

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado Ponente

AEP 117-2023

Radicación N° 00813

CUI N° 11001600010220200017401

Aprobado mediante Acta No. 99

Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

1. A S U N T O

Decidir sobre la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía Quinta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia en favor del señor ARNULFO GASCA TRUJILLO, actual Gobernador del Departamento del Caquetá, dentro de la investigación que cursa en su contra por el delito de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.

2. H E C H O S

El 2 de junio de 2020, durante la emergencia económica decretada por el Gobierno Nacional a raíz de la pandemia originada por el Covid-19, el señor GASCA TRUJILLO en su calidad de Gobernador del Caquetá¹ celebró el contrato 20200000385 con Jaime Alfonso Núñez

Montilla, cuyo objeto fue el suministro de 20.000 «ayudas alimentarias en el marco del proyecto denominado asistencia humanitaria a la población vulnerable para afrontar la actual emergencia sanitaria originada por el Covid-19, en el Departamento del Caquetá», el cual debía ejecutar en un plazo de 90 días por valor de \$1.600'000.000.

El 4 de junio de 2020, el señor Núñez Montilla suscribió el acta de inicio y, al día siguiente, entregó a la Gobernación del Caquetá los primeros 7.000 mercados.

El 18 de junio de ese mismo año, el señor GASCA TRUJILLO fue informado por el contador de su campaña electoral que ese contratista aportó \$45'000.000, monto superior al 2% del tope máximo permitido de las sumas a invertir por los candidatos de aquella circunscripción regional según el Consejo Nacional Electoral (en adelante CNE), por lo que estaba inhabilitado para contratar con el Departamento del Caquetá.

A raíz de dicha situación, el 19 de junio siguiente, el señor GASCA TRUJILLO ordenó la terminación unilateral del contrato 20200000385 y, al liquidarlo, el señor Núñez Montilla decidió donar los 7.000 mercados que entregó para atender la emergencia del Covid-19, por lo que el ente territorial no tuvo que desembolsar dinero alguno por la labor ya ejecutada.

3. ANTECEDENTES

El 18 de enero de 2023, la Fiscal Quinta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia radicó solicitud de preclusión a favor de GASCA TRUJILLO.

El 04 de julio siguiente, se llevó a cabo la audiencia de sustentación, dentro de la cual intervino la delegada, el Ministerio Público, la defensa y el indagado; por su parte, el Jefe de la Unidad de Intervención Judicial de la Contraloría General de la República anunció, mediante comunicación escrita, que no era de su interés concurrir a la diligencia, mientras que la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento del Caquetá no concurrió a la diligencia y guardó silencio al respecto.

4. DE LA SOLICITUD

4.1 Petición de la fiscalía

Inicialmente, alude que el señor GASCA TRUJILLO es indiciado por el delito de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, previsto en el artículo 408 de la Ley 599 de 2000.

Al referirse a la descripción típica de dicho punible, resalta que se trata de un tipo penal en blanco, por lo que es necesario remitirse al literal k del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, el cual fue adicionado por el artículo 2º de la Ley 1474 de 2011 y modificado por el artículo 33 de la Ley 1778 de 2016, el cual prevé, grosso modo, que son inhábiles para contratar con entidades estatales las personas que hacen aportes superiores al 2% de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral.

Así mismo, a lo previsto en literal g del artículo 1º de la Resolución 0253 del enero 29 de 2019 expedida por el CNE, la cual fijó el límite de gastos que los candidatos pueden invertir en los comicios del 27 de octubre de 2019; específicamente, para las gobernaciones con un censo electoral entre 200.000 y 400.000 ciudadanos, como lo es el departamento del Caquetá², estableció un máximo de \$1.330'629.638.

Señala que el 2% de ese valor equivale a \$26'612.593, por lo que Núñez Montilla estaba inhabilitado para contratar con el departamento del Caquetá dado que aportó \$45'000.000 a la campaña del actual gobernador.

En punto de la casual de preclusión, aduce que de acuerdo con los elementos materiales probatorios recopilados durante la investigación hay «certeza acerca de que ARNULFO GASCA TRUJILLO actuó en ausencia de dolo y error de tipo, por tanto, se estructura en su favor la causal prevista en el numeral 4º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 por

atipicidad de la conducta».

Para soportar dicha afirmación, alude que la declaración del sindicato fue «sincera, clara, espontánea y coherente en cuanto a que previamente a la suscripción del contrato, desconocía sobre una posible inhabilidad en cabeza del contratista» y es una persona «sin mayores conocimientos en temas jurídicos según lo relató; pues, cuenta con educación básica hasta el grado de bachiller; de extracción humilde (campesina), agricultor y comerciante de profesión, quien no había ocupado cargos públicos».

Agrega que lo indicado por él encuentra respaldo en las entrevistas rendidas por los señores Núñez Montilla (el contratista), Julián Barrios Toro (el contador de la campaña), de Héctor Mauricio Cuellar Pinzón (Secretario de Gobierno), Ana María Bustos Rodríguez, (Directora Técnica de Contratación), Cristian Camilo Cabrera (abogado contratista), Edwin Fabián Leal Hernández (abogado contratista), Swthlana Fajardo Sánchez (abogada asesora) y Mary Lorena Trujillo Ramírez (abogada asesora).

