

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MÁRTÍNEZ

Aprobado Acta No. 78

Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil trece (2013)

VISTOS

De conformidad con las previsiones de los artículos 235, numeral 4° de la Carta Política y 75, numeral 6° de la Ley 600 de 2000, procede la Corte a emitir sentencia de única instancia en la causa seguida en contra del ex Gobernador de Casanare WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ, acusado por la Fiscal General de la Nación como probable coautor de los delitos de contrato sin el

cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y heterogéneo con los de peculado por apropiación a favor de terceros.

HECHOS

Así los precisó la Fiscal General de la Nación en la resolución de acusación:

“[...] Los hechos que dieron lugar a esta investigación corresponde, conforme a lo evidenciado por la Contraloría General de la República, Grupo de Gestión Pública a Instituciones Financieras, a las colocaciones que hiciera el departamento de Casanare durante los años 2006 y 2007, de recursos de excedentes de liquidez en patrimonios autónomos, bajo la figura contractual de oferta comercial de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición, en contravía de lo dispuesto por la Ley 819 de 2003, artículo 17, inversión que autorizó el gobernador y ejecutó el tesorero, concretamente en las siguientes operaciones:

Con Green Mountaing Consulting, diez mil millones (\$10.000.000.000,00); (ii) con Chacón Bernal Asociados, tres mil millones (\$3.000.000.000,00); (iii) en Cosacol, dieciocho mil millones de pesos (\$18.000.000.000,00); (iv) en U.T. Likuen, veinticinco mil millones de pesos (\$25.000.000.000); (v) en el consorcio Bogotá-Fusa cuatro mil millones de pesos (\$4.000.000.000,00) y (vi) con Viaducto Muña, tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000,00). [...]

Se advierte que dichas inversiones bajo modalidades no autorizadas en la ley, las que además no contaron con respaldo o garantía, afectaron el erario departamental al punto que a la fecha, no se ha logrado la recuperación plena de lo invertido.

Según informe 498882 del 11 de noviembre de 2009, presentado por funcionarios de policía judicial del C.T.I. de la Fiscalía, estas operaciones financieras totalizaron la suma de \$63.000.000.000,00 de los cuales hasta esa fecha sólo había podido recuperarse \$17.064.686.435, por lo que la pérdida patrimonial para el departamento en razón de estos hechos a esa fecha, ascendía a la suma de \$45.935.313.565.”[1]

FILIACION DEL PROCESADO

WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ, identificado con la cédula de ciudadanía 9'658.821 expedida en Yopal, Casanare, nacido en esa misma localidad el 20 de junio de 1972, hijo de Veranio Porras y María Carmenza Pérez, de profesión economista.

Se desempeñó como Gobernador de Casanare entre septiembre de 2006 y diciembre de 2007, por virtud de la designación del Presidente de la República, en reemplazo de Miguel Ángel Pérez.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. Con fundamento en la información suministrada por la Contraloría General de la República y luego de adelantada la fase de indagación preliminar, el 12 de febrero de 2009 el Fiscal General de la Nación dispuso la apertura de formal investigación en contra del ex Gobernador de Casanare WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ[2], quien fue vinculado a la actuación mediante diligencia de indagatoria llevada a cabo el 16 de marzo siguiente.

2. Por resolución del 21 de junio de 2011 le fue resuelta su situación jurídica con imposición de detención preventiva, como probable autor de los delitos de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y heterogéneo con los de peculado por apropiación[3], la que se hizo efectiva el 28 de junio de la misma anualidad, fecha a partir de la cual se halla privado de la libertad en centro carcelario[4].

3. Al proceso concurrió el departamento de Casanare, a través de apoderado, para constituirse en parte civil, demanda que fue admitida por resolución del 19 de junio de 2009[5].

4. En cumplimiento del mandato otorgado, el apoderado de Casanare presentó en la oportunidad legal, esto es, antes de producirse el cierre de la investigación, demanda en contra de FIDUAGRARIA S.A. y FIDUPETROL S.A., dirigida a obtener su vinculación como terceros civilmente responsables, admitida por el Fiscal General de la Nación a través de resolución interlocutoria del 21 de diciembre de 2010, que se notificó personalmente al procesado, al agente del Ministerio Público y al apoderado de FIDUPETROL, más no al representante legal de FIDUAGRARIA.

5. Clausurado el ciclo investigativo, la instrucción se calificó el 26 de octubre de 2011 con resolución de acusación en contra del aforado como probable coautor de los mismos delitos que

determinaron la imposición de la medida de aseguramiento, con fundamento en los siguientes supuestos:

(i)- La calidad de servidor público ostentada por WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ, quien fungió como Gobernador de Casanare entre septiembre de 2006 y diciembre de 2007.

(ii)- La disponibilidad jurídica que tenía frente a los recursos objeto de apropiación, de conformidad con el artículo 209 constitucional atinente a las finalidades de la función pública; la Resolución 0089 del 1 de marzo de 2006 -“manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la Administración Central del Casanare”- que contempla como deberes del gobernador, entre otros, el de “... Cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional, las leyes, los decretos del gobierno y la ordenanzas de la Asamblea Departamental”[6]; “Administrar adecuadamente los recursos cedidos por la Nación para el beneficio del departamento”[7]; “Administrar y ejecutar el presupuesto y dirigir su adecuada administración”[8] y “Revocar los actos de sus subalternos que sean contrarios a las leyes u órdenes superiores a menos que dichos actos tengan carácter de definitivos o corresponda su revisión a otra autoridad”[9]; y la Ordenanza número 10 de 30 de noviembre de 2006, donde expresamente se contempló que dichas inversiones debían contar con el visto bueno del Gobernador.

(iii)- Las autorizaciones escritas que impartió el Gobernador PORRAS PÉREZ a su Tesorero para disponer de excedentes de liquidez, la primera del 8 de noviembre de 2006 proveyendo la colocación de \$38'000.000.000 en patrimonios autónomos administrados por fiduciarias; la segunda, del 17 julio de 2007, para invertir \$25'000.000.000 bajo la misma modalidad[10], órdenes instrumentalizadas “... a través de la celebración de una oferta de cesión de créditos con pacto de readquisición o recompra, por parte del fideicomitente cedente, en un tiempo determinado y por un precio determinado”[11], en oposición al tipo de inversiones que para tales recursos autoriza el artículo 17 de la Ley 819 de 2003.

(iv).- La forma deliberada en que intervino el aforado para que se concretaran esas inversiones ilegales, en contravía de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, objetividad y publicidad que informan a la contratación pública en particular y a la función administrativa en general (artículo 209 constitucional), pretextando ante el tesorero departamental que su equipo de asesores había estudiado la viabilidad y conveniencia de tales operaciones, pese a que, como se demostró, más allá de las visitas de los intermediarios financieros señores Juan Carlos Huérfano y Elkin Contento, nunca se llevó a cabo un estudio de la propuesta.

