

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

SP1414-2021

Radicación n° 54628

Acta No 091

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Se pronuncia la Corte sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Irly Yessenia Sandoval Pacheco, contra la sentencia del 25 de octubre de 2018, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cúcuta revocó la que dictó el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad, para, en su lugar, condenarla como

autora responsable del delito de peculado por aplicación oficial diferente en concurso homogéneo y sucesivo.

## HECHOS

Así se consignaron en el fallo de segunda instancia, citando los plasmados en el escrito de acusación:

“Dio origen a la presente investigación, la denuncia penal de fecha octubre 15 de 2009 formulada por quien dijo llamarse ÓSCAR CANO FLÓREZ, y en el mismo sentido el hallazgo con incidencia penal que hiciera la gerencia Departamental de la Contraloría, el pasado 2 de diciembre de 2010 y según la cual, habiéndose hecho seguimiento a una denuncia anónima que se interpusiera ante esa entidad referente a presuntas irregularidades cometidas en el municipio de San José de Cúcuta, se pudo establecer que efectivamente en la Secretaría de Hacienda del municipio de Cúcuta, se suscribieron y ejecutaron en los meses de febrero y marzo de 2009, 09 contratos de prestación de servicios profesionales con recursos del SGP- Propósito General- inversión, asignados a rubro 1301 A 17118 (Fortalecimiento de la Secretaría Área Dirección de Hacienda); pudiéndose constatar con la inspección realizada a los citados contratos, que la titular de dicha Secretaría, hoy acusada, en la vigencia 2009, incurrió en la violación de normas presupuestales y contables al destinar a gastos de funcionamiento recursos del SGP, cuando por la categoría del municipio no podía hacerlo, pues el Artículo 21 de la Ley 1176 de 2007 que modificó el Art. 78 de la Ley 715 de 2001, lo prevé para los municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, siendo ésta última norma clara en señalar que en los casos restantes, es decir en los municipios de categoría especial:

PRIMERA (como es el caso del municipio de Cúcuta), segunda y tercera, el ciento por ciento de los recursos asignados a la Participación de Propósito General, se deberán destinar al desarrollo y ejecución de competencias asignadas en la Ley; siendo a la vez claro el parágrafo 4 del art. 3 de la Ley 617 de 2000 en el sentido que: ‘Los contratos de prestación de servicios para la realización de actividades administrativas se clasificarán para efectos de la presente ley como gastos de funcionamiento’, los cuales, en las entidades territoriales deben financiarse con sus ingresos corrientes de libre destinación.”

#### ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 10 de marzo de 2015, ante el Juzgado Noveno Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cúcuta, la Fiscalía le imputó a Irly Yessenia Sandoval Pacheco el cargo de peculado por aplicación oficial diferente en concurso homogéneo y sucesivo (artículos 399 y 31 del Código Penal).
2. El 22 de junio siguiente, la Fiscalía Tercera de Administración Pública de Cúcuta presentó escrito de acusación en contra de la citada por las mentadas conductas. El asunto correspondió al Juzgado Sexto Penal del Circuito de esa ciudad, ante el cual se formuló acusación en diligencia del 27 de agosto del mismo año.
3. La audiencia preparatoria se realizó el 8 de junio de 2017 y el juicio oral en sesiones del

26 de septiembre de la misma anualidad, 12 de febrero, 9 de marzo, 12 y 25 de abril de 2018, última fecha en la que la autoridad judicial dictó sentencia de carácter absolutorio.

4. La anterior decisión fue recurrida por la Fiscalía; en tal virtud, el Tribunal Superior de Cúcuta profirió la suya el 25 de octubre de 2018, a través de la cual revocó el fallo confutado y, en su lugar, condenó a Irly Yessenia Sandoval Pacheco a la pena principal de 48 meses y 15 días de prisión, multa de 119.97 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, como autora del delito de peculado por aplicación oficial diferente en concurso homogéneo y sucesivo. Asimismo, le concedió el sustituto de la prisión domiciliaria y dispuso que, una vez ejecutoriado el fallo, se expidiera la respectiva orden de captura.

5. A su turno, contra la providencia del ad quem, el defensor de la sentenciada interpuso y sustentó oportunamente el recurso extraordinario.

## LA DEMANDA

La defensa, propuso dos cargos en contra de la sentencia condenatoria, así:

1. Al amparo de la causal primera de casación, por trasgredir indirectamente los artículos 28 de la Constitución Política, 6, 9, 10, 12, 21, 22, 23 y 399 del Código Penal, al no haberse colmado los presupuestos normativos de cada una de ellas.

El defensor, luego de hacer una reseña de dichas normas, sostuvo respecto del punible endilgado que no se aportó la prueba del presupuesto, requisito indispensable al momento de constatar la tipicidad de la conducta reprobada, al requerirse como elemento del tipo que “se comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto”.

Ni de que su prohijada actuara con dolo como se deduce de su testificación, incluso, indicó que ella actuó en “legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público”, lo cual la exonera de responsabilidad.

2. Por la misma vía, acusó la sentencia de violación indirecta de la ley por falta de aplicación del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, al estimar que se dictó condena en “ausencia de los documentos descritos en el tipo penal por el que se juzgó a mi defendida (...) concretamente de aquellas que contienen y forman parte del presupuesto aludido en el artículo 389 (sic) del Código Penal, que debió aportar el acusador...”

En consecuencia, solicitó se case el fallo y, en su lugar, dicte sentencia de carácter absolutorio.

## AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

### 1. Recurrente.

Reiteró los planteamientos de la demanda.

#### 2.1. Fiscalía

Solicitó que se mantenga la decisión, al no verificarse yerro alguno en ella acorde con las alegaciones del defensor o en virtud de su análisis, bajo la arista del principio de doble conformidad.

Lo anterior porque, en primer lugar, desde la estructura del tipo, no se puede asumir la trasgresión al principio de legalidad si en cuenta se tiene que la conducta reprobada a Irly Yessenia Sandoval se estableció a partir del uso de recursos públicos con un propósito diferente al establecido en la ley, conforme con lo dispuesto en la Ley 1176 de 2007, artículo 21, y no el compromiso de sumas superiores fijadas en el presupuesto.

En segundo, porque el censor desconoce el principio de libertad probatoria y asume una especie de tarifa legal al insistir que no se incorporó el “presupuesto” o “el plan operativo de acción”, pese a que ello no se hace indispensable, máxime en la modalidad del delito que se le atribuyó a la procesada.

Y, tercero, dado que el Tribunal asumió en debida forma un estudio de las pruebas practicadas incluso, en lo atinente al dolo, pues claramente el testimonio de la enjuiciada permitía aseverar que tenía claro las condiciones de destinación de los recursos a su cargo.

En ese contexto, expresó que no hay duda de que el comportamiento de la procesada es típico, antijurídico y culpable y, no concurre causal alguna de exclusión de responsabilidad.

## 2.2. Ministerio Público

El Representante no compartió los argumentos del recurrente y, por el contrario, aseveró que la sentencia impugnada contiene de manera ajustada un juicio respecto de la responsabilidad de la acusada, en tanto en la celebración de los contratos que se le reprueban se apartó de las finalidades fijadas en la ley; acciones con las cuales causó un desmedro patrimonial por valor de \$297.183.100 en la inversión social del municipio; conclusión que descansa en una debida apreciación del recaudo probatorio.

## CONSIDERACIONES

1. En el presente asunto, la demanda impetrada a nombre de Irly Yessenia Sandoval Pacheco se declaró formalmente ajustada a derecho para garantizar la facultad de impugnar la primera condena, toda vez que el fallo de segunda instancia revocó la absolución dispuesta por el a quo y declaró, por primera vez, la responsabilidad penal de la acusada.

Ahora, toda vez que las censuras se remiten a la constatación de la materialidad de la conducta y la responsabilidad de la enjuiciada, tópicos que, igualmente, corresponderían a analizar en garantía del principio referido, la Sala las abordara de manera conjunta. En ese orden, revisará: (i) la estructura del delito de peculado por aplicación oficial diferente, (ii) la demostración del elemento normativo «en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores», (iii) el Sistema General de Participaciones y, (vi) resolverá el caso concreto.