A partir de lo anterior concluye que GASCA TRUJILLO «carecía del conocimiento previo sobre el contenido de la prohibición que pesaba por parte de quien haya sido aportante a su campaña electoral en monto superior al 2% de las sumas máximas a invertir por los candidatos según regulación del Consejo Nacional Electoral» y que «no fue alertado por su equipo jurídico, ni de contratación»; por lo tanto, «actuó bajo la convicción errada e invencible de que su acción no constituía ningún tipo penal descrito en el artículo 408 y cuando supo de ello, inmediatamente tomó cartas en el asunto» al ordenar la liquidación unilateral del contrato.

Aúna que el delito investigado solo puede ser cometido mediante la modalidad dolosa y los elementos de prueba recolectados «llevan a la certeza absoluta para descartar el dolo y concluirse la ausencia de la tipicidad en su componente subjetivo del tipo penal previsto en el artículo 408 de la Ley 599 de 2000».

Finalmente, relieves que «no hubo mengua del patrimonio público y aunque el delito investigado, no exige tal requisito, si es un aspecto importante al momento de analizar el contexto en el cual el mandatario departamental tomó la decisión de suscribir el contrato objeto de esta indagación y sobre su terminación».

4.2 Intervención del Ministerio Público

La delgada comparte la solicitud elevada por la fiscalía, pues «se evidenció un error por parte de la Dirección de Contratación al no verificar los requisitos de idoneidad de la distribuidora MAXIGRANOS, dado que no tenían conocimiento de que el contratista era aportante de la campaña», sin que les fuera dable conocer esa situación.

4.3 Postura de la defensa técnica

Manifiesta que «encuentra acertados los argumentos de la fiscalía» y concreta su intervención resaltando que, si bien la conducta investigada se adecúa objetivamente al tipo penal descrito en el artículo 408 del CP, no lo es menos que, en el plano subjetivo «hay ausencia de dolo, como quiera que en ningún momento se pudo establecer que mi defendido de manera consciente, sabía de la existencia de esa inhabilidad y prevalido de ese conocimiento procedió a violar la ley»; muy por el contrario, lo que se advierte es que, una vez supo de la inhabilidad, inmediatamente liquidó el contrato, por lo que la causal prevista en el artículo 4º está demostrada.

4.4 Manifestación de sindicado

Insiste en que no conocía de la inhabilidad que tienen para contratar con el departamento las personas que aportaron más del 2% a su campaña electoral. En igual medida, da cuenta que no tiene estudios universitarios y que su ocupación siempre ha sido el campo. Apoya los argumentos esbozados tanto por la fiscalía como su defensor.

5. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia

La Sala es competente para decidir sobre la solicitud de preclusión, con arreglo a lo prescrito por el artículo 2º del Acto Legislativo No. 01 de 2018, modificadorio de los artículos 186, 234 y 235 de la [Constitución Política](#), en concordancia con el numeral 9º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, en la medida en que actualmente el señor ARNULFO GASCA TRUJILLO, se desempeña como actual Gobernador del Caquetá.

5.2 De la preclusión

Esta Corporación ha condensado la raigambre normativa y las características de dicho instituto de la siguiente manera:

«Según el artículo 250 de la [Constitución Política](#), modificado por el Acto Legislativo No 003 de 2002, la Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito. Sin embargo, el mismo artículo superior, en su numeral 5º, faculta a dicho órgano para solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando, acorde con lo dispuesto en la ley, no hubiese mérito para acusar. Esa misma facultad aparece reiterada en el artículo 331 de la Ley 906 de 2004 y, como fue explicado en la sentencia C-591 de 2005, puede ejercitarse aún con anterioridad a la formulación de la imputación.

La fuerza de cosa juzgada que entraña la preclusión, como decisión que pone fin al ejercicio de la acción penal de manera anticipada, exige que la causal que la funda se encuentre demostrada o, lo que es igual, que respecto de la misma no haya posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo.^{3 » 4}

Entonces, dada la trascendencia de la decisión, es necesario que el juzgador analice

pormenorizadamente el acervo probatorio con el fin de constatar que allí se encuentren todos los medios de conocimiento que pudiesen arrojarse a la investigación, para luego realizar la precisa valoración, tanto individual como conjunta, de cada uno de ellos y comprobar la procedencia, o no, de la causal invocada.

5.3 Del caso concreto

La Sala anticipa que accederá a la solicitud de preclusión elevada por la fiscalía, aunque no atendiendo a un error de tipo como reiteradamente lo alegó su delegada, sino a un error de prohibición, pues este último es el instituto que se ajusta a la argumentación y a los elementos de juicio que fueron aportados a la actuación.

Así mismo, desde ya se anuncia que la causal que procederá no será la contemplada en el numeral 4º del artículo 332 del CPP «Atipicidad del hecho investigado», sino la prevista en el numeral 2º «Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal».