(v).- La pérdida efectiva de recursos públicos, constatada a través de la inspección a la Gobernación de Casanare cuyos resultados se condensaron en el informe 602784 FGN.CTI.DN.GIFDCSJ del 4 mayo de 2011[12] conforme al cual las inversiones han dejado un faltante de \$44'342.813.565,00, sin incluir los rendimientos financieros, ni intereses por mora.

(vi).- El desconocimiento de los artículos 1502 y 1519 del Código Civil, aplicables en materia de contratación pública, dado que las ofertas versaron sobre objeto ilícito, por contravenir el derecho público de la Nación, esto es, las explícitas alternativas previstas en el artículo 17 de la Ley 819 de 2003.

(vii) La omisión de los principios de economía y planeación que regulan la contratación de las entidades estatales puesto que las inversiones no contaron con estudios serios de conveniencia, riesgo, rentabilidad, modalidad de la oferta y verificación de los oferentes, hechos demostrativos de que el procesado al autorizar a través de la Tesorería la celebración de esas cesiones de derechos, obró como coautor de seis delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en la modalidad de concurso material homogéneo y sucesivo.

6. En firme la acusación, la Corte llevó a cabo audiencia preparatoria, en cuyo trámite se decretó la nulidad parcial de lo actuado en lo atinente a la vinculación de FIDUAGRARIA S.A. como tercero civilmente responsable, y se pronunció sobre las pruebas demandadas por los sujetos procesales.

La audiencia de juzgamiento tuvo lugar en diez sesiones, en desarrollo de las cuales se practicaron las pruebas decretadas, excepción hecha de las declaraciones de los representantes legales de GREEN MOUNTAIN CONSULTING y COSACOL, como la del Secretario Jurídico de la Gobernación del Casanare, pues dadas las dificultades para su comparecencia los sujetos procesales que las solicitaron -defensor y apoderado de FIDUPETROL-, desistieron de su práctica. A la conclusión del periodo probatorio, se presentaron a consideración de esta Corporación las alegaciones finales, de las cuales la Sala extracta los temas centrales y las peticiones efectuadas por los sujetos procesales.

6.1. La Fiscal Delegada

Solicitó el proferimiento de sentencia condenatoria por cuanto, con base en las pruebas legalmente practicadas tanto en la instrucción como en el juicio, se demostró la existencia de los delitos imputados y la responsabilidad penal de WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ, en calidad de coautor. En apoyo de esa solicitud expresó:

6.1.1. Frente al delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, pese a que la oferta comercial de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición no aparecen expresamente reguladas en la ley 80 de 1993, tal circunstancia no la sustrae de su carácter de contrato estatal, ni releva a la administración de darle cumplimiento a las exigencias propias para su validez, referidas tanto a los requisitos generales de la legislación civil -consentimiento, capacidad, objeto y causa lícitas-, como a las derivadas de su carácter administrativo.

Para el caso, en virtud de la naturaleza de los recursos comprometidos a través de dichas ofertas, correspondientes a excedentes de liquidez, era imperativo que la administración se sujetara a las alternativas de inversión previstas en el artículo 17 de la Ley 819 de 2003, esto es, la adquisición de (i) títulos de deuda pública interna de la Nación, (ii) títulos que cuenten con alta calificación de riesgo crediticio; o, (iii) títulos depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio, marco legal radicalmente desconocido por la Gobernación de Casanare.

En ese orden, las ofertas comerciales suscritas por el Tesorero de Casanare, con ocasión de las autorizaciones escritas impartidas previamente por el gobernador PORRAS PÉREZ, devienen violatorias de la regulación atrás referida, que al integrarse al derecho público de la Nación permiten advertir la ilicitud de los objetos contractuales al tenor de lo dispuesto en el artículo 1519 del código civil.

Además, el contratarse sin apoyo en estudios serios de conveniencia, riesgo, rentabilidad, modalidad de la oferta, verificación de los oferentes, trajo en el desconocimiento de principios que regulan la contratación en Colombia, en especial los de economía y planeación.

No es cierto que la ordenanza 010 de 2006 no regule el manejo de excedentes de liquidez provenientes de saldos contractuales, cuando ello se aparta del tenor literal de dicha reglamentación que en sus artículos 8º, 9º y 10º expresamente menciona los rendimientos financieros originados en convenios, contratos, recursos del sistema general de participaciones e incluso, del régimen subsidiado. Por ello, puede afirmarse que las autorizaciones exigidas al Gobernador para las inversiones financieras temporales, corresponden sin distinción a toda esta gama de recursos, según se desprende del contenido del artículo 7º de la misma ordenanza, que impone al gobernador intervenir de manera directa en el manejo de las inversiones financieras temporales.

El hecho que las ofertas se hubieran celebrado con la intervención de FIDUAGRARIA y FIDUPETROL, no satisface la exigencia de la Ley 819 de 2003, porque está probado con las minutas que recogen esos contratos que la fiduciaria obraba como simple vocera del fideicomiso precedente y no administraba recursos de la Gobernación del Casanare, por manera que tampoco respondía por su correcta utilización y retorno.

En la práctica, lo que se hizo a través de las fiduciarias, según se evidenció, fue obtener préstamos, a través de unas operaciones de alto riesgo que no fueron ponderadas por la administración en cabeza del Gobernador, a quien le era exigible la mayor diligencia en el manejo de los recursos públicos, sin importar su origen.

A su vez, si se admitiera como pretende la defensa que los compromisos se pactaron entre la gobernación y las fiduciarias, los contratos devendrían igualmente en ilegales, pues tampoco se cumplió ninguna de las exigencias que para el contrato de fiducia pública establece el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, norma que prohíbe la transferencia del dominio sobre los recursos oficiales fideicomitidos, como la constitución de patrimonios autónomos independientes del propio de la entidad pública, y porque, en esos casos, su celebración debe estar precedida de concurso o licitación pública, requisitos todos omitidos en el caso bajo examen.

6.1.2. Frente al delito de peculado por apropiación a favor de terceros, no cabe duda que el procesado contaba con la disponibilidad jurídica de los recursos apropiados a favor de terceros, en tanto era de su competencia avalar las operaciones que afectasen dichas sumas, conforme a lo dispuesto en la Ordenanza ya citada, en concordancia con el artículo 4, inciso 2, de la Ley 141 de 1994, que faculta a las Asambleas y Concejos para reglamentar lo atinente a la inversión de los excedentes de liquidez de regalías y compensaciones.

El detrimento patrimonial se produjo en virtud de las operaciones irreglamentarias que autorizó en cuantía de \$63.000'000.000 a patrimonios autónomos, con tasa de retorno del 9% y 10,5% efectivo anual y plazo de uno y hasta dos años, salvo por algunos abonos a capital e intereses que sólo alcanzan los \$17.064.686.435, pues como lo señaló el Departamento Nacional de Planeación y la Contraloría, se trató de operaciones de alto riesgo, sin respaldo ni garantía, pues los derechos fiduciarios no son títulos valores o instrumentos negociables.