2. Del delito de peculado por aplicación oficial diferente.

El artículo 399 del Código Penal señala:

ARTICULO 399. PECULADO POR APLICACION OFICIAL DIFERENTE. El servidor público que dé

a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Conducta respecto de la cual, la Corte en providencia SP, 18 dic. 2013, Rad. 42133, explicó acerca de los elementos requeridos para su estructuración:

El sujeto activo es calificado debido a que es un servidor público quien debe poseer bienes del Estado o de empresas o instituciones en las cuales éste tenga parte bajo su administración o custodia, por razón o con ocasión de sus atribuciones. Debe tener la disponibilidad jurídica o material sobre los bienes.

El sujeto pasivo recae en la administración pública, como titular de bien jurídico tutelado.

El objeto material es el o los bienes de propiedad del Estado total o parcialmente. Solo a ellos se les puede proporcionar una aplicación oficial diferente a la originalmente asignada.

La conducta se debe ejecutar de cualquiera de estas tres maneras: a) dar a los bienes aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, b) comprometer sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, c) invertirlos o utilizarlos en forma no prevista en éste.

Lo anterior, además, a condición de que cualquiera de las conductas allí relacionadas perjudique «la inversión social o los salarios o prestaciones sociales de los trabajadores», pues de lo contrario el comportamiento aviene atípico.

Así lo ha explicado esta Corporación entre otras decisiones<sup>1</sup> en CSJ SP, 22 Jul. 2009, Rad. 27253

La Corte ha precisado los alcances de los nuevos contenidos del tipo penal previsto en el artículo 399 de la Ley 599 de 2000 al insistir en que para predicar la concurrencia del nuevo elemento normativo es necesario acreditar cabalmente la naturaleza social de las partidas afectadas, para ello se ha de acudir a los Planes de Desarrollo Económico, sea del ámbito Nacional o territorial, según el caso.

“Si el delito de peculado por aplicación oficial diferente sólo es imputable a condición de que cualquiera de las conductas allí relacionadas perjudique la inversión social o los salarios o prestaciones sociales de los trabajadores, es necesario establecer qué partidas

presupuestales responden a dichos contenidos.

“En cuanto a la fijación de los rubros del presupuesto constitutivos de inversión social, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

“Es mandato constitucional que tanto a nivel nacional como territorial existan Planes de Desarrollo (artículo 339 de la C.P.). Los procedimientos de su elaboración, aprobación y ejecución, lo mismo que la disposición de los mecanismos apropiados para su armonización y sujeción a ellos de los presupuestos oficiales, se encuentran contenidos en la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, que es la 152 del 15 de julio de 1994, expedida en cumplimiento del artículo 342 de la Constitución Nacional. Su artículo 28, en orden a garantizar la coherencia entre la formulación presupuestal y el Plan Nacional de Desarrollo, dispone que en lo pertinente sean observadas las reglas previstas en la Ley Orgánica del Presupuesto. En el ámbito territorial, dice el artículo 44 de la Ley Orgánica del Plan, las Asambleas y los concejos deben definir los procedimientos a través de los cuales los Planes Territoriales (que deben encontrarse articulados con el Plan Nacional en cuanto a políticas, estrategias y programas de interés mutuo) deben ser armonizados con los respectivos presupuestos.

(...)

“Para la Corte es claro, entonces, que son los Planes de Desarrollo –tanto en el ámbito Nacional como territorial—los que definen lo que constituye la inversión social. Y en estas circunstancias, si se toma en consideración que el Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiaaciones que el Gobierno formula anualmente y que somete a consideración del Congreso debe corresponder al Plan Nacional de Desarrollo (art. 346 de la Constitución), no queda difícil concluir cuáles son los rubros del presupuesto que responden a la categoría de inversión social y cuya aplicación oficial diferente permite la configuración del delito de peculado previsto en el artículo 399 del Código Penal.

“De acuerdo con el artículo 36 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, decreto 111 de 1996, el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones debe componerse de los gastos de funcionamiento, del servicio de la deuda pública y de los gastos de inversión. No todos los rubros previstos como gastos de inversión, sin embargo, son inversión social. Sólo corresponden a esta categoría aquellos gastos de inversión relacionados con los programas y subprogramas definidos como inversión social por el del Plan de Desarrollo respectivo.

“La determinación de si la partida presupuestal aplicada diferentemente sin autorización del órgano legislativo corresponde o no a inversión social no es, en conclusión, una labor arbitraria de la justicia penal.

“Se hace imprescindible, entonces, y en esto quiere la Corte llamar la atención, que cuando se adelante una investigación por presunto peculado por aplicación oficial diferente, específicamente cuando la conducta tiene que ver con el ámbito territorial, debe sin falta allegarse al proceso –por ser indispensable para el juicio de tipicidad—el Plan de Desarrollo

del Municipio, del Distrito o del Departamento, el acuerdo o la ordenanza que contenga el presupuesto anual de rentas y gastos y el reglamento a que se refiere el artículo 31 de la ley 152 de 1994 u Orgánica del Plan de Desarrollo.”<sup>2</sup>

Con esta perspectiva, no se basta ahora con comprobar la destinación oficial diferente de los recaudos públicos, el compromiso de sumas superiores a las fijadas en el presupuesto o el invertir o utilizarlas en forma no previstas en el mismo, en cuanto es necesario acreditar que alguna de tales conductas se ejecutó en perjuicio de la inversión social o los salarios o prestaciones sociales de los servidores públicos.” (Subrayas fuera del texto)

Criterio del cual también se dijo, en en CSJ SP, 18 Dic. 2013, Rad. 42133:

Sobre el concepto de inversión social, la Corte Constitucional en la sentencia C-590/92, expresó:

“La inversión social, solo aparece en la Constitución de 1991. Cuando se habla de “inversión social” se hace referencia directa al manejo presupuestal del Estado y ella, hace parte del presupuesto de gastos o ley de apropiaciones, en la forma en que lo determina el artículo 7º, literal b) de la Ley 38 de 1989 el cual discrimina las erogaciones estatales así: gastos de funcionamiento, servicio de la deuda y gastos de inversión, los cuales deben estar clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos. La inversión social puede definirse entonces como todos los gastos incluidos dentro del presupuesto de

inversión, que tienen como finalidad la de satisfacer las necesidades mínimas vitales del hombre como ser social, bien sea a través de la prestación de los servicios públicos, el subsidio de ellos para las clases más necesitadas o marginadas y las partidas incorporadas al presupuesto de gastos para la realización de aquellas obras que por su importancia y contenido social, le reportan un beneficio general a la población...”

Partidas con destinación específica, consisten en la técnica presupuestal de asignar una determinada renta recibida por una carga impositiva para la financiación de una actividad gubernamental previamente establecida en la ley de presupuesto. La técnica hacendística, en términos generales, las repudia porque tales rentas le restan flexibilidad al presupuesto nacional, ya que desconocen el principio de la unidad de caja al detraer del mismo los dineros correspondientes, con la consiguiente merma del mismo para satisfacer las necesidades de carácter general de la comunidad, tomada en conjunto. (Subrayas fuera del texto)

3. Ahora, respecto de la manera como se prueba el anterior elemento, la Corte en decisión CSJ SP 24 Agos. 2012, Rad. 35465, expresó:

“Es cierto que la Corte ha sido insistente acerca de la necesidad de allegar al proceso, en aras de realizar el condigno juicio de tipicidad, el plan de desarrollo económico del respectivo ente territorial, así como el acuerdo o la ordenanza que contenga el presupuesto anual de rentas y gastos y el reglamento a que se refiere el artículo 31 de la ley 152 de 1994 u Orgánica del Plan de Desarrollo, si la imputación se refiere a una aplicación oficial diferente encaminada a perjudicar la inversión social.

Así lo señaló en la sentencia de única instancia de marzo 21 de 20023, tesis reiterada por la Corporación en posteriores decisiones, tales como en los fallos del 14 de noviembre del mismo año4; del 11 de marzo de 20035; del 16 de febrero de 20056; del 31 de agosto de 20057; y del 12 de diciembre de 20058.

La anterior no significa, empero, que la Sala haya fijado una tarifa legal probatoria en torno a la demostración de los elementos típicos del delito previsto en el artículo 399 del Código Penal de 2000 y, más, exactamente, frente al elemento normativo que ese precepto introdujo al referido ilícito. Tal proceder no sólo no es competencia de la Corte, pues ello es del resorte exclusivo del legislador, sino que se opone al principio de libertad probatoria consagrado en el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal de 2000, acorde con el cual “los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, pondrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales” (las subrayas por fuera del texto original).