Vale indicar que estas variaciones han sido avaladas por esta Corporación, dado que «no sólo con relación a la causal alegada se puede decretar la preclusión, sino que también es válido hacerlo por otra, cuando sus componentes estructurales y los soportes materiales probatorios y evidencia física así lo determinen, es decir, que en la audiencia se haya puesto de conocimiento de los jueces, los motivos que la estructura».5 Aunque con el tiempo esta postura ha sido morigerada, lo cierto es que aún hoy «cuando los elementos de conocimiento base de la solicitud permiten establecer la procedencia de la preclusión por algún motivo diferente al invocado, por economía procesal debe decretarse, siempre que “sus componentes estructurales (...) así lo determinen”»6 y el peticionario haya aludido fáctica y jurídicamente a la causal, pero, por un error conceptual, haya pedido una distinta».7

En ese sentido, se tiene que la señora fiscal arguye que el señor GASCA TRUJILLO «carecía

del conocimiento previo sobre el contenido de la prohibición que pesaba por parte de quien fue aportante a su campaña electoral»; argumento que, como ya se anunció, será canalizado a través del error de prohibición y no de un error de tipo, pues se trata de un desliz conceptual que será explicado en detalle líneas más adelante. Así mismo, en su disertación afirma repetidamente que el indiciado «actuó bajo la convicción errada e invencible de que con su acción u omisión no concurría ninguna de las exigencias necesarias para que el hecho se adecuó en su descripción legal al tipo penal previsto en el artículo 408 de la Ley 599 de 2000», lo que da lugar al estudio de la causal 2ª de preclusión y no de la 4ª, pues la invencibilidad del error es uno de los supuestos que excluyen la responsabilidad penal de acuerdo con el artículo 32 ibidem.

Ahora, esta Sala advierte que no será discutido el cariz objetivo del punible atribuido al señor GASCA TRUJILLO, dado que, como lo expresaron partes e intervinientes, la evidencia allegada demuestra con suficiencia la concurrencia de esos elementos [objetivos] en lo que respecta al delito de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.⁸

En efecto, se adjuntó el contrato de suministro número 20200000385 del 2 de junio de 2020 entre el señor GASCA TRUJILLO, en calidad de Gobernador del Caquetá, y el ciudadano Jaime Alfonso Núñez Montilla, propietario del establecimiento de comercio MAXIGRANOS, cuyo objeto fue la adquisición de 20000 «ayudas alimentarias en el marco del proyecto denominado asistencia humanitaria a la población vulnerable para afrontar la actual emergencia sanitaria originada por el Covid-19, en el Departamento del Caquetá».

Así mismo, se cuenta con i) la Resolución 253 de 2019 del CNE, por medio de la cual se fijan los montos de gastos de campañas electorales a las gobernaciones del año 2019, donde se evidencia que el monto para los departamentos con censo electoral entre 200.000 y 400.000 ciudadanos es de \$1.330'629.638, y ii) los soportes contables del establecimiento MAXIGRANOS y el Informe Individual de Ingresos y Gastos de Campaña del Fondo Nacional

del Financiamiento Político, en los que se advierte que el señor Jaime Alfonso Núñez Montilla aportó a la campaña del gobernador GASCA TRUJILLO las sumas \$45.000.000 a título de donación y \$100.000.000 mediante préstamo.

Entonces, la evidencia atrás reseñada da cuenta que el indiciado, en calidad de Gobernador del Caquetá, contrató con el señor Núñez Montilla, muy a pesar de que éste último fue aportante de su campaña en monto superior al 2% del tope máximo estipulado por el CNE y, por ende, inhabilitado para contratar con el Estado de conformidad con el literal k del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, la cual dispone lo siguiente:

«Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: Las personas naturales o jurídicas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, a las alcaldías o al Congreso de la República, con aportes superiores al dos por ciento (2.0%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato. La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política. Esta inhabilidad comprenderá también a las personas jurídicas en las cuales el representante legal, los miembros de junta directiva o cualquiera de sus socios controlantes hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, las alcaldías o al Congreso de la República. La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.»

Decantado lo anterior, corresponde adentrarse en el argumento que soporta la solicitud de preclusión, relacionado con la dimensión cognoscitiva del señor GASCA TRUJILLO.

Según la señora fiscal, el investigado «actuó bajo la convicción errada e invencible» de que su conducta no se adecuaba al artículo 408 del CP, toda vez que, tratándose de un tipo penal en blanco, ignoraba la norma antes citada [literal k del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993], la cual prohíbe contratar a ciudadanos que hayan sido aportantes a las campañas electorales en monto superior al 2% de las sumas máximas a invertir por los candidatos según regulación del Consejo Nacional Electoral, por lo que está inmerso en un error de tipo.