Las órdenes del gobernador para llevar a cabo esas colocaciones en patrimonios autónomos, se impartieron deliberadamente sin adoptar mecanismos que preservaran los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, objetividad y publicidad que informan la contratación pública, lesionando efectivamente el bien jurídico de la administración pública protegida por el legislador penal, lo que hace tal proceder antijurídico.

La realidad de lo reglamentado, las inversiones mismas y el dicho del señor ALFONSO SÁNCHEZ, contradicen sustancialmente los argumentos defensivos del gobernador, mostrando su conocimiento acerca del tipo de negocio que se hacía, sin que en su favor se erija ninguna causal de ausencia de responsabilidad, pues con ocasión de su formación y experiencia estaba en capacidad de conocer la ilicitud de su obrar, como también de comportarse conforme al mismo.

En tales condiciones surge manifiesta su responsabilidad penal como coautor de los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros, en concurrencia de las causales de agravación contempladas en los numerales 1 y 9 del artículo 58 del Código Penal.

6.2. La Procuradora Segunda Delegada para la investigación y el Juzgamiento Penal

En plena coincidencia con la tesis esgrimida por la Fiscalía solicita se dicte sentencia condenatoria, basándose en lo fundamental en los siguientes hechos, acreditados a lo largo del proceso:

1) El desempeño del procesado como gobernador del Departamento de Casanare.

2) La inversión realizada durante su administración -años 2006 y 2007-, de recursos de excedentes de liquidez en patrimonios autónomos bajo la figura contractual de oferta comercial de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición, hecho acreditado por plurales medios probatorios, entre ellos, el informe 498882 de 11 de noviembre de 2009, suscrito por funcionarios de policía judicial del C.T.I. de la Fiscalía, de acuerdo con el cual, esas operaciones financieras ascendieron a la suma de \$63.000.000.000.

La defensa dirigió sus esfuerzos a sustraer de su verdadero entorno jurídico- legal las anteriores operaciones, para sostener que la responsabilidad por las inversiones ilegales recaerá alternativamente en las fiduciarias receptoras de los recursos públicos, o en el tesorero VICTOR MANUEL ALFONSO SANCHEZ. Mas, en ese intento, de una parte el ex Tesorero VÍCTOR MANUEL ALFONSO SÁNCHEZ amplió su testimonio ratificando la intervención activa del ex Gobernador WHITMAN PORRAS PÉREZ en las inversiones ilegales, en virtud de las autorizaciones que impartió para tales fines el 8 de noviembre de 2006 y el 17 de julio de 2007. Y de otra, las declaraciones recibidas en el juicio a solicitud de la defensa, no modificaron en absoluto el panorama probatorio bajo cuya égida se profirió la resolución de acusación en contra del procesado.

En cambio, a través de la prueba trasladada que se incorporó en desarrollo de la diligencia de inspección judicial llevada a cabo sobre el proceso 2386, fue posible la aprehensión de algunos conceptos básicos de los negocios fiduciarios dentro de los cuales se produjeron las inversiones desde luego ilegales, de los excedentes de liquidez de tesorería del departamento de Casanare. Por ejemplo, MARIA FERNANDA ZUÑIGA CHAUX, quien fungió como presidenta de FIDUAGRARIA S.A., precisó en la declaración trasladada que los contratos de fiducia mercantil tenían por objeto

la administración de unos recursos aportados exclusivamente por el fideicomitente, correspondiendo única y exclusivamente a éste la definición de su destinación y que la oferta comercial de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición fue una modalidad usada para ubicar recursos con el compromiso de retornarlos en el plazo pactado y rendimientos, siendo el patrimonio autónomo apenas una fuente subsidiaria de ese pago ante un eventual incumplimiento por parte del fideicomitente.

Por lo tanto, las consecuencias de estricta estirpe civil que tal tipo de negocio acarrea no despojan de su carácter ilícito las inversiones de los excedentes de liquidez realizada por el Gobernador de Casanare, respecto de las cuales obra prueba inconcusa demostrativa de su compromiso penal en calidad de coautor del concurso heterogéneo de delitos por los cuales fue residenciado en juicio criminal, entre ellas: (i) Los sendos oficios o escritos sin números, producido el primero de ellos el 8 de noviembre de 2006 y el segundo en el mes de julio de 2007, a través de los cuales autorizó al Director Técnico de Tesorería de la época, VÍCTOR MANUEL ALFONSO SÁNCHEZ, para que llevara a cabo las inversiones cuestionadas. Y, (ii) el escrito de enero de 2007 que dirigió al mismo tesorero donde en clara alusión a su competencia sobre la materia, lo autorizó para efectuar un cambio de portafolio de inversión de los excedentes de liquidez.

Sobre la naturaleza jurídica de los excedentes de liquidez de tesorería, en el informe jurídico financiero del 8 de mayo de 2008 el Departamento Nacional de Planeación clarificó su concepto haciendo saber que son todas aquellas sumas a disposición del ente territorial, cuyo destino temporal debía corresponder a alguna de las modalidades previstas en la Ley 819 de 2004, artículo 17, en concordancia con los artículos 43, 48 y 52 de la Ley 179 de 1994, reglamentación desconocida por el primer mandatario cuyas propuestas exculpativas resultan inatendibles, en tanto su formación profesional como economista, complementada con especialización en proyectos de desarrollo y contratación estatal, lo obligaban de manera inexcusable a un desempeño pulcro e idóneo en el cumplimiento de sus funciones.

6.3. El apoderado de la parte civil

Además de coincidir en los planteamientos generales esbozados por la Fiscalía y la Procuraduría, llamó la atención sobre otros aspectos a tenerse en cuenta de cara al juicio de tipicidad de los delitos atribuidos al procesado, así:

La denominación que se dio a los contratos celebrados, esto es, el de “oferta”, constituyó un simple distractor, por cuanto, al revisar el clausulado de ellos claramente se advierte que se trata de típicos contratos de cesión de derechos que, por razón de su naturaleza, la administración no podía celebrar.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que los dineros públicos invertidos no estaban disponibles en bancos, al punto que fue necesario efectuar una serie de operaciones de tesorería desde mediados de 2006 para obtener liquidez, esto es, antes que se constituyeran las fiducias, lo que indica el conocimiento previo que tenía la Gobernación sobre esos patrimonios aun no constituidos.

Así lo revela el oficio fechado el 17 de julio de 2007[13], donde el Gobernador ordenó a su tesorero el cambio del portafolio de TES B en bonos yanquis, para que una vez obtenida liquidez se destinaran 25.000 millones de pesos en el producto de patrimonios autónomos; no obstante, para esa fecha la UT LIKUEN no había acudido a FIDUPETROL, hecho que vino a acontecer sólo en septiembre siguiente, surgiendo así la pregunta de cómo fue posible que el Gobernador supiera con esa antelación que en esa fiduciaria se iba a estructurar el patrimonio autónomo?