Por tanto, los precedentes jurisprudenciales en mención deben entenderse en su justo sentido, es decir, que en orden a facilitar la investigación y la consiguiente demostración de esa clase de conductas ilícitas, lo recomendable es aportar las pruebas documentales allí referidas. Pero eso no implica que su acreditación no pueda lograrse con otro tipo de medios probatorios, siempre y cuando, desde luego, sean allegados a la actuación en forma legal, regular y oportuna, como lo exige el artículo 232 de la codificación procesal antes citada.

Tal, advertido sea, es la orientación de las sentencias de casación pronunciadas el 6 de abril de 2006<sup>9</sup> y el 4 de noviembre de 2010<sup>10</sup>, en donde se dio por demostrado el perjuicio a la inversión social con otro tipo de pruebas, habiéndose en la primera de ellas, incluso, considerado para el efecto la propia versión del sujeto pasivo de la acción.”

De modo que, la demostración del elemento normativo referido se acoge a la regla general indicada en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, que dispone «los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.».

#### 4. Recursos del Sistema General de Participación.

De acuerdo con los artículos 356 y 357 de la [Constitución Política](#) de Colombia, el Sistema General de Participaciones –SGP– está constituido por los recursos que la Nación le transfiere

a las entidades territoriales –departamentos, distritos y municipios-, para la financiación de los servicios a su cargo, con prioridad a los servicios de salud, educación (preescolar, primaria, secundaria y media), servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre.

Ahora, de acuerdo con el artículo 311 de la Ley 715 de 2001<sup>12</sup>, dicho sistema se compone de:

1. Una participación con destinación específica para el sector educación, que se denominará participación para educación.
3. Una participación con destinación específica para el sector agua potable y saneamiento básico, que se denominará participación para agua potable y saneamiento básico.
4. Una participación de propósito general.

De estos cuatro, para lo que importa para el presente asunto, en el mismo cuerpo normativo, título IV, capítulo II, se establece respecto de los municipios las competencias en

los siguientes sectores:

ARTÍCULO 76. COMPETENCIAS DEL MUNICIPIO EN OTROS SECTORES. Además de las establecidas en la Constitución y en otras disposiciones, corresponde a los Municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial ejercer las siguientes competencias:

#### 76.1. Servicios Públicos

Realizar directamente o a través de terceros en materia de servicios públicos además de las competencias establecidas en otras normas vigentes la construcción, ampliación rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de servicios públicos.

#### 76.2. En materia de vivienda

76.2.1. Participar en el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social.

76.2.2. Promover y apoyar programas o proyectos de vivienda de interés social, otorgando subsidios para dicho objeto, de conformidad con los criterios de focalización nacionales, si

existe disponibilidad de recursos para ello.

### 76.3. En el sector agropecuario

76.3.1. Promover, participar y/o financiar proyectos de desarrollo del área rural.

76.3.2. Prestar, directa o indirectamente el servicio de asistencia técnica agropecuaria.

76.3.3. Promover mecanismos de asociación y de alianzas de pequeños y medianos productores.

### 76.4. En materia de transporte

76.4.1. Construir y conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias, fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, en la medida que sean de su propiedad o cuando éstos le sean transferidos directa o indirectamente.

Las vías urbanas que forman parte de las carreteras nacionales seguirán a cargo de la

Nación.

76.4.2. Planear e identificar prioridades de infraestructura de transporte en su jurisdicción y desarrollar alternativas viables.

76.5. En materia ambiental

76.5.1. Tomar las medidas necesarias para el control, la preservación y la defensa del medio ambiente en el municipio, en coordinación con las corporaciones autónomas regionales.

76.5.2. Promover, participar y ejecutar programas y políticas para mantener el ambiente sano.

76.5.3. Coordinar y dirigir, con la asesoría de las Corporaciones Autónomas Regionales, las actividades permanentes de control y vigilancia ambientales, que se realicen en el territorio del municipio.

76.5.4. Ejecutar obras o proyectos de descontaminación de corrientes o depósitos de agua afectados por vertimientos, así como programas de disposición, eliminación y reciclaje de

residuos líquidos y sólidos y de control a las emisiones contaminantes del aire.

76.5.5. Promover, cofinanciar o ejecutar, en coordinación con otras entidades públicas, comunitarias o privadas, obras y proyectos de irrigación, drenaje, recuperación de tierras, defensa contra las inundaciones y regulación de cauces o corrientes de agua.

76.5.6. Realizar las actividades necesarias para el adecuado manejo y aprovechamiento de cuencas y microcuencas hidrográficas.

76.5.7. Prestar el servicio de asistencia técnica y realizar transferencia de tecnología en lo relacionado con la defensa del medio ambiente y la protección de los recursos naturales.

76.6. En materia de centros de reclusión

Los municipios en coordinación con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, podrán apoyar la creación, fusión o supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles para las personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad.

76.7. En deporte y recreación

76.7.1. Planear y desarrollar programas y actividades que permitan fomentar la práctica del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación física en su territorio.

76.7.2. Construir, administrar, mantener y adecuar los respectivos escenarios deportivos.

## 76.8. En cultura

76.8.1. Fomentar el acceso, la innovación, la creación y la producción artística y cultural en el municipio.

76.8.2. Apoyar y fortalecer los procesos de información, investigación, comunicación y formación y las expresiones multiculturales del municipio.

76.8.3. Apoyar la construcción, dotación, sostenimiento y mantenimiento de la infraestructura cultural del municipio y su apropiación creativa por parte de las comunidades; y proteger el patrimonio cultural en sus distintas expresiones y su adecuada incorporación al crecimiento económico y a los procesos de construcción ciudadana.

76.8.4. Apoyar el desarrollo de las redes de información cultural y bienes, servicios e instituciones culturales (museos, bibliotecas, archivos, bandas, orquestas, etc.), así como otras iniciativas de organización del sector cultural.

76.8.5. Formular, orientar y ejecutar los planes, programas, proyectos y eventos municipales teniendo como referencia el Plan Decenal de Cultura.

76.9. En prevención y atención de desastres

Los municipios con la cofinanciación de la Nación y los departamentos podrán:

76.9.1. Prevenir y atender los desastres en su jurisdicción.

76.9.2. Adecuar las áreas urbanas y rurales en zonas de alto riesgo y reubicación de asentamientos.

76.10. En materia de promoción del desarrollo

76.10.1. Promover asociaciones y concertar alianzas estratégicas para apoyar el desarrollo empresarial e industrial del municipio y en general las actividades generadoras de empleo.

76.10.2. Promover la capacitación, apropiación tecnológica avanzada y asesoría empresarial.

Podrán establecer programas de apoyo integral a grupos de población vulnerable, como la población infantil, ancianos, desplazados o madres cabeza de hogar.

76.12. Equipamiento municipal.

Construir, ampliar y mantener la infraestructura del edificio de la Alcaldía, las plazas públicas, el cementerio, el matadero municipal y la plaza de mercado y los demás bienes de uso público, cuando sean de su propiedad.

76.13. Desarrollo comunitario

Promover mecanismos de participación comunitaria para lo cual podrá convocar, reunir y

capacitar a la comunidad.

#### 76.14. Fortalecimiento institucional

76.14.1. Realizar procesos integrales de evaluación institucional y capacitación, que le permitan a la administración local mejorar su gestión y adecuar su estructura administrativa, para el desarrollo eficiente de sus competencias, dentro de sus límites financieros.

76.14.2. Adelantar las actividades relacionadas con la reorganización de la administración local con el fin de optimizar su capacidad para la atención de sus competencias constitucionales y legales, especialmente: El pago de indemnizaciones de personal originadas en programas de saneamiento fiscal y financiero por el tiempo de duración de los mismos; y, el servicio de los créditos que se contraten para ese propósito.

76.14.3. Financiar los gastos destinados a cubrir el déficit fiscal, el pasivo laboral y el pasivo prestacional, existentes a 31 de diciembre de 2000, siempre y cuando tales gastos se encuentren contemplados en programas de saneamiento fiscal y financiero, con el cumplimiento de todos los términos y requisitos establecidos en la Ley 617 de 2000 y sus reglamentos.