Aunque esta Sala comparte que el mencionado delito es un tipo penal en blanco 9, debe precisarse que, en el ámbito de la teoría del error, «las consecuencias del error sobre la norma a la que remite el tipo penal en blanco son diversas al error que recae sobre un elemento normativo del tipo, pues el primero recae sobre el supuesto fáctico del tipo penal, en tanto que el segundo lo hace sobre una cualificación jurídica de alguno de los otros componentes del tipo objetivo. Si el error recae sobre un ingrediente normativo se descarta el tipo doloso, pero si el error es sobre la norma a la que remite el tipo penal, entonces, estaríamos en presencia de un error de prohibición, pues significa el desconocimiento de la existencia de la prohibición o mandato de la norma que se infringe con la conducta».10 (Negrillas agregadas)

Tal claridad resulta de suma importancia, pues, tratándose de un error de prohibición, su valoración y sus efectos son diversos al error de tipo. En cuanto a lo primero, han de tomarse en cuenta «las circunstancias personales y particulares del autor, su grado de cultura, su instrucción, profesión, su inveterada vigencia, la información jurídica que posee, las condiciones de la ley, su inveterada vigencia su posición respecto de costumbres y valores culturales»11 y, sobre lo segundo, si el error es de tipo vencible, la conducta será punible aunque con atenuación por culpabilidad disminuida y rebajará en la mitad a voces del numeral 11 del artículo 32 del CP.

A partir de lo anterior, se analizarán las calidades del señor GASCA TRUJILLO y el contexto

en que tomó la decisión de contratar con el señor Núñez Montilla, para determinar si aquel actuó bajo una errada percepción y, en ese caso, establecer si fue vencible o invencible.

Para el efecto, sobre las primeras [las calidades del procesado], se tiene la entrevista que rindió ante la FGN, en la cual manifestó que

«... jamás en mi vida he tenido un cargo público, siempre he sido un hombre campesino... no soy abogado, no soy contador público, no soy ingeniero, ni administrador de empresas, soy un campesino y líder social... lo he hecho desde hace 42 años... tengo 67... soy bachiller, hice hasta sexto de bachillerato...»

Este panorama apunta a que el procesado no cuenta con un alto nivel de instrucción formal, ni su oficio tiene relación con temas jurídicos o con el manejo de lo público. Además, es la primera vez que resulta elegido en un cargo de elección popular y no se evidencia que haya sido investigado por hechos similares, por lo que resulta razonable considerar que, en vista de sus condiciones personales, no conocía la inhabilidad tantas veces mencionada.

Ahora, en lo que respecta a las circunstancias que lo rodearon al momento en que desarrolló el proceso contractual, esta Sala examinará la posibilidad que tuvo de actualizar su conocimiento sobre la norma que da lugar a la inhabilidad que recae sobre el señor Núñez Montilla.

Sobre tales aspectos, el procesado adujo:

«... yo tengo delegada la contratación en cabeza de la Directora Departamental de Contratación, aquí hay una Oficina de Contratación donde están los abogados de contratación estructuradores de los proyectos... eso se hizo mediante el Decreto 411 el año 2020 y se delegaron casi la mayoría de las cosas, lo único que no delegué fue, por ejemplo, los comodatos, algunos sectores como el PDA y salud... el resto de la contratación está

delegada en cabeza de la Directora de Contratación. PREGUNTADO: Quién verifica el cumplimiento de requisitos legales del estatuto de contratación? RESPONDIÓ: Primeramente, nace la necesidad del proyecto o del contrato en una secretaría, ahí se hacen los estudios previos y se envían a la Dirección de Contratación. En la Dirección de Contratación hay unos abogados estructuradores de los proyectos y últimamente la directora de contratación es la que firma. También hay un Comité de Contratación habilitado para que, en caso que necesite reunirse, cuando es un proceso que lo amerita, se llama al Comité y se hace la aprobación».12

Luego el sindicato contó que, durante la emergencia decretada por el Covid-19, buscó a varias autoridades públicas y a personalidades de la región con el fin de mitigar la situación; sin embargo,

«... viendo que no era suficiente porque la gente seguía encerrada, entonces hicimos un contrato para comprar 20.000 apoyos humanitarios para entregarlos en tres etapas, dos de 7.000 y una de 6.000. Ahí fue donde le autoricé, le pedí, a la Directora de Contratación que, aunque no había necesidad porque era una contratación directa por la emergencia, cuidándome como un hombre temeroso de Dios, temeroso de la norma y temeroso de la Ley, le solicité a la Directora de Contratación que se pidiera una cotización a las empresas que vendían esos productos en el departamento del Caquetá y que se hiciera con la propuesta más barata... que fue la de MAXIGRANOS... PREGUNTADO: Porqué ese contrato aparece suscrito por usted, si usted informa que tenía delegada en la Directora la celebración de los contratos. CONTESTADO: Porque era un tema de la declaratoria de la emergencia sanitaria, de salud, que había en el país. PREGUNTADO. Pero usted firmó directamente ese contrato o cómo se hizo? CONTESTÓ: Yo tengo la firma mía registrada en el SECOP y de ahí se saca la firma. PREGUNTADO: Es decir que usted no revisa directamente el contenido del contrato cuando se firma, si no solo lo hace con su firma digital. CONTESTÓ: Aparte de la Directora de Contratación hay una Asesora Jurídica del Departamento y hay una Asesora personal que yo tengo; ellas son las que revisan y me dicen que todo está bien, yo

simplemente autorizo. PREGUNTADO: Cuándo se enteró usted sobre la inhabilidad del señor Jaime Alfonso Núñez Montilla, propietario del establecimiento de comercio MAXIGRANOS.