Entonces, no hay que efectuar grandes esfuerzos analíticos: ese documento demuestra que la operación con FUDUPETROL estuvo concertada con antelación, como también quedó en evidencia al advertir que el mismo tipo de negocio se realizó por la misma época en la Gobernación del Meta, con dos hechos importantes: allí FIDUAGRARIA respaldó con la misma figura a la UT LIKUEN y FIDUPETROL lo hizo respecto de COSACOL, mientras que en Casanare la operación se verificó en sentido inverso: FIDUAGRARIA apalancó a COSACOL y FIDUPETROL a la UT LIKUEN.

Lo anterior permite inferir que medió una preparación ponderada tanto del delito de celebración indebida de contratos, como de peculado, diseño en el cual quedó planteado que los recursos llegaran a determinadas personas, bajo la modalidad de cesión de derechos ya comentada, pero como también lo admitió ante la Sala el señor LEOVIGILDO CHACÓN, con ese dinero debía además pagarse unas comisiones y se conoce que éstas efectivamente se pagaron, a favor de una serie de intermediarios que promocionaron este tipo de operaciones.

En ese orden, se verificó una afectación real del patrimonio del Estado, representada en la pérdida del dinero invertido bajo la forma de adquisición de derechos de beneficio, pues lo que se ofreció a la Gobernación fue adquirir derechos inciertos, sujetos a un alea o expectativa, en cuanto dependían de la ejecución de una serie de actividades a cargo de particulares que estaban fuera del control de la Gobernación.

A su turno, revisados los distintos informes de policía judicial, Departamento Administrativo de Planeación y Contraloría, lo que aparece demostrado es que el único dinero que en verdad ingresó a los patrimonios autónomos fue el de carácter oficial y con miras a financiar la actividad mercantil de los fideicomitentes.

Los dineros públicos se entregaron inmotivadamente para desarrollar una serie de proyectos, como el del inversionista que quería convertir carbón sólido en líquido, o el que pretendía construir el viaducto Muña, que no se han hecho o no han concluido; se trató de simples

expectativas en la cuales la Gobernación invirtió importantes dineros oficiales, a cambio de unos derechos de beneficio inciertos, que derivaban de la ejecución, también incierta, de contratos cedidos por los fideicomitentes a los patrimonios autónomos, con lo cual se presentó una real afectación de su patrimonio.

En ese orden, la condena en contra del Gobernador se debe extender no sólo al aspecto penal sino también al civil, en procura de la reparación del daño material causado, con independencia de que también sea sujeto de la acción fiscal por los mismos hechos. Naturalmente, es en este proceso donde debe producirse tal condena por hallarse satisfecha la prueba para ello, con la eventual consecuencia de que el fallo impacte los procesos de responsabilidad fiscal, conforme a lo normado en el artículo 7° de la ley 610 de 2000.

En cuanto a la responsabilidad de FIDUPETROL como tercero civilmente responsable, ella no se remite a duda, pues aunque ha sostenido en su defensa a lo largo del proceso que actuó con diligencia porque advirtió al Departamento el estado de la fiducia, indudablemente lo que no puede aseverar es que al estructurarse el negocio hubieran hecho las advertencias sobre el inminente riesgo que corrían los dineros públicos.

Ciertamente, los problemas de este tipo de inversiones eran conocidos por las fiduciarias y aunque sostengan que el contrato es lícito y que las cesiones de derecho de beneficio es práctica común dentro de los negocios fiduciarios, no puede pasarse por alto que dicha actividad es de interés público y por ello cuenta con una fuerte reglamentación, parte de la cual está contenida en el estatuto orgánico del sistema financiero y en el decreto 1049 de 2006, donde se estipulan unas prohibiciones y deberes de salvaguardia a cargo de las fiduciarias, como los principios que rigen su actividad: buena fe, lealtad y equilibrio contractual, entre otros.

De manera, que cuando se constituye una fiducia mercantil no es para captar dineros o ganar comisiones, sino para ejecutar los contratos aportados como fuente de pago. Pero en este caso,

cada uno de los testigos explicó cómo ninguno de los contratos cedidos se pudo ejecutar, de modo que se trataba de simples expectativas y siendo ello así, no puede considerarse lícito que el Estado invierta en negocios tan inseguros, en contravía de la ley 80 de 1993.

El fiduciario debe ser un verdadero y genuino administrador, protegiendo el patrimonio autónomo que se conforma con la fuente de pago, de los actos de terceros, del constituyente y del beneficiario, cargas no cumplidas en este evento.

El objeto ilícito de los contratos celebrados deriva de articular la prohibición establecida en el Decreto 1049 de 2006 en concordancia con el marco legal de inversiones de la Ley 817 de 2003. En consecuencia, si se toman las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y se advierte que el objeto del contrato era ilícito, cabe preguntarse si las fiduciarias podían amparar un contrato con objeto ilícito? La respuesta tajante es no, porque sobre ellas también pesaba prohibición en dicho sentido.

FIDUPETROL en su calidad de fiduciario tenía el deber de diligencia de acuerdo con las normas que regulan su actividad, de forma tal que responde hasta por culpa leve, entendida como la falta de diligencia o cuidado que el hombre medio emplea en sus propios asuntos, como así lo señala el artículo 1243 del Código de Comercio.

En este caso, el contrato de fiducia contempló desde su cláusula primera que para desarrollar el objeto social la UT LIKUEN requería “recursos de capital de trabajo para la optimización del flujo financiero”, es decir, desde el momento mismo en que se celebró el encargo, FIDUPETROL sabía que la UT LIKUEN no tenía liquidez y que la iba a obtener mediante la celebración de ofertas de cesión de derechos con pacto de readquisición; en otros términos, esas cesiones no se le ocurrieron al fideicomitente: fue la fiducia la que los habilitó para efectuar tales negocios, promovidos no por nadie distinto a las propias fiduciarias.

Igualmente, aun cuando el fiduciario debe surtir el trámite de conocimiento del cliente, de conformidad con la normatividad vigente, la única verificación que se hizo fue la de lavado de activos, como si fuera su único deber, no obstante que desde la estructuración del contrato de fiducia claramente se advierte el conocimiento que tenía FIDUPETROL acerca del carácter oficial de los dineros que irían a alimentar ese patrimonio autónomo, como así se infiere de la cláusula quinta donde se mencionó la necesidad de que el inversionista aportara un certificado de “disponibilidad presupuestal”, certificado que sólo aplica a obligaciones o compromisos asumidos con cargo a recursos públicos.