76.14.4. Cofinanciar cada dos años con la Nación la actualización del instrumento Sisbén o

el que haga sus veces.

76.15. En justicia

76.16. Numeral INEXEQUIBLE.

76.17. Restaurantes escolares

Corresponde a los distritos y municipios garantizar el servicio de restaurante para los estudiantes de su jurisdicción, en desarrollo de esta competencia deberán adelantar programas de alimentación escolar con los recursos descontados para tal fin de conformidad con establecido en artículo 2o., parágrafo 2o. de la presente ley, sin detrimento de los que destina el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a este tipo de programas u otras agencias públicas o privadas.

La ejecución de los recursos para restaurantes escolares se programará con el concurso de los rectores y directores de las instituciones educativas.

Estos recursos se distribuirán conforme a fórmula para la distribución de recursos de la participación de propósito general.

#### 76.18. En empleo

Promover el empleo y la protección a los desempleados.

De igual manera, el artículo 78 de la citada Ley 715 de 2001, sobre la distribución de esos recursos, señala:

#### ARTÍCULO 78. DESTINO DE LOS RECURSOS DE LA PARTICIPACIÓN DE PROPÓSITO

GENERAL.13 Los municipios clasificados en las categorías 4ª, 5ª y 6ª, podrán destinar libremente, para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, hasta un cuarenta y dos por ciento (42%) de los recursos que perciban por la Participación de Propósito General.

Del total de los recursos de la participación de propósito general asignada a cada distrito o municipio una vez descontada la destinación establecida para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal de que trata el inciso anterior y la asignación correspondiente a los municipios menores de 25.000 habitantes, definida en el inciso 3o del artículo 4o del Acto Legislativo 04 de 2007, cada distrito y municipio destinará

el cuatro por ciento (4%) para deporte y recreación, el tres por ciento (3%) para cultura y el diez por ciento (10%) para el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet.<sup>14</sup>

Los recursos restantes deben ser destinados a inversión, en desarrollo de las competencias asignadas por la ley.

PARÁGRAFO 1o. Con los recursos de la participación de propósito general podrá cubrirse el servicio de la deuda originado en el financiamiento de proyectos de inversión física, adquirida en desarrollo de las competencias de los municipios. Para el desarrollo de los mencionados proyectos se podrán pignorar los recursos de la participación de propósito general.

PARÁGRAFO 2o. Con cargo a los recursos de libre inversión de la participación de propósito general y en desarrollo de la competencia de atención a grupos vulnerables de que trata el numeral 11 del artículo 76 de la Ley 715 de 2001, los distritos y municipios podrán cofinanciar los gastos que se requieran para realizar el acompañamiento directo a las familias en el marco de los programas diseñados por el Gobierno Nacional para la superación de la pobreza extrema.

Conforme con lo anterior, los municipios clasificados en las categorías 1ª, 2ª y 3ª a diferencia de los de 4ª, 5ª y 6ª, no tienen la posibilidad de destinar de los recursos que

perciban de la partida de propósito general, porcentaje alguno a «gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal» y, por el contrario, una vez realicen los descuentos porcentuales para deporte y recreación (4%), cultura (3%) y el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales – Fonpet- (10%)<sup>15</sup>, el saldo debe destinarse para inversión.

Así se explica, en la cartilla de Orientaciones para la programación y ejecución de los recursos del Sistema General de Participaciones SGP<sup>16</sup>:

«Los recursos de la Participación de Propósito General de forzosa inversión en otros sectores, es decir, aquellos diferentes a los que tienen destinación específica para cultura, deporte y recreación y Fonpet, se deben destinar al cumplimiento de las competencias establecidas por la ley a los municipios. Es decir, que se pueden aplicar en uno o más sectores para financiar proyectos en educación, salud, agua potable, deporte, cultura y en los demás sectores definidos en el artículo 76 de la Ley 715 de 2001, de acuerdo con las prioridades definidas en el plan de desarrollo municipal.»<sup>17</sup>

Dichas competencias, corresponderán entonces, a las pautas fijadas en el plan de desarrollo del respectivo municipio, en aquellos proyectos que previamente se registren en el Banco de Proyectos, instrumento de planeación en el que se registran los programas y proyectos viables técnica, ambiental, socioeconómica y legalmente susceptibles de ser financiados con recursos públicos en el territorio municipal<sup>18</sup>.

Con la advertencia de que, para los municipios de las categorías 1ª, 2ª y 3ª, no les es

permitido asumir con estos recursos gastos de funcionamiento, entre los cuales, se establece los contratos de prestación de servicios destinados para financiar personal administrativo, de acuerdo con lo normado en artículo 3 de la Ley 617 de 2000, parágrafo 4.

ARTICULO 3o. FINANCIACION DE GASTOS DE FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Los gastos de funcionamiento de las entidades territoriales deben financiarse con sus ingresos corrientes de libre destinación, de tal manera que estos sean suficientes para atender sus obligaciones corrientes, provisionar el pasivo prestacional y pensional; y financiar, al menos parcialmente, la inversión pública autónoma de las mismas.

(...)

PARAGRAFO 4o. Los contratos de prestación de servicios para la realización de actividades administrativas se clasificarán para los efectos de la presente ley como gastos de funcionamiento.

Modalidad contractual definida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, así:

ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se

definen a continuación:

(...)

### 3o. Contrato de Prestación de Servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Aspecto desarrollado, por el Consejo de Estado<sup>19</sup>, en atención, igualmente, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

Así, al describir las circunstancias que hacen posible acudir a la modalidad de contratación de servicios personales en entidades de naturaleza pública, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de precisar las específicas circunstancias que deben concurrir para proceder de esta forma. Dijo la Corte:

“Por su parte, el contrato de prestación de servicios fue diseñado por el Legislador como un contrato estatal que celebran “las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”<sup>20</sup> (Destacado original)

En similar sentido lo reseñó la Corte Constitucional, en proveído C-094-200322:

Como puede advertirse, el contrato de prestación de servicios es una modalidad de contrato estatal que se suscribe con personas naturales o jurídicas con el objeto de realizar actividades desarrolladas con la administración o funcionamiento de una entidad pública pero tratándose de personas naturales, sólo puede suscribirse en el evento que tales actividades no puedan ser cumplidas por los servidores públicos que laboran en esa entidad o en caso que para su cumplimiento se requieran conocimientos especializados con los que no cuentan tales servidores.

Se trata de un acto reglado, cuya suscripción debe responder a la necesidad de la administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en

la entidad pública respectiva pues si esto es posible o si en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción.

De lo que se concluye que, cuando se selecciona este tipo contractual para asumir la prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión administrativa en actividades relacionadas con el funcionamiento de una entidad estatal, ese gasto se inscribe como de funcionamiento y, en esa medida, no puede ser cubierto con recursos del Sistema General de Participaciones, con cargo a la partida de propósito general, por los municipios categorizados como de 1ª, 2ª o 3ª.

## 5. Caso concreto.

Sea lo primero destacar, que la modalidad por la cual se le imputó a Irly Yessenia Sandoval Pacheco, el delito contra la administración pública, fue la de «dar a los bienes aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados» y no, como lo asume el recurrente, de «comprometer sumas superiores a las fijadas en el presupuesto», lo cual, según lo señalaron los no recurrentes, impide darle algún alcance al cargo primero de la demanda, debido a que el alegato que allí se expone parte de un supuesto equivocado; sin embargo, como se expresara al inicio de este acápite, la Sala, en garantía del principio de doble conformidad superará cualquier defecto, para examinar la materialidad de la conducta y la responsabilidad de la enjuiciada.

Entonces, desde la perspectiva de que la conducta por la cual fue acusada Irly Yessenia Sandoval Pacheco, fue por dar aplicación oficial diferente a los recursos del Sistema General Participación, en su partida de propósito general, se analiza la sentencia impugnada.

Para ello, por vía de estipulaciones, se observa que se admitieron como probados los siguientes hechos:

(i) Que la acusada, Irly Yessenia Sandoval Pacheco para los meses de febrero y marzo de 2009, se desempeñó como Secretaria de Hacienda y Crédito Público de la Alcaldía Municipal de Cúcuta y, por cuenta de dicho cargo, fue ordenadora del gasto.