CONTESTÓ: A mí me informa mediante un oficio el contador de mi campaña, el doctor Julián Barreto, él me informa de un requerimiento que le había hecho el CNE, él me dice que el contrato que se sacó de la gobernación para los apoyos humanitarios asignado a don Jaime Núñez, que él había sido aportante de mi campaña. Lo primero yo no tenía conocimiento de eso, no sabía que había un monto para eso, no soy abogado, no soy contador; en mi vida jamás sabía que existía esa norma de que después del 2% un aportante no podía contratar, yo desconocía eso. En el momento en que el contador me trae ese escrito, en el que me dice que él está inhabilitado, yo lo que hice fue reunir al comité de contratación y les informé; entonces, mediante concepto del Comité de Contratación me sugieren dar por terminado el contrato y así fue que se dio por terminado».13

En primer lugar, se tiene al señor Jaime Alonso Núñez Montilla, quien fue el contratista inhabilitado y conoce al sindicato hace aproximadamente 10 años. En la entrevista que rindió, adujo que nunca laboró con entidades del Estado, siendo la primera vez el contrato de suministro ya referido, el cual suscribió con el departamento del Caquetá. Agrega que aportó dinero a la campaña a la gobernación de GASCA TRUJILLO, pero desconocía la inhabilidad que surgió de ese aporte. En palabras del entrevistado:

«... yo no tenía conocimiento de eso, yo no sabía de leyes, porque la verdad es que yo soy una persona que soy comerciante, soy un bachiller, entonces, dijimos que había que liquidar el contrato, entonces doctor de ahí nosotros o sea yo tomé la decisión con el gobernador de cancelar el contrato. PREGUNTADO: De manera bilateral? CONESTÓ: De manera bilateral, si doctor, si porque es que doctor yo le dije a ellos, yo soy el más, el más perjudicado en la cuestión de que yo no sabía nada de ese 2% no sabía nada de inhabilidades, no sabía de nada de eso doctor y yo firmé el contrato, como dice el otro pues donde no tenía conocimiento de que estaba firmando, digamos esto que no sabía de las inhabilidades que traía eso, entonces doctor pues yo les dije yo la verdad cancelemos y liquidemos eso, lo

liquidamos en cero doctor, nosotros no pedimos, a mí no me dieron anticipo a mí no me dieron un peso del contrato”.

Aquí, debe reiterarse que no se trata de esclarecer si el sindicato era cercano al señor Núñez Montilla o si sabía que éste fue aportante de su campaña, pues dichas circunstancias no inciden en el conocimiento que aquel [el sindicato] pudo tener sobre la norma extrapenal que inhabilita al oferente para vincularse con el Estado.

Entonces, sobre la posibilidad que tuvo el señor GASCA TRUJILLO de actualizar su conocimiento sobre dicha disposición jurídica, resulta evidente que no pudo hacerlo a través del señor Núñez Montilla, dado que ambos cuentan con idéntico grado de instrucción, ejercen el mismo oficio y son ajenos al manejo de lo público.

En segundo lugar, el contador Julián Barrios Toro, quien acompañó las finanzas del proyecto político que gestó el procesado, refirió lo siguiente:

«PREGUNTADO: Sírvase indicar si al Gobernador Gasca Trujillo, se le enteró al momento de celebrar el contrato No. 202000000385 del 02 de junio de 2020, sobre la inhabilidad respecto del contratista Jaime Alfonso Núñez Montilla, en caso cierto, a través de qué medio y por quién. CONTESTO: Yo de contratación no sé. Yo me di cuenta de la inhabilidad cuando el Consejo Nacional Electoral me requiere con el oficio CNE-FNFP: 1160, de las correcciones que tenía que hacer. PREGUNTADO: Pero en el oficio el Consejo Nacional Electoral no le advierte de la inhabilidad, indíquele a la Fiscalía como se enteró de la inhabilidad del señor Jaime Alfonso Núñez Montilla. CONTESTO: Yo ya sabía de los topes de la inhabilidad de los aportantes o los donantes, yo me vine a dar cuenta después de elecciones, cuando se había enviado la documentación al Consejo Nacional Electoral, yo no sabía que al señor Jaime Núñez le habían dado un contrato. PREGUNTADO: Cómo se enteró, por qué medio o por interpuesta persona, porque o por quién, qué Jaime Alfonso Núñez, presuntamente estaba inhabilitado para contratar con la Gobernación del Caquetá, donde usted le advirtió el 17 de

junio de 2020, al mandatario Arnulfo Gasca Trujillo. CONTESTÓ: Yo ya sabía de los topes como lo indique anteriormente. Yo le dije a don Jaime Alfonso Núñez, que el Consejo Nacional Electoral, me estaba solicitando copia de los soportes de las donaciones y, donde yo le digo que por ese valor para mí estaba inhabilitado para contratar, donde él me responde, pero a mí ya me dieron un contrato de suministro de alimentos. Ahí es donde le conté al Gobernador y él me dice que le pasé un oficio argumentándole la supuesta inhabilidad y, yo le envió el oficio de la presunta inhabilidad de don Jaime Núñez...»¹⁵

De allí se puede extraer que, si bien el contador de la campaña sí conocía «los topes de la inhabilidad de los aportantes o los donantes», no es menos cierto que no tenía relación con el área contractual del departamento del Caquetá, por lo que no tuvo ocasión ni motivo para advertirle al gobernador sobre la norma que inhabilitaba al señor Núñez Montilla.