Lo claro es que se sabía desde la concepción del contrato de fiducia que los dineros base de la operación iban a ser públicos y por eso se menciona un certificado de disponibilidad presupuestal, máxime cuando las ofertas son verdaderos contratos en términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

En suma, FIDUPETROL obró con culpa al permitir que el negocio fiduciario sirviera de instrumento para amparar contratos que no podía celebrar directamente el fideicomitente con el inversionista beneficiario, en contravía de lo dispuesto por el artículo 1°, parágrafo, del Decreto 1049 de 2006, toda vez que CARBONES LIKUEN no podía recibir en préstamo los dineros de Casanare, ni ese departamento podía invertir sus excedentes para apalancar inversiones particulares, conforme al marco de las mismas regulado en la ley 817 de 2003, razón por la cual debe responder solidariamente por los daños causados al Departamento, como consecuencia de la ilegal operación que auspició.

6.4. El apoderado del tercero vinculado como civilmente responsable

Solicitó la absolución de su representada, FIDUCIARIA PETROLERA S.A., con fundamento en las siguientes consideraciones:

6.4.1. De manera preliminar debe evaluar la Corte el efecto que apareja la vinculación de FIDUPETROL como eventual responsable fiscal del daño patrimonial originado a la Gobernación de Casanare, por cuanto si bien se trata de una acción de naturaleza distinta a la indemnizatoria para la que se le ha llamado en esta actuación penal, lo cierto es que ambas persiguen un mismo objetivo: la reparación del daño patrimonial, situación que podría conducir a que se genere una duplicidad de decisiones en el mismo sentido y una desproporción en el pago indemnizatorio reclamado por el Estado.

6.4.2. Ya en lo que apunta a la responsabilidad civil que se reclama, ella resulta improcedente porque la Fiduciaria a lo único que se obligó por un acto jurídico fue a administrar el capital aportado por el fideicomitente, UT CARBONES LIKUEN, con el que se integró el patrimonio autónomo llamado a financiar las operaciones consistentes en el desarrollo de minas. En ese sentido, los \$25.000.000.000 girados por la Gobernación de Casanare fueron producto del contrato de oferta de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición celebrado con la UT LIKUEN, del que no participó la Fiduciaria. En consecuencia, sólo esa unión temporal, receptora de los recursos, es responsable del pago en su condición de deudora de la Gobernación.

A su vez, fue la Gobernación la que certificó estar en capacidad y contar con competencia para realizar la inversión, además de analizar tanto el contrato de oferta comercial que firmó con la UT Carbones Likuen, como el de suministro entre esa unión y Fecoque, fuente de los derechos de beneficio que respaldaban su inversión. En ese orden, la entidad obró con libertad con miras a hacerle un préstamo a la UT Carbones Likuen, al aceptar la oferta mercantil, sin que ello generara obligación de la fiduciaria.

6.4.3. Las distintas comunicaciones remitidas por la Fiduciaria, tanto a la UT Carbones Likuen, como a la Gobernación de Casanare, debidamente documentadas en el proceso, permite arribar a las siguientes conclusiones:

(i) la Fiduciaria fue diligente, cumplió con su deber y siguió al pie de la letra el encargo fiduciario en cuanto que verificó la viabilidad del negocio con la UT CARBONES LIKUEN y solicitó certificación de la proveniencia y posibilidad de inversión de los recursos en el patrimonio autónomo, a lo cual la Gobernación certificó que se trataban de excedentes de tesorería. Hizo lo propio ante los entes gubernamentales, Contraloría y el Ministerio de Hacienda, sin que se le informara lo contrario.

(ii) Los giros realizados por la Fiduciaria estaban contemplados en el marco del contrato y no podía FIDUPETROL apartarse de las órdenes emanadas del Fideicomitente. Dichos giros se realizaron antes de que se tuviera conocimiento de la falla en las fuentes de flujo el día 23 de diciembre de 2007.

(iii) FIDUPETROL siempre propendió por la recomposición de las fuentes y de los recursos, aunque esa obligación estaba en cabeza de la UT, llegando a requerir directamente a las empresas como Carbones y Coques de Colombia, con las que había negociado el fideicomitente y cumplió con el contenido de los Decretos 538 y 1525 de 2008, así como de la Circular 046 de 2008 de la Superintendencia, requiriendo en distintas ocasiones al Fideicomitente para que presentara el plan de desmonte de la inversión. Además, FIDUPETROL quedó excluida de toda relación contractual, al novarse la obligación mediante la suscripción del documento de acuerdo de pago y constitución de garantías adicionales del 4 de septiembre de 2009, entre Las partes directamente: Gobernación de Casanare y UT CARBONES LIKUEN, en virtud del cual la segunda se obligó a pagar más de 30 mil millones de pesos por los 25 mil millones desembolsados en su favor.

(iv) Existiendo las obligaciones en cabeza de la UT no es viable solicitar a FIDUPETROL el resarcimiento de perjuicios y de un daño como tercero civilmente responsable, puesto que no media relación entre la Fiduciaria y el señalado como responsable de un posible ilícito y existe una obligación clara, expresa y exigible asumida voluntariamente por la UT con la Gobernación, de pagar los 25 mil millones de pesos con intereses y otras indexaciones.

6.4.3. Las anteriores conclusiones fueron ratificadas mediante las pruebas que se practicaron en la fase procesal del juicio, quedando demostrado a través de la versión entregada por el procesado PORRAS PÉREZ, el tesorero ALFONSO SÁNCHEZ, el intermediario ELKIN CONTENTO y el representante legal de FIDUPETROL, LUIS CARLOS SARMIENTO HURTADO, que esa fiduciaria no tuvo ninguna relación de índole personal, laboral o contractual con el Gobernador y que el negocio fue impulsado por la UT CARBONES LIKUEN que estaba buscando recursos para el giro de sus negocios.

Por su parte, a través del dictamen pericial contable Nro. 6887 del 15 de marzo de 2012 se determinó la existencia de la deuda contraída por la UT CARBONES LIKUEN pero erróneamente contabilizada a cargo de FIDUPETROL, por cuanto del documento de garantías adicionales se desprende con toda claridad que la obligada es la unión temporal.

Adicionalmente, el proceso revela que la fiduciaria tomó salvaguardas previas como certificaciones de origen de los recursos, indagó por el tema de lavado de activos, recibió dos certificaciones del Tesorero de la Gobernación donde expresamente se señalaba que los excedentes de tesorería podían ser utilizados para invertir, a través de la UT LIKUEN, en el patrimonio autónomo, no en la fiduciaria, como algunos han confundido.

Queda también claro que la FIDUCIARIA giró los recursos por instrucciones del fideicomitente como lo imponía el contrato y la naturaleza de este tipo de fiducia y tan pronto se le comunicó de la ruptura en la fuente de flujo de recursos (contrato Fecoke y Gensa), suspendió los giros, aún cuando insistentemente la UT Carbones Likuen y la Gobernación pidieron el remanente.

De allí que el único obligado contractualmente con la Gobernación es la UT Carbones Likuen, quien debe responder por el dinero e incluso como consecuencia de un eventual actuar de un tercero, pues en últimas no sólo manifestó su voluntad de obligarse con unas garantías adicionales firmadas el 9 de septiembre de 2009, sino que se benefició con el giro solicitado invirtiéndolo en actividades mineras que según OSORIO GUEVARA dieron unos réditos, pero que inexplicablemente no se reintegró a la Gobernación la suma entregada.