(ii) Que el ente territorial, para tal época, esto es, año 2009, estaba clasificado de acuerdo con los parámetros de las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 como de primera categoría.

(iii) Que Irly Yessenia Sandoval Pacheco, suscribió los contratos de prestación de servicios 0014, 0015, 0017, 0018, 70, 21, 0132, 143 y 356 de 2009, cuyos objetos contractuales, se destacan así:

Contrato

Objeto

Cuantía

0014 del 13 de febrero de 200923

\$26.216.400 con cargo al rubro 1301A17118 Fortalecimiento de la Secretaría  
Área Dirección de Hacienda del presupuesto General de  
Rentas y Gastos de la actual vigencia, según certificado de disponibilidad  
presupuestal No. 000330 del 11 de febrero de 2009.

0015 de 16 de febrero de 200924

Prestación de servicios profesionales para evaluar los programas de software  
y hardware para mejorar la capacidad de recaudo de las finanzas  
del Área de Gestión de Hacienda del municipio de San José de Cúcuta.

\$28.875.000, con cargo al rubro 1301A17118 Fortalecimiento de la Secretaría  
Área Dirección de Hacienda del presupuesto General de  
Rentas y Gastos de la actual vigencia, según certificado de disponibilidad  
presupuestal No. 000333 del 11 de febrero de 2009

0017 del 16 de febrero de 200925

Prestación de servicios de fortalecimiento de la Secretaría del Área  
de Dirección Hacienda a través de la admisión y entrega de facturación  
del impuesto predial de la modalidad del correo normal ordinario de los  
sectores 04, 10, 09, 12 y rural del municipio de San José de Cúcuta.

\$27.242.700, con cargo al rubro 1301A17118 Fortalecimiento de la Secretaría  
Área Dirección de Hacienda del presupuesto General de  
Rentas y Gastos de la actual vigencia, según certificado de disponibilidad  
presupuestal No. 000331 del 11 de febrero de 2009  
0018 del 16 de febrero de 200926

Prestación de servicios de fortalecimiento de la Secretaría del Área  
de Dirección Hacienda a través de la admisión y entrega de facturación  
del impuesto predial de la modalidad del correo normal ordinario de los  
sectores 03, 06 y 07 del municipio de San José de Cúcuta.

\$27.549.000, con cargo al rubro 1301A17118 Fortalecimiento de la Secretaría  
Área Dirección de Hacienda del presupuesto General de  
Rentas y Gastos de la actual vigencia, según certificado de disponibilidad  
presupuestal No. 000332 del 11 de febrero de 2009  
70 del 2 de marzo de 200927

Prestación de servicios profesionales como coordinador de las diferentes  
actividades de investigación adelantadas por la Secretaría Área  
Dirección Hacienda municipal.

\$25.000.000, con cargo al rubro 1301A17118 Fortalecimiento de la Secretaría  
Área Dirección de Hacienda del presupuesto General de  
Rentas y Gastos de la actual vigencia, según certificado de disponibilidad  
presupuestal No. 0000796 del 27 de febrero de 2009

71 del 2 de marzo de 200928

Prestación de servicios profesionales como coordinador de las diferentes actividades de fiscalización adelantadas por la Secretaría Área Dirección de Hacienda municipal

\$7.500.000, con cargo al rubro 1301A17118 Fortalecimiento de la Secretaría Área Dirección de Hacienda del presupuesto General de Rentas y Gastos de la actual vigencia, según certificado de disponibilidad presupuestal No. 0000797 del 27 de febrero de 2009

0132 del 10 de marzo de 200929

Prestación de servicios de fortalecimiento de la Secretaría del Área de Dirección de Hacienda a través del soporte mensual y mantenimiento de software de gestión y facturación del impuesto predial unificado, valorización, industria y comercio, RETEICA, módulo web de impuestos e impuestos menores del municipio de San José de Cúcuta

\$104.400.000, con cargo al rubro 1301A17118 Fortalecimiento de la Secretaría Área Dirección de Hacienda del presupuesto General de Rentas y Gastos de la actual vigencia, según certificado de disponibilidad presupuestal No. 0000367 del 11 de febrero de 2009

143 del 12 de marzo de 200930

Prestación de servicios profesionales como abogado controlando y evaluando el recibo, trámite y respuesta a peticiones, quejas y reclamos presentados a la Secretaría de despacho Área de Dirección Hacienda y

demás actividades que le sean asignadas por la Secretaría de Despacho Área  
Dirección Hacienda del municipio de San José de Cúcuta.

\$5.400.000, con cargo al rubro 1301A17118 Fortalecimiento de la Secretaría  
Área Dirección de Hacienda del presupuesto General de Rentas  
y Gastos de la actual vigencia, según certificado de disponibilidad  
presupuestal No. 0000898 del 11 de febrero de 2009

356 del 24 de marzo de 2009<sup>31</sup>

Dar asistencia profesional a la Secretaría de despacho Área  
Dirección de Hacienda para el control, evaluación y seguimiento de  
Fiscalización del recaudo para fortalecer las finanzas públicas municipales de  
San José de Cúcuta.

\$45.000.000, con cargo al rubro 1301A17118 Fortalecimiento de la Secretaría  
Área Dirección de Hacienda del presupuesto General de  
Rentas y Gastos de la actual vigencia, según certificado de disponibilidad  
presupuestal No. 0000844 del 27 de febrero de 2009

(iv) Que los recursos allí empleados correspondían al Sistema General de Participaciones –  
rubro Propósito General.

Situaciones que igualmente fueron ratificadas con los testimonios de la acusada<sup>32</sup> y Jorge  
Eliécer Joya Duarte<sup>33</sup> – Subdirector Administrativo, Área de Gestión Desarrollo

Socioeconómico para los meses de febrero y marzo de 2009-, quienes no sólo dieron cuenta de la suscripción de tales documentos sino el origen de los recursos, esto es, de la partida de Propósito General del Sistema General de Participaciones, identificado con el código 1301A17118, correspondiente al plan de inversión de “Fortalecimiento de la Secretaría del Área Dirección de Hacienda”

Competencia que, si bien, de acuerdo con lo normado en la Ley 715 de 2001 es viable de financiar con recursos de la partida de Propósito General, ello a condición de no desatender la prohibición fijada en el parágrafo 4, del artículo 3, de la Ley 617 de 2000, consistente en no asumir con dicho rubro gastos de funcionamiento.

En ese sentido, según los lineamientos orientadores expedidos por el Departamento Nacional de Planeación, se tiene respecto del fortalecimiento institucional que:

“...tiene la finalidad de que los municipios adquieran las capacidades institucionales, técnicas y financieras para la asunción de las competencias y la prestación en términos de cobertura y calidad de los servicios a su cargo. En ese sentido, la ley define dos elementos importantes para promover el desarrollo institucional de los municipios. El primero, de índole organizacional y de mejoramiento de la capacidad técnica y administrativa para el ejercicio de las competencias, y el segundo, complementario al anterior, de carácter fiscal y financiero.

(...) Asistencia técnica. Debe entenderse como un programa o proyecto que pretenda mejorar la gestión y adecuar la estructura administrativa municipal para el cumplimiento adecuado de las competencias asignadas por la ley, el cual podrá contener el componente de capacitación siempre y cuando se oriente a la optimización de la capacidad administrativa.

En este punto cabe precisar que no es posible financiar asesorías con el propósito de atender el cumplimiento de labores recurrentes de la administración, como por ejemplo asesoría jurídica, contable, u otras de similar naturaleza.

Vale aclarar que en estos programas no es posible cubrir viáticos ni gastos de viaje de los funcionarios municipales puesto que este concepto corresponde a una relación laboral del personal de planta, a cubrir como un gasto de funcionamiento. Así mismo, no es posible financiar apoyos educativos para el estudio de los funcionarios, puesto que este gasto es de funcionamiento y corresponde a las políticas de administración de personal y bienestar social del municipio, bajo relaciones laborales contractuales de planta.”<sup>34</sup>

Y, en el asunto bajo análisis, la revisión de los objetos contractuales permite destacar que sí se acogían funciones administrativas, en tanto las obligaciones contraídas se inscribían en el desarrollo de las ocupaciones de la Secretaría de Hacienda, en lo particular, las atinentes a la facturación, envío y cobro de impuestos o asistencia técnica; sin que representaran un beneficio futuro para el municipio para asumir que se trataba de una inversión.