En tercer lugar, el señor Héctor Mauricio Cuellar Pinzón, quien fungió como Secretario de Gobierno del indagado. Aunque la fiscalía no le preguntó si conocía, o no, la inhabilidad en cuestión, ello habrá de afirmarse en vista de su alto nivel académico y su experiencia laboral, la que él mismo resumió así:

«... Abogado egresado de la Universidad Libre en Bogotá, con Especialización en Derecho Penal de la Universidad del Rosario, Especialización en Derecho Sancionatorio de la Universidad Militar, Maestría en Derecho Penal de la Universidad San Tomás (sic), y Especialización en Gobierno y Gestión de Entidades Territoriales de la Universidad Javeriana ... Docente de la Universidad de la Amazonía en el área penal. He trabajado como Juez Promiscuo Municipal en Solano y Paujil, Caquetá, Fiscalía General de la Nación como Fiscal Local en Valparaíso, Cartagena del Chaira, El Paujil Y Florencia, Caquetá...»¹⁶

En punto de la tramitación del contrato número 20200000385, adujo lo siguiente:

«PREGUNTADO: Sírvase explicarle a la Fiscalía todo lo relacionado con el trámite del estudio previo y la supervisión del contrato. CONTESTÓ: Como le dije anteriormente se estaba

viviendo una situación muy difícil, lo que con llevó (sic) a efectuar la adquisición de los veinte mil mercados que surgieron de las solicitudes de tantas personas como lo dije anteriormente, se dispuso que el abogado (Edwin Fabián Leal) de apoyo en contratación de la Secretaría de Gobierno, adelantara los estudios previos, los cuales una vez elaborados fueron remitidos a la Dirección Técnica de Contratación de la Gobernación para que continuara con la elaboración de los estudios previos, teniendo en cuenta la (sic) de la capacidad jurídica y financiera y, la posterior elaboración del contrato por parte de la dirección técnica de contratación de la gobernación. PREGUNTADO: Sírvase explicar a la Fiscalía cómo se llevó acabo el trámite para escoger al contratista ... CONTESTÓ: Mi función no era escoger el contratista, por cuanto solamente se nos asignó la elaboración de estudios previos y la supervisión del contrato una vez suscrito... PREGUNTADO: Sírvase indicarle a la Fiscalía si el mandatario Arnulfo Gasca Trujillo, intervino en la selección de éste o sugirió la asignación del contrato a Jaime Alonso Núñez Montilla, en caso cierto, por qué y cómo lo hizo. CONTESTÓ: En ningún momento el señor Gobernador, sugirió, recomendó o señaló a contratista alguno, todo se hizo en el marco del principio de transparencia, siempre buscando el mejor precio, el contratista de mayor idoneidad y experiencia y, quien al final pudiese cumplir con el contrato en debida forma, sin recibir anticipadamente un pago...PREGUNTADO: Tenía conocimiento que Jaime Alonso Núñez Montilla propietario del establecimiento de comercio denominado Maxigranos, aportó dinero a la campaña para la Gobernación de Arnulfo Gasca Trujillo. CONTESTO: No, de ninguna forma. PREGUNTADO: Sírvase indicar si al Gobernador Gasca Trujillo, se le enteró al momento de celebrar el contrato No. 202000000385 del 02 de junio de 2020, sobre la inhabilidad respecto del contratista Jaime Alonso Núñez Montilla, en caso contrario, cuándo fue advertida la misma y por quien. CONTESTÓ: No sabía, nadie sabía, nos enteramos por los medios de comunicación».17

De allí podemos concluir que, a pesar de que el señor Cuellar Pinzón estaba al tanto de la norma que contenía la inhabilidad, no tuvo razón para advertir a GASCA TRUJILLO sobre la

misma, pues no sabía que Núñez Montilla fue aportante de su campaña electoral, ni mucho menos conocía el monto de la contribución.

Tampoco parece hallarse algún motivo para que el Secretario de Gobierno o el abogado Edwin Fabián Leal Hernández, quien hizo parte de esa dependencia y participó en el proceso contractual, alertaran al señor GASCA TRUJILLO sobre la disposición jurídica que inhabilita a Núñez Montilla, dado que su llegada como contratista estuvo inspirada en la capacidad de producción que mostró durante la pandemia y definida en el momento que brindó la oferta más económica del mercado. Así lo dejó ver aquel [Edwin Fabián Leal Hernández] en su entrevista:

«PREGUNTADO: Qué criterios se tuvo en cuenta para la escoger las empresas (“Empacadora y Distribuidora Supermercaben, Frutas y verduras el primo – Grupo Empresarial Rubiano Navarro S.A.S. y Maxigranos), para solicitar las cotizaciones. CONTESTÓ: Estas empresas son de renombre en la región, muy conocidas, tienen capacidad logística y de volumen para suministrar el volumen de mercados que se requerían, por lo tanto, se solicitó a estas empresas las cotizaciones. Es importante mencionar, que para la época de solicitud de cotización no estaban ingresando productos perecederos al Departamento del Caquetá por el tema de la pandemia y cierre de vías, por lo tanto, no todas las empresas y/o distribuidoras tenían la posibilidad de facilitar las cotizaciones. PREGUNTADO: Sírvase indicarle a la Fiscalía si el mandatario Arnulfo Gasca Trujillo, intervino en la selección de éste o sugirió la asignación del contrato a Jaime Alonso Núñez Montilla, representante legal de Maxigranos, en caso cierto, por qué y cómo lo hizo. CONTESTÓ: Desconozco algún tipo de intervención. PREGUNTADO: Por qué se escogió a este contratista (Jaime Alonso Núñez Montilla) y no a otro. CONTESTÓ: Revisado el proceso contractual, se puede ver que la Dirección de Contratación, realizó un estudio económico nuevamente donde la Distribuidora Maxigranos, presentaba los menores precios del mercado, por lo tanto, es la empresa que se seleccionó para que suministrara los veinte mil mercados... PREGUNTADO: Este contrato (202000000385 de 2 de junio de 2020) se direccionó para que el contratista Jaime Alonso

Núñez Montilla con el establecimiento de comercio denominado Maxigranos, fuera favorecido, en caso cierto, por quién. CONTESTÓ: No se direccionó el contrato, teniendo en cuenta que uno de los criterios de selección era escoger a quien presentara mejores precios y cumpliera con los requisitos económicos, financieros, técnicos y jurídicos. PREGUNTADO: Tenía conocimiento que Jaime Alonso Núñez Montilla propietario del establecimiento de comercio denominado Maxigranos, aportó dinero a la campaña para la Gobernación de Arnulfo Gasca Trujillo. CONTESTÓ: No señor, desconozco que haya aportado a la campaña, teniendo en cuenta que no conocía al señor Jaime Alfonso Núñez Montilla. Yo me entero cuando ya nos avisan de contratación que hay un hallazgo en el suministro de los mercados, hallazgo que consistía en una presunta inhabilidad para contratar por parte del señor Jaime Alfonso Núñez, en razón a ser un aportante a la campaña de la Gobernación. PREGUNTADO: Sírvase indicar si al Gobernador Gasca Trujillo, se le enteró al momento de celebrar el contrato No. 202000000385 del 02 de junio de 2020, sobre la inhabilidad respecto del contratista Jaime Alonso Núñez Montilla, en caso contrario, cuándo fue advertida la misma y por quien. CONTESTÓ: Desconozco si se le informó al Gobernador Arnulfo Gasca de la inhabilidad que presentaba el señor Alfonso Núñez, presumo que no, pues no se hubiera celebrado ningún contrato».18

Tales circunstancias fueron refrendadas por la Directora Técnica de Contratación, la señora Ana María Bustos Rodríguez, quien se pronunció en idéntico sentido sobre las razones que tuvo para extender la invitación a Núñez Montilla y luego optar por su selección. Ante ese escenario, concluyó en su entrevista que «al Gobernador no se le enteró de la inhabilidad al momento de suscribir el contrato, puesto que no teníamos conocimiento que el contratista había sido aportante a la campaña. La misma es advertida por el contador de la campaña de apellido Barrios...»19

En ese mismo sentido se pronunciaron los demás miembros del equipo de contratación, los abogados Mary Lorena Trujillo Ramírez²⁰, Swthlana Fajardo Sánchez²¹ y Cristian Camilo Cabrera²², quienes también participaron en la estructuración del contrato que le fue

asignado al señor Núñez Montilla. Los tres adujeron desconocer que éste último fue aportante de la campaña electoral del sindicato y solo se enteraron de ello cuando la noticia salió en los medios de comunicación.

Entonces, para la Sala es dable colegir que ninguno de los funcionarios o asesores que apoyó el proceso contractual al interior de la gobernación sabía que Núñez Montilla fue uno de los benefactores del proyecto político de GASCA TRUJILLO, lo que evitó que aquellos tuvieran razones o motivos para ponerlo al tanto sobre la inhabilidad del literal k del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993.

De allí que le asiste razón a la delegada de la fiscalía al afirmar que se trata de un error invencible, puesto que GASCA TRUJILLO solo posee instrucción secundaria (bachiller), siempre se ha desempeñado como comerciante, no cuenta con experiencia en el ámbito público, es su primera vez en un cargo de elección popular al ser elegido como Gobernador del Caquetá, nunca ha contratado con el Estado y no ha tenido investigaciones por hechos similares, lo que explica su desconocimiento de la norma inhabilitante.

Aunado a ello, se trata de una norma sumamente compleja, ya que no basta con conocer el contenido del recién incluido literal, sino que además hay que establecer su alcance acudiendo a una sucesión de regulaciones en constante cambio. Se trata de las resoluciones que expide el CNE para cada periodo de campaña con los topes de inversión para las campañas, los cuales, a su vez, dependen del acto administrativo que define el censo electoral en cada una de las circunscripciones territoriales del país. En pocas palabras, debía realizarse una interpretación sistemática de tres disposiciones jurídicas de diferentes jerarquías y materia, para poder establecer que el aporte realizado por el señor Núñez Montilla lo inhabilitaba para contratar con el departamento del Caquetá, lo que, a juicio de la Sala, escapa a la cognición de una persona sin ningún tipo de formación profesional, ni experiencia en la materia.

Ahora, en lo relativo a la posibilidad que tuvo el procesado de actualizar su conocimiento, es necesario tener en cuenta que el equipo jurídico que acompañó al sindicato no conocía que Núñez Montilla había sido uno de los aportantes de su proyecto político, por lo que aquellos no tenían motivos para advertirle sobre la existencia del texto legal.

Aunque el contador de la campaña electoral sabía que Núñez Montilla apoyó económicamente a GASCA TRUJILLO y conocía la norma que lo inhabilitaba, no podemos pasar por alto que aquel [el contador de la campaña] no hace parte de la nómina del departamento, ni tiene motivos para estar al tanto de los procesos contractuales que allí se llevan, por lo que tampoco tenía razones para avisarle sobre la disposición prohibitiva.

Aunado a ello, el contrato fue tramitado ágilmente para conjurar la emergencia económica del Covid-19, tornando efímera la posibilidad de que el gobernador electo inquiriera al contador sobre aspectos del oferente que resultó más conveniente para las finanzas y para afrontar la grave situación que aquejaba el departamento.

Por todo lo anterior, puede afirmarse que el encausado está incurso en un error de prohibición invencible, el cual, según el numeral 11 del artículo 32 del CP, excluye la responsabilidad penal, por lo que la causal de preclusión que se ajusta a este caso es la prevista en el numeral 2º del artículo 332 del CPP.

Vale aclarar que, en materia de errores, la causal 4ª de preclusión solo se predica del error de tipo vencible en delito doloso, pues implica la atipicidad subjetiva en los eventos que el punible no esté previsto como culposos.²³

Así las cosas, se precluirá la investigación en contra de ARNULFO GASCA TRUJILLO por el delito de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, en virtud de la causal 2ª del artículo 332 de CPP, la «existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal».

Una vez en firme la presente determinación, se cancelarán las medidas cautelares y las

anotaciones que por este proceso pesen contra el señor ARNULFO GASCA TRUJILLO, de conformidad con el artículo 334 de la Ley 906 de 2004.

Por lo expuesto, la Sala Especial de Juzgamiento de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

PRIMERO. – PRECLUIR la investigación en contra de ARNULFO GASCA TRUJILLO, identificado con la cédula de ciudadanía número 17.626.998, por el delito de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, en virtud de la causal 2ª del artículo 332 de CPP; en consecuencia, DECLARAR extinta la acción penal a su favor.

SEGUNDO. – Una vez en firme la presente determinación, CANCELAR las medidas cautelares y las anotaciones que por este proceso pesen contra el señor ARNULFO GASCA TRUJILLO.

TERCERO. – Contra la presente decisión proceden los recursos de reposición y/o apelación.

Notifíquese y cúmplase,

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

RODRIGO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario

1 Elegido para el periodo 2020 a 2023.

2 En la página de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el departamento del Caquetá contaba con un censo electoral de 312.518 ciudadanos habilitados para votar el 27 de octubre de 2019.

3 CSJ AP, 24 jun. 2008, rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, rad. 41604.

4 CSJ AP, 29 ene. 2020, rad. 55753.

5 CSJ SP, 06 dic. 2012, rad. 37370.

6 CSJ SP, 05 oct 2016, rad. 45891.

7 CSJ SP, 9 may. 2018, rad. 52196; CSJ SEP, 26, feb. 2019, rad. 52674; CSJ SP, 27 ago. 2019, rad. 54994; CSJ SP, 07 jul. 2021, rad. 56236.

8 El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal o lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

9 La Corte ha resaltado que el delito de es un tipo penal en blanco y, por ello, la

autoridad judicial tiene el deber de acudir a otras normas de carácter extrapenal con el fin de tener una comprensión clara y completa de la conducta sancionada por el legislador. CSJ SEI 11 feb. 2021, rad. 53815; SP 1º nov. 2017, rad. 48978, entre otras.

10 CSJ SP, 05 oct. 2016, rad. 40089.

11 ZAFARRONI, Raúl Eugenio. Tratado de Derecho Penal T. IV, p. 218, citado por GOMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Tratado de Derecho Penal T. V, p. 1022.

12 Entrevista mayo 18 de 2021.

13 Ibid.

14 CSJ SEP, 1º feb. 2023, rad. 46473 con fundamento en CSJ SP, 6 abr. 2022, rad. 59783, CSJ SEP, 10 mar. 2021, rad. 00003 y CSJ SP, 22 jun. 2016, rad. 42930.

15 Entrevista 11 de agosto de 2020.

16 Entrevista 25 de marzo de 2021.

17 Ibid.

18 Entrevista 25 de marzo de 2021.

19 Entrevista 24 de marzo de 2021.

20 Entrevista 18 de agosto de 2021

21 Entrevista 18 de agosto de 2021

22 Entrevista 24 de marzo de 2021

23 CSJ SP, 20 feb. 2019, rad. 50077, reiterado el 29 ene 2020, rad. 55753.

Página 1 de 11