6.5. El procesado

Solicitó fallo absolutorio, con fundamento en las siguientes consideraciones:

6.5.1. En cuanto al delito de peculado, de conformidad con el artículo 4° del Decreto Ordenanza 0117 del 31 de julio de 2001, las funciones del Gobernador en materia presupuestal se refieren exclusivamente a la ordenación del gasto sobre el presupuesto de la respectiva vigencia, que culmina con el registro de la afectación correspondiente, mientras que el artículo 11, radica en cabeza del Secretario de Hacienda y del Tesorero la función de dirigir, efectuar y controlar las inversiones de excedentes de liquidez. Por manera que, para el caso, no contaba el gobernador con la disponibilidad jurídica de los recursos presuntamente apropiados a favor de terceros.

La Ordenanza 010 de 2006, a la cual acudió la Fiscalía para asignarle la disponibilidad jurídica de los recursos en cuestión, se expidió para fijar el presupuesto de ingresos y gastos de 2007 y por ello, no puede ser la base para censurar las operaciones efectuadas en noviembre de 2006 con

FIDUAGRARIIA. Pero tampoco resultaba aplicable para la operación realizada con FIDUPETROL en 2007, por cuanto para esta última lo que se utilizaron fueron “saldos de liquidez de contratos”.

6.5.2. Los oficios que supuestamente demuestran que intervino en el direccionamiento de las inversiones, son simplemente informativos, y fueron elaborados por el Tesorero. Además, el del 17 de julio no se utilizó como instrumento para que FIDUPETROL a diferencia del suscrito directamente por el tesorero, de fecha 30 de agosto de 2007 -visible a folio 600, del anexo 6- donde asumió directamente la decisión de efectuar las inversiones de acuerdo con las facultades que le otorga el manual de funciones.

6.5.3. Brilla por su ausencia prueba alguna que demuestre que actuó con ánimo de favorecer a terceros, aspecto que terminó apoyado en simples suposiciones, pues el tesorero declaró jamás haber recibido sugerencia del gobernador acerca de fiduciaria, patrimonio autónomo o fideicomitente alguno para direccionar las inversiones que realizó; ni los representantes de los consorcios y uniones en las cuales se invirtió, dijeron haberse reunido con él para pactar esas inversiones; ni los intermediarios HUERFANO o CONTENTO afirmaron que el gobernador hubiera participado en la estructuración del negocio.

El hecho de haber recibido en el despacho al señor HUÉRFANO es intrascendente pues se limitó a remitirlo ante el tesorero para que explicara los productos que venía promocionando, es decir, en la corta charla que sostuvieron, no conoció, ni se le expuso el negocio. Además, no conoció a ELKIN CONTENTO.

6.5.4. Ni la Fiscalía, Procuraduría y parte civil probaron quiénes fueron las personas que se apropiaron de los dineros estatales, ni les mereció comentario alguno que los fideicomitentes regresaran parte de recursos de los patrimonios autónomos a la Tesorería de Casanare, ni que en sus declaraciones hayan manifestado su voluntad de devolverlos en su totalidad, como ya pasó con el consorcio Bogotá-Fusa; o que se están adelantando pagos, como en el caso del Viaducto Muña; o se haya novado la obligación como en el de Carbones Likuen, rompiendo con ello “el elemento subjetivo de apropiación de ellos”, pues ninguno “dijo que tenía el deseo de apropiarse de esos recursos, al contrario manifestaron su voluntad de devolverlos. Por lo tanto no tuvieron el

conocimiento y voluntad de actuar en contra de la ley ya que sus actuaciones en todo momento han sido dirigidas a devolver los recursos...”.

6.5.5. Frente a la imputación por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la Fiscalía admitió que el depósito de excedentes no es un contrato regido por la ley 80 de 1993, sino por el derecho privado, mediante contratos de adhesión propuestos por las entidades financieras, como lo ha sostenido la Superintendencia Financiera, por lo tanto, no tienen causa ilícita. Y la oferta comercial de cesión de derechos con pacto de readquisición “... no es un contrato, es una mera propuesta o cotización que por si sola no produce ningún efecto jurídico vinculante entre quien la presenta y quien la suscribe sin que implique aceptación...”.

6.5.6. Dice la Fiscalía que el objeto de estos últimos acuerdos fue ilícito por no sujetarse al artículo 17 de la Ley 819 de 2003, pero esta reglamentación se refiere a la inversión de excedentes de liquidez, que es un concepto distinto al involucrado en las operaciones cuestionadas, realizadas con excedentes de tesorería provenientes de saldos de contratos, dineros que se someten a lo ordenado por el numeral 20 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, esto es, mediante encargos fiduciarios que conforme al numeral 5° del artículos 32 ibídem no demandan para su celebración del adelantamiento de licitación pública. Tratándose entonces de una operación autorizada por la ley, no puede argumentarse la presunta concurrencia de objeto ilícito, en tanto no se contravino el derecho público, ni con el contrato fiduciario, ni con las ofertas comerciales.

Además, la norma que proscribe la celebración del negocio fiduciario cuando a él se acude como instrumento para realizar actos o contratos que no puede celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales, no puede interpretarse en términos absolutos; en tal sentido, lo que la fiscalía reprocha es que la inversión no se hiciera por licitación o concurso, afirmación que no es cierta porque incluso “... una ley posterior a la 819 de 2003, la ley 1150 de 2007, permite la colocación directa de excedentes en fondos comunes administrados por las fiduciarias, conllevando a la legalidad sobreviniente (ley más favorable) de lo que aquí equivocadamente se considera objeto ilícito”. Pero aun conviniendo con que los excedentes contractuales estuvieran sujetos a las inversiones expresamente señaladas en el artículo 17 de la Ley 819 de 2003 “nada impediría que esos recursos... se pudieran invertir en entidades financieras

fiduciarias, como la de FIDUAGRARIA, del Estado colombiano y con una excelente calificación para la época de los hechos investigados”.

En suma, puede concluirse que no están dados los elementos del tipo penal, ni los relativos a la responsabilidad en la presunta comisión de este delito.

6.5.7. Las entidades fiduciarias deben responder por el daño causado a la administración, por su actitud pasiva que contribuyó al “incumplimiento de las obligaciones contractuales... rechazando el encargo que estaba condenado al fracaso”; no les importó que los bienes del inversionista pasaran al patrimonio del fideicomitente, quien en realidad cedía unos derechos inexistentes en la mayoría de los casos, incumpliendo así los mandatos que le imponía el decreto 1049 de 2006.