En ese sentido, a pesar de que la procesada y Jorge Eliécer Joya Duarte, fueron insistentes en sostener que dichas contrataciones respondían al objeto del proyecto inscrito como “Fortalecimiento institucional”, en sus componentes 1 y 2 (14.1 y 14.2.), las labores que se asumieron por parte de los contratistas no lo evidencian, pues, se reitera, con ellos se apoyó la gestión en el recaudo de impuestos y la evaluación y control de algunos procesos de la Secretaría de Hacienda.

Así, se precisa de la declaración de la procesada, quien admitió en su exposición que dichas contrataciones obedecieron a la falta de personal de planta que pudiera asumir dichas funciones, no tener claridad los empleados de planta sobre las funciones a su cargo o atender a satisfacción la ejecución de sus labores al estar sujeta, por ejemplo, a un software sobre el cual no tenía su control, todo ello, dentro de la estrategia que formuló para la divulgación y recaudo de impuestos<sup>35</sup>.

Defensor<sup>36</sup>. (...) Váyase al contrato 0014 y de viva voz, dígame al señor juez cuál era el objeto contractual de esa minuta.

Responde. Contrato 014, el objeto está en la cláusula primera, objeto del contrato, prestación de servicios de fortalecimiento de la Secretaría del Área Dirección de Hacienda a través de la admisión y entrega de la facturación de impuesto predial de la modalidad del correo normal ordinario en los sectores 1, 2, 8, 13 y 11 del Municipio de San José de Cúcuta, según la propuesta adjunta que hace parte integral del presente contrato.

Defensor. Indíquele usted al señor juez, de conformidad con esa misma minuta, con qué recursos, o con qué rubro presupuestal más exactamente se había comprometido la administración a cancelar el monto de ese contrato.

Responde: El rubro presupuestal como tal, era 1301A17118, que tenía como nombre Fortalecimiento de la Secretaría del Área dirección de Hacienda. Esos eran recursos dentro, si uno mira ya dentro de la distribución del presupuesto, el 13, significaba gastos, el 1301, significaba que eran recursos del sistema general de participaciones, 1301A17, significaba que era el sector de fortalecimiento institucional y, pues ya el código 118 que era el fortalecimiento de la Secretaría de Hacienda.

(...) contrato 001537, cláusula primera, objeto del contrato. Prestación de servicios profesionales para evaluar los programas de software y hardware para mejorar la capacidad de recaudo de las finanzas del Área de Gestión de Hacienda del municipio de San José de Cúcuta.

Defensor. Por favor, del contrato anterior, se desprendía que era entregar unos recibos del impuesto predial, este contrato, a qué referencia de fortalecimiento de la Secretaria de Hacienda se refiere, dígame al señor juez.

Responde: El 0014, que tenía como objeto la prestación de servicios de fortalecimiento de la Secretaría de Hacienda, a través de la admisión y entrega de la facturación del impuesto predial, dentro de las competencias, digamos, funcionales y legales de la Secretaría de Hacienda o del cargo de secretario de hacienda existe como obligatoriedad el proceso de

liquidación de los impuestos, es decir, administrar el proceso por medio del cual yo voy a identificar los elementos que yo necesito para yo poder cobrar los impuestos para los cuales está el municipio facultado para cobrarles a sus contribuyentes y a su vez, pues digamos que, disponer de lo que se requiera para poder hacer ese proceso, sin embargo ni el estatuto tributario ni el nacional ni el municipal ni en ninguna norma establece como obligatoriedad que yo deba enviar la factura como tal al contribuyente a su casa, estos contratos de envío de la factura en ese entonces, no se tomaron, digamos que, dentro de una de las actividades recurrentes, o sea, que quiere decir, era una función diaria del municipio ir y entregarle los recibos al contribuyente en su casa, todo lo contrario fue una estrategia que se tomó en dos sentidos, uno, era hacer una divulgación de las obligaciones, el municipio venía atravesando prácticamente una situación financiera muy difícil y tenía una debilidad en los procesos de recaudo de sus obligaciones, entonces digamos que lo que nosotros quisimos fue establecer la herramienta al contribuyente para decirle, oiga señor contribuyente usted tiene una deuda con el municipio y, en segunda instancia, era un mejoramiento de la atención al contribuyente del municipio, o sea, le estamos evitando que esa persona tuviera que dirigirse a la Alcaldía hacer unas largas colas, que en el momento a veces de las fechas, porque los contribuyentes, casi siempre dejan todo para las fechas de vencimiento, a veces se generaban unas colas, entonces, la estrategia en este caso fue enviarle la facturación como única vez, porque eso fue una estrategia, digamos, como única vez en esos dos sentidos, el divulgar o hacer como una divulgación o como una especie de comunicación directa con el contribuyente para que recordara sus obligaciones y, a su vez pues, generar pues, una mejor atención al contribuyente para que este tuviera la facilidad de ir directamente a una entidad financiera e ir a hacer la cancelación del impuesto.

Defensor38. Por favor igualmente, explíqueme al señor juez, de conformidad con esa cláusula primera de la minuta 015, ¿por qué se realizó dicho contrato, por qué usted firmó dicho contrato?. ¿Cuál era de ese objeto contractual, cuál era la necesidad?

Responde. El contrato 015 que era prestación de servicios para evaluar los programas de software y hardware para mejorar la capacidad de recaudo de las finanzas del Área de Gestión de Hacienda, en qué consistía o que llevó a la celebración de ese contrato? Cuando yo me posesioné como secretaria de hacienda y hago un diagnóstico de las herramientas con las que contaba la secretaría, encontramos que el municipio en años anteriores, había hecho la adquisición de un software, pero esa adquisición del software no era de una forma que le entregaron el software al municipio y de ahí el derecho al uso, que la secretaría de hacienda hiciera uso del software sin necesidad de digamos, de generar ninguna vinculación a la empresa, sino todo lo contrario, resulta que el funcionamiento de ese software requería y que también es uno de los contratos, que hacer parte de los contratos mencionados dentro de esta investigación y que es el contrato con la empresa Microshif S.A. (sic) que era un contrato de soporte y actualización de ese software, es decir, el municipio estaba condicionado a firmar ese contrato o no podíamos tener acceso al software, entonces, teníamos una eventualidad práctica que era que prácticamente la manipulación de ese software la generaba un contratista, una persona, un ingeniero que ponía la firma contratista, entonces, eso generaba un riesgo para la administración de tener un tercero manipulando la base de datos tan delicada como es la cartera del municipio o los procesos de liquidación del municipio, entonces, prácticamente, se decidió fue contratar un ingeniero de sistemas por parte de la secretaría de hacienda para que hiciera esa evaluación de ese software, prácticamente, en primera instancia, tratamos de demostrar que el software no era seguro, que de pronto, sí cumplía o no con los protocolos de seguridad, pues que requiere la ley, porque estamos hablando de acceso a la base de datos de los contribuyentes, de la liquidación de los impuestos o sea que no se fuera a generar una manipulación en el momento por ejemplo de, manipular los avalúos catastrales, la base sobre la cual yo aplicó la tarifa para calcular el impuesto o que se hiciera la eliminación de las obligaciones de años anteriores, entonces, prácticamente lo que hicimos fue contratar a

ese ingeniero de sistemas para que hiciera una evaluación permanente del software y poder tener una herramienta de encontrar si existía o no existía alguna razón de peso para de pronto hacer cambio de software o de pronto que no se estuviera incumpliendo con el debido uso de la información.

Y más adelante, expresó<sup>39</sup>:

Defensor. Señora testigo se ubica en la minuta contractual número 70 y, en su cláusula primera me le da lectura.

Responde: Contrario 070, Clausula primera, objeto del contrato, prestación de servicios profesionales como coordinador de las diferentes actividades de investigación adelantadas por la Secretaria Área Dirección Hacienda Municipal, según propuesta adjunta la cual hace parte integral del presente contrato.

Defensor. Dígale al señor juez, en términos coloquiales, para que podamos entender ¿cuál era esa actividad específica de investigación que adelantaba la Secretaría del Municipio y que debió adelantar el contratista, en esta minuta número 70?

