderno 2.

24 Folio 275, cuaderno 2.

25 Folios 21, 61 y 97 cuaderno anexos 1, y folios 221, 249, 282 y 346 cuaderno anexos 2.

26 Folios 125 a 136, cuaderno 2.

27 Cfr. Sentencia del 23 de septiembre de 2003. M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.

28 Providencia del 23 de septiembre de 2003. M.P. Dr. Herman Galán Castellanos.

29 Ver sentencia del 3 de septiembre de 2001. M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.