6.5.8. En cuanto hace a las pruebas practicadas en el juicio, deben considerarse las notorias contradicciones en que incurrió VÍCTOR MANUEL ALFONSO SÁNCHEZ, básicamente referidas a que en su declaración afirmó que fue presionado para llevar a cabo las operaciones y que se apoyaron en los estudios hechos por el Gobernador, mientras en su indagatoria se atribuyó directamente los análisis de solidez, diversificación y condiciones del mercado, como también los estudios jurídicos, financieros y técnicos. Asimismo, no puede olvidarse que ante las dificultades de las fuentes de pago concedió autónomamente plazos y prórrogas, lo que contradice su postura acerca de las supuestas presiones recibidas para efectuar las operaciones.

Los testimonios de JUAN CARLOS HUÉRFANO y ELKIN CONTENIDO, como los brindados por los representantes legales de los consorcios y uniones temporales confirman que no existió contacto con él como Gobernador para estructurar el negocio, ni para recibir los dineros.

6.6. El defensor

Coadyuvando la petición del procesado, solicita a la Sala el proferimiento de sentencia de carácter absolutorio, por las siguientes razones:

Los informes de policía judicial se tuvieron como elemento probatorio, sin reparar que en ellos se incurrió en un defecto sustantivo en tanto allí se hicieron valoraciones jurídicas erradas y a la postre acogidas en la resolución de acusación, asumiéndose que los dineros invertidos que eran “excedentes de liquidez contractuales” debía dárseles el manejo previsto para los “excedentes de liquidez presupuestales”, cuando se trata de dos conceptos diferentes:

Los “excedentes de liquidez presupuestales” son de manejo del ordenador del gasto, hay un presupuesto listo para utilizar y mientras se compromete, la legislación ordena que no queden ociosos sino que se utilicen en inversiones de corto plazo conforme a algunas de las modalidades autorizadas por la ley, siendo de su esencia que no pasen del 31 de diciembre de cada año, porque allí hay un corte presupuestal.

Los “excedentes de liquidez contractuales” son dineros en cuentas que ya han sido afectados presupuestalmente, de forma que están afectos al pago de obligaciones ya contraídas y no permanecen a disposición del ordenador del gasto ni material, ni jurídicamente, sino que lo están a órdenes del tesorero, como así sucede en todas las entidades del orden nacional, siendo éste último funcionario quien los debe destinar al cumplimiento de las obligaciones adquiridas. Pero como los contratos no se cancelan en un solo contado, debe además poner el dinero a rendir, conforme lo ordena la ley.

De forma que el primer tema que debe abordarse es el relativo a la naturaleza jurídica de los recursos materia de inversión, porque de ello deriva un segundo contexto importante que corresponde a la precisión sobre el funcionario a quien compete el manejo de los excedentes de contratos, asunto que conforme a la Ordenanza 117 de 2001 corresponde exclusivamente al tesorero, quien además no es subalterno inmediato del Gobernador, sino del Secretario de Hacienda.

Pero hay otra grave confusión normativa originada en los informes del CTI, que consiste en creer que la única forma autorizada por la ley para hacer las inversiones de los saldos contractuales es a través de la apertura de encargos fiduciarios; nada más alejado de la realidad, pues aun cuando la ley autoriza esa alternativa, también es permitido en el numeral 20 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 acudir a cualquier otra forma de inversión que garantice rendimientos, particularmente, invertir en CDTs, en bonos de cierta naturaleza o en entidades financieras con bajo riesgo de inversión.

Con esto no quiere significarse que no se hayan verificado irregularidades, pues ciertamente se dieron, pero lamentablemente se dirigió la investigación a la parte más débil de toda la cadena, reprochando lo sucedido sólo al Gobernador, quien es una persona de perfil técnico académico, que terminó enredado en un proceso que no tiene razón de ser. Si se examina la forma en la que actuó se vislumbrará cómo fue simplemente utilizado, o que obró si se quiere de una manera francamente ingenua, pero con absoluta buena fe y apego a la legalidad.

El tesorero estaba acostumbrado a realizar este tipo de inversiones a lo largo de varios años, sin pedir autorización de ninguna naturaleza, como consta en el expediente, pues la Corte tuvo a bien solicitar informe a la Dirección de Tesorería y aquí reposan todas las operaciones de años anteriores sin que mediara ninguna autorización del gobernador, porque la facultad estaba dada conforme al Decreto Ordenanza 117 de 2001.

El tesorero sólo pidió autorización para estos casos, pero sucede que él mismo redactó la carta, que se trata más una certificación donde consta que sobre él recae la competencia funcional para hacer esas inversiones y respecto de la cual la Contraloría conceptuó que era inocua.

Entonces, si el Tesorero no necesitaba esa autorización ¿para qué la pidió? Pues bien, aquí en esta audiencia lo admitió: para anticiparse por si se presentaban problemas con las inversiones, en otros términos, indujo en error al Gobernador, quien no autorizó a su tesorero, sino que se limitó a certificar esa facultad normativa, por la sencilla razón que la potestad para efectuar las inversiones venía otorgada por el Decreto Ordenanza al atrás referido.

Siendo lo anterior así, desde el punto de vista jurídico, no puede haber responsabilidad al Gobernador puesto que no era el competente para efectuar las inversiones de excedentes de tesorería.

En ese orden, a partir de los desarrollos de la teoría de la participación, son varios los criterios que llevan a excluir la responsabilidad del procesado WHITMAN PORRAS; en primer lugar porque no se reúnen los elementos estructurales de ninguno de los delitos imputados.

Para el peculado, porque el Gobernador no tenía el manejo, ni ejercía la custodia de los recursos invertidos. La fiscalía se inclina por decir que los gobernadores tienen un deber de control general, tesis que resulta peligrosa porque genera una expansión de control extrema, según la cual el titular responde por lo que hace él y por lo que hacen sus subalternos, de forma que se pierde el orden de imputación subjetiva.

En el plano dogmático hay dos principios que llevan a descartar esa postura de la fiscalía, de un lado el principio de confianza ampliamente desarrollado por la Corte; y la prohibición de regreso, según el cual "... cuando una persona hace un aporte inocuo, socialmente adecuado, y es tomado por un tercero de mala fe para realizar un comportamiento doloso, quien realiza el aporte inocuo no tiene por qué responder por los comportamientos dolosos de terceros".

Algunas de las inversiones no tuvieron tropiezo, como es el caso de aquella realizada con el consorcio Bogotá-Fusa, donde se recuperó la inversión; igual en Cosacol que está en vías de recuperarse, como también la de Viaducto Muña. Y en aquellos casos en que se produjo la apropiación de los dineros públicos, es claro que tal evento es imputable a los terceros particulares que han obrado de mala fe, de manera tal que el problema no está en las inversiones mismas sino en la forma como otros intervinientes actuaron, tal el caso de algunos funcionarios de FIDUAGRARIA que facilitaron un fraude notorio, como sucedió con los recursos invertidos en los patrimonios autónomos de GREEN MOUNTAIN CONSULTING y CARBONES LIKUEN.