Responde. Bueno, ese fue un profesional, eh, pues digamos que con cierta, con cierto manejo del tema, que digamos, no estamos hablando por ejemplo de un asesor directo del

despacho o que hiciera, digamos, directamente las actividades que eran funciones de la secretaría de hacienda, eh, la secretaria de hacienda, digamos que tiene, bueno en ese entonces, no se ahora, pero en ese entonces tenía una gran debilidad en el caso de lo que era, la capacidad instalada de sus funcionarios, primero que todo los funcionarios como tal de planta eran muy pocos y no estaban, pues, digamos que, no tenían la formación, casi todo en su mayoría, casi más del 80% de este personal eran del nivel de auxiliar administrativo, solamente, si no estoy mal, creó que eran dos del nivel profesional, entonces, digamos, esas dos personas no eran suficientes para poder, pues, abarcar las tareas de investigación que tiene que manejar la secretaría de hacienda que hace parte digamos, de los procesos de fiscalización de los impuestos, entonces, contratar digamos que a este profesional, él en sí, digamos lo que hacía era unas funciones de, digamos que, como de preparación de, podría decirse, encaminadas en la capacitación en planeación, digamos que, en realizar políticas, establecer políticas y un cronograma de trabajo ser como la dirección y a su vez el seguimiento de esas actividades, también teniendo en cuenta que, las actividades directas de la administración de los impuestos como, por ejemplo, hacer visitas a los establecimientos o, de pronto, hacer respuestas de los recursos que puedan presentar los contribuyentes ante la administración esta deben ser hecha directamente por funcionarios de planta, como tal, de administración, entonces, digamos, este personal, estas personas que se contrataron, cumplían, digamos ese fin, generar una capacitación instalada dentro de la secretaría donde, digamos que, se tuviera claridad respecto de los procesos, porque digamos que la secretaria no contaba con eso, una determinación clara de los procesos, pues si están enmarcadas en la ley, pero se necesitaba hacer una instrucción dentro de los funcionarios y a su vez, pues, también hacían, digamos que un seguimiento permanente de que las actividades que se planteaban hacer estaban, digamos que, como que efecto estaban surtiendo dentro de las competencias de la secretaría.

En otra de sus intervenciones, ahora respecto del contrato 132, expresó<sup>40</sup>:

Ese es el contrato 132, que se celebró entre el municipio y MICROSHIF E.U., el objeto de ese contrato lo leo textualmente, es la prestación de servicios de fortalecimiento de la Secretaría del Área de Dirección de Hacienda a través del soporte mensual y mantenimiento de software de gestión y facturación del impuesto predial unificado, valorización, industria y comercio, RETEICA, módulo web de impuestos e impuestos menores del municipio de San José de Cúcuta, entonces como lo mencionaba cuando hablaba del ingeniero, este contrato era el que debía celebrarse con la empresa para poder tener acceso al funcionamiento del software, es decir, no es como por ejemplo un software contable que la entidad lo compra y sencillamente hace uso directo de él, sino digamos que el uso de este software era complejo, que requería que dentro de ese mismo contrato el contratista, pues planteaba el soporte como tal, disponer de un ingeniero que se encargaba de todos los desarrollos, entonces digamos que todas las solicitudes que se requieran, por ejemplo si yo necesitaba un informe, que me diera la cartera por sectores, todo prácticamente tenía que hacerle las solicitudes a ellos directamente, o sea, esa capacidad digamos, nunca fue impartida dentro de un funcionario directo de la secretaría de hacienda sino seguía manejándose por la empresa, entonces, esa, o sea que esa, la generación de ese contrato, si no se generaba la generación contrato pues no podíamos haber usado ese software y pues ese software era el que me mantenía a mí los impuestos, los principales recaudos que genera el municipio de Cúcuta como es el impuesto predial, el industria y comercio, las retenciones de industria y comercio, valoración y en ese entonces, digamos que ahí habla de un módulo web que prácticamente era, un desarrollo que se estaba haciendo en ese entonces para poder generar los pagos en línea.

Referencias que permiten estimar que, en efecto, estas contrataciones respondían a una necesidad de la dependencia relacionada con el ejercicio de sus funciones administrativas, en tanto suponían el desarrollo de acciones de la Secretaría de Hacienda. En lo particular, la facturación de impuesto, del cual se indicó se suscribieron contratos con el fin de no sólo

evaluar el adecuado desempeño del software adquirido por la secretaría, sino ponerlo en funcionamiento, siendo imprescindible, en términos de la procesada, contratar a la empresa MICROSHIF E.U. para su operación, acompañar las labores del personal de la secretaría en aquellos asuntos que le representaran dificultades desde del área fiscal, o lograr el recaudo de obligaciones a través de campañas de divulgación de obligaciones y facilidades de pago.

Acciones que no se pueden asumir como un gasto de inversión, si se atiende a la diferencia que subsiste con los gastos de funcionamiento, aspecto, sobre el cual en proveído CSJ AP7697-2017, Rad. 49562, se dijo que «[t]ales expensas se consideran como gastos de funcionamiento, entendidos como “aquellas erogaciones necesarias y recurrentes del Estado que garantizan el normal funcionamiento de la administración territorial, para el desempeño de sus competencias”<sup>41</sup>, y que se distinguen de los gastos de inversión, “que son los gastos productivos que generan riqueza y desarrollo, y que se caracterizan porque generan un retorno en términos del beneficio futuro para la sociedad en su conjunto”<sup>42</sup>

En ese sentido, se observa que se dio un uso indebido a los recursos inscritos en el plan de fortalecimiento institucional, en tanto fueron usados en gastos de funcionamiento, expensas que le estaban vedadas a la acusada -en su calidad de secretaria de hacienda del municipio de Cúcuta- asumir con recursos del SGP, como lo expresaron los funcionarios de la Contraloría General de la Nación, Jorge Alonso Camargo Ramírez y Milsa Edith Parada Gómez, quienes en términos generales, se remitieron a reiterar el contenido de lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley 715 de 2001, en los municipios de categorías 4ª, 5ª y 6ª, a diferencia de los municipios de 1ª, 2ª y 3, a los que sí se les habilita el financiamiento de dichas erogaciones con cargo a esa cuenta.

Personas que si bien se abstuvieron de sentar un criterio, desde el ejercicio de sus funciones, sobre el indebido uso de los recursos del SGP en los contratos criticados, pues expresaron que el objeto de su participación obedeció al seguimiento al plan de desempeño consignado en el Decreto 083 de 2010, acto administrativo que firmó el municipio con base en una visita del Ministerio de Hacienda y en el que, en efecto, uno de los hallazgos de esta entidad fue la suscripción de contratos de prestación de servicios profesional con cargo al SGP, sí dejaron en claro, su posición respecto a la diferenciación que se puede asumir entre si un contrato de prestación de servicios es gasto de inversión o gasto de funcionamiento.

Así, lo indicó Jorge Alonso Camargo Ramírez<sup>43</sup>: «pues mire, desde el mismo Consejo de Estado, a través de sentencias que ha proferido, los contratos de prestación de servicios son unos contratos que por su naturaleza son de apoyo a la gestión y como tal, pues, en el caso del municipio de san José de Cúcuta no se debían de haberles ejecutado con recursos del Sistema General de Participaciones sino asumirlos con sus rentas propias».

No obstante, conforme con los parámetros fijados previamente, lo anterior no es indicativo de que la conducta reprobada se adecue al tipo penal de peculado por aplicación oficial diferente, en concurso homogéneo y sucesivo, pues además de hacerse necesario constatar que la utilización de esos dineros en propósitos diversos a los destinados originalmente, lo fue en «perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores.»

Sobre este aspecto, no hay duda que los recursos del Sistema General de Participaciones, tienen destinaciones específicas, al describir su distribución en las partidas enunciadas en la ley 715 de 2001 y que, tratándose de la denominada Propósito General, en los municipios

de categorías 1ª, 2ª y 3ª, su objetivo es la «inversión», destinándose algunos porcentajes fijos a ciertos sectores: deporte y recreación, cultura, FOPET y lo restante, de acuerdo con el plan de inversión que fije la administración municipal, en las competencias enunciadas en el artículo 76 del mismo cuerpo normativo.

En esa línea, de las pruebas practicadas, las cuales se limitaron a los testimonios de Jorge Alonso Camargo Ramírez, Milsa Edith Parada Gómez (funcionarios de la Contraloría General de la Nación), Jorge Eliécer Joya Duarte (subdirector administrativo Área de Gestión Desarrollo Socio Económico del Municipio de Cúcuta), la procesada Irly Yessenia Sandoval Pacheco y la documental que soportó las estipulaciones, no se logra deducir que la partida denominada «Fortalecimiento institucional», de la cual, se tomaron los recursos para cubrir el pago de los contratos referidos en precedencia, afectó la inversión social del municipio de San José de Cúcuta, pues este rubro conforme al contenido normativo del artículo 76 de la Ley 715 de 2001, está destinado a cubrir planes y programas tendientes a robustecer y fortalecer con carácter de permanencia el funcionamiento de la administración pública, para el cumplimiento eficiente y eficaz de su función constitucional, cometido distante del concepto de inversión social.

En ese sentido nada de ello se dijo, ya fuese porque se inscribiera dentro del presupuesto general del municipio de San José de Cúcuta en un plan acogido con tal cometido o, se desprenda de manera inequívoca de la competencia asignada en la Ley 715 de 2001, dado que en tratándose de la partida de Propósito General, las inversiones pueden tomar diferentes direcciones no todas con un claro designio social.

Aspecto, sobre el cual, se hace necesario recordar que «[l]a inversión social puede definirse entonces como todos los gastos incluidos dentro del presupuesto de inversión, que tienen como finalidad la de satisfacer las necesidades mínimas vitales del hombre como ser social, bien sea a través de la prestación de los servicios públicos, el subsidio de ellos para las clases más necesitadas o marginadas y las partidas incorporadas al presupuesto de gastos para la realización de aquellas obras que por su importancia y contenido social, le reportan un beneficio general a la población.»<sup>44</sup>; supuesto que, de acuerdo con los elementos de persuasión, no se identifica en el presente asunto, pues a diferencias de otras expensas que, igualmente tienen destinación específica en el marco del SGP y de las cuales sí se podría verificar su contenido social, como lo es, salud, educación y saneamiento básico, solo por citar algunas, el de Propósito General, en concreto, la competencia de fortalecimiento institucional, no, al menos de manera regular, tiene una orientación de inversión social. Siendo evidente que en el caso sub examine ello no se demostró fehacientemente, por ello, era necesario una mayor actividad probatoria para superar cualquier duda a ese respecto.

En ese orden de ideas, aun cuando pueda resultar reprobable que los recursos del SGP se emplearan en gastos de funcionamiento, dada la categoría del municipio de Cúcuta, ello no lo es en el ámbito penal, al no ajustarse a la descripción típica del delito imputado en ausencia del elemento normativo, referido a que la aplicación diferente de los recursos públicos se haga en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores.

Por lo señalado, si bien no se acoge el argumento del juez de primer grado, en punto a que era necesario incorporar el plan de desarrollo del municipio de San José de Cúcuta o el presupuesto anual de rentas y gastos, al cual se acogió el defensor en su segundo cargo, a

modo de tarifa legal, la Sala en aplicación del principio de libertad probatoria, tampoco encuentra demostrado, conforme con las pruebas obrantes en la actuación, más allá de toda duda razonable, el perjuicio a la «inversión social» en el gasto de los recursos públicos que realizó la procesada para el pago de los contratos arriba individualizados.

Por tanto, se casará el fallo impugnado y, en su lugar, por ausencia de tipicidad objetiva, se dejará en firme el fallo proferido en primera instancia, mediante el cual se absuelve a Irly Yessenia Sandoval Pacheco del delito de peculado por aplicación oficial diferente, en concurso homogéneo y sucesivo.

El Juzgado de primera instancia procederá a cancelar los registros y anotaciones que haya originado este diligenciamiento en contra del enjuiciada.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

1. CASAR el fallo 25 de octubre de 2018 proferido por el Tribunal Superior de Cúcuta, de acuerdo con la parte motiva de esta decisión y, en su reemplazo, dejar en firme el dictado el 25 de abril del mismo año, por el Juzgado Sexto Penal de Circuito de Conocimiento de esa

ciudad, mediante el cual se absolvió a Irly Yessenia Sandoval Pacheco, del delito de peculado por aplicación oficial diferente, en concurso homogéneo y sucesivo.

2. Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase,

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 CSJ SP18 Dic. 2013, Rad. 42133, SP 01 Jul. 2009, Rad. 28144, SP 21 Mar. 2002,

Rad. 14124, SP 14 Nov. 2002, Rad. 17135, SP 16 Feb. 2005, Rad. 15212, SP 23 Feb. 2006, Rad. 20740.

3 Radicado 14124.

4 Radicado 17135

5 Radicado 14913.

6 Radicado 15212.

7 Radicado 19826.

8 Radicado 22182.

9 Radicación 23084.

10 Radicación 26916.

11 Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1176 de 2007

12 Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

13 Artículo modificado por el artículo 21 de la Ley 1176 de 2007.

14 Texto modificado por la Ley 1176 de 2007. En ese sentido es de aclarar que posteriormente fue modificado por el artículo 14 de la Ley 1450 de 2011, no obstante, no se transcribe por ser posterior a la fecha de los hechos.

15 Esto acorde con la normatividad aplicable al caso, dada la fecha de los hechos, pues esta distribución para destinaciones específicas fue modificada por el artículo 14 de la Ley 1450 de 2011, para dejarlo en 8% para deporte y recreación, 6% para cultura y 10% para el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet.

16 Departamento Administrativo de Planeación (2009). Orientaciones para la programación y ejecución del Sistema General de Participaciones 2009. Bogotá. Recuperado de [https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/10-Orientaciones\\_Programaci%C3%B3n\\_SGP\\_DNP\\_VRS\\_IMP.pdf](https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/10-Orientaciones_Programaci%C3%B3n_SGP_DNP_VRS_IMP.pdf)

17 Cartilla Orientaciones para la programación y ejecución de los recursos del Sistema General de Participaciones -SGP-

18 Cfr. Ibídem

19 CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 May. 2019, Rad. 11001-03-26-000-2016-00168-00 (58271)

20 Artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Cabe anotar que la definición de contrato de prestación de servicios fue modificada por el artículo 2º del Decreto 165 de 1997, pero esa norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-132 de 1997. Luego, en ese aspecto, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no ha sido modificado.

21 Corte Constitucional, Sentencia C-171 de 2012

22 En similar sentido, Cfr. C-739-2002, C-326-1997

- 23 Folios 2 a 5, carpeta evidencias 1 y 2
- 24 Folios 9 a 12, carpeta evidencias 1 y 2
- 25 Folios 16 a 19, carpeta evidencias 1 y 2
- 26 Folios 23 a 26, carpeta evidencias 1 y 2
- 27 Folios 30 a 33, carpeta evidencias 1 y 2
- 28 Folios 37 a 40, carpeta evidencias 1 y 2
- 29 Folios 44 a 47, carpeta evidencias 1 y 2
- 30 Folios 51 a 55, carpeta evidencias 1 y 2
- 31 Folios 59 a 64, carpeta evidencias 1 y 2
- 32 Audiencia del 12 de febrero de 2018, a partir del minuto 5:40
- 33 Audiencia del 9 de marzo de 2018, a partir del minuto 10:34
- 34 Departamento Administrativo de Planeación (2009). Orientaciones para la programación y ejecución del Sistema General de Participaciones 2009. Bogotá. Recuperado de [https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/10-Orientaciones\\_Programaci%C3%B3n\\_SGP\\_DNP\\_VRS\\_IMP.pdf](https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/10-Orientaciones_Programaci%C3%B3n_SGP_DNP_VRS_IMP.pdf)
- 35 En el interrogatorio no se indagó por los 9 contratos, solo se seleccionaron algunos.
- 36 Audiencia del 12 de febrero de 2018, a partir del minuto 48:28

- 37 Audiencia del 12 de febrero de 2018, a partir del minuto 54:00
- 38 Audiencia del 12 de febrero de 2018, a partir del minuto 57:56
- 39 Audiencia del 12 de febrero de 2018, a partir de la hora 01:12:30
- 40 Audiencia del 12 de febrero de 2018, a partir de la hora 1:21:42
- 41 Departamento Nacional de Planeación, concepto del 17 de octubre de 2012.
- 42 Corte Constitucional, sentencia C-644 de 2002.
- 44 CC C-590-1992