El comportamiento doloso que le es reprochable a los directivos de las fiduciarias y que la fiscalía se ha abstenido de investigar, guarda relación con la falta de estudios sobre la seriedad de los negocios subyacentes que iban a ser alimentados con los recursos del patrimonio autónomo; si ésta hubiera hecho el trabajo que le correspondía seriamente, se habría comprobado que no existía el flujo de caja, se hubiera desarrollado el negocio y se habrían reintegrado los recursos oportunamente, máxime cuando en el marco de sus operaciones responde hasta por culpa leve.

Recuérdese además que para el caso de la inversión de Carbones Likuen, el tesorero certificó ante esa fiduciaria su capacidad y competencia para realizar la operación, es decir, el mismo documento que también le pidió firmar al gobernador y que era una comunicación simplemente informativa.

Entonces hay una defraudación, pero la responsabilidad no se puede atribuir al Gobernador; hay una evidente falta de gestión para la recuperación de los recursos que están en las entidades fiduciarias; la Contraloría no lo ha declarado responsable fiscalmente de ningún faltante y la Gobernación ha declinado su obligación de ejercer acciones legales para cubrir los existentes, haciéndose simplemente parte civil en este proceso penal.

En la medida que el Gobernador no participó en la elaboración del fraude, a lo sumo debió imputársele una responsabilidad culposa, pero ello tampoco es viable porque no hay fundamento normativo para derivar los deberes específicos de vigilancia, ni competencia sobre las inversiones. Pero si lo que se está sugiriendo es que los documentos elaborados por el tesorero eran órdenes ilegales impartidas por el Gobernador para que actuara de determinada manera, debió entonces la Fiscalía efectuarle la imputación a título de determinador, admitiendo que no era competente pero que en su calidad de Gobernador podía impartir la instrucción, pero eso no se planteó en la resolución de acusación y hay una distancia muy grande entre la coautoría y la determinación.

CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 75 numeral 9º del estatuto procesal penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para proferir sentencia dentro de la causa que se sigue contra el doctor WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ, por cuanto la acusación en su contra deriva de la presunta comisión de conductas punibles realizadas cuando ocupaba el cargo de Gobernador del Departamento de Casanare y con ocasión de sus funciones.

Como punto de partida del análisis que debe emprender la Sala, ha de tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 232 del estatuto procesal penal -Ley 600 de 2000-, para dictar fallo de condena es necesario que de las pruebas obtenidas en las diversas fases del proceso se llegue a la certeza tanto de la ocurrencia de la conducta punible objeto de reproche como de la responsabilidad del acusado.

Con el propósito de establecer si se cumplen dichos requisitos y teniendo en cuenta que la Fiscalía planteó la realización de dos conductas punibles estrechamente vinculadas, peculado por apropiación y contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, la Sala examinará separadamente cada una de ellas, a fin de establecer si de las pruebas acopiadas ciertamente aflora en grado de certeza su materialización, como la participación del Gobernador en su consumación.

1. EL PECULADO POR APROPIACIÓN

De conformidad con las previsiones del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, incurre en dicha conducta punible el servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de bienes del Estado cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

Para el caso, se demostró a través de prueba documental debidamente incorporada al proceso que WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ ejerció el cargo de Gobernador de Casanare entre septiembre de 2006 y diciembre de 2007, es decir, ostentó la calidad de servidor público que demanda la ley penal para la configuración del delito bajo examen.

Ahora bien, el tema materia de debate en torno a la objetiva configuración del delito de peculado, se centra en despejar si el procesado ostentaba o no la disponibilidad de los bienes que se dicen apropiados a favor de terceros, elemento del tipo que la defensa considera ausente, concluyendo a partir de tal premisa que el comportamiento que desarrolló para la concreción de las operaciones deviene intrascendente y atípico.

En desarrollo de dichas tesis, sostienen el procesado y su defensor que dada la naturaleza de los recursos que fueron objeto de las inversiones cuestionadas por la fiscalía, esto es, excedentes de liquidez de tesorería, no correspondía al procesado, como Gobernador, administrar ni custodiar tales sumas de dinero, pues ellas resultan ser, conforme al manual de funciones específicas de la Gobernación, de manejo exclusivo y autónomo del Director Técnico de Tesorería.

Asimismo, se sostiene que los dineros, según se admitió en el proceso, correspondían a saldos contractuales depositados en bancos, a la espera de que se verificaran las condiciones de pago, por manera que el tesorero debía velar porque no permanecieran ociosos, optando por efectuar, de forma autónoma, alguna de las operaciones autorizadas por el artículo 25, numeral 20 de la Ley 80 de 1993, sin la participación del ordenador del gasto, quien, a lo sumo, le corresponde definir la política de inversión de los “excedentes presupuestales”, entendidos estos últimos como los dineros efectivamente recaudados y disponibles en bancos, que no han sido afectados a través de compromisos contractuales o de cualquier otro orden, conforme a las autorizaciones de gasto incluidas en el presupuesto de la entidad.

Pues bien, en torno a los planteamientos de la defensa, empiece por señalarse que su interpretación acerca de las competencias de los ordenadores del gasto sólo para el manejo de “excedentes de liquidez presupuestales” y su incompetencia respecto de los denominados “excedentes de liquidez de tesorería”, no deriva de norma alguna contenida en el Decreto Ley 111 de 1997, Estatuto Orgánico del Presupuesto General.

En efecto, a través de los artículos 98 a 102 de ese estatuto se regula lo atinente a las inversiones temporales de los dineros depositados en la cuenta única nacional, sin que allí se establezca clasificación de ningún orden respecto de los saldos líquidos, ni mucho menos competencias diversas para su manejo; opuestamente, en tales disposiciones la competencia para realizar las inversiones temporales se asigna a la Dirección General del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y no de forma autónoma, como se pretende, sino bajo la coordinación de la Dirección General de Crédito Público de la misma cartera y bajo estrictos criterios de rentabilidad, solidez y seguridad.

Igualmente, por disposición expresa del Decreto 111, artículo 109, se ordena a las entidades territoriales adaptar sus normas presupuestales a las disposiciones del citado estatuto orgánico, deber que para el caso de la Gobernación de Casanare se cumplió a través de la Ordenanza 102 del 20 de diciembre de 1996, que en punto a las disposiciones relativas del Tesoro Departamental previó:

“ARTÍCULO 82. La administración Departamental podrá directamente o a través de intermediarios autorizados, hacer las siguientes operaciones financieras en coordinación con la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda:

a) Operaciones en el exterior sobre títulos valores de deuda pública, así como títulos emitidos por otros gobiernos o secretarías de hacienda, entidades bancarias y financieras, de las clases y seguridades que autorice el gobierno.

b) Operaciones en el país sobre títulos valores de deuda pública emitidos por el Departamento y otros títulos que autorice el gobierno, las cuales deberán hacerse a corto plazo y manteniendo una estricta política de no concentración y de diversificación de riesgos.

c) Liquidar anticipadamente sus inversiones, vender y endosar los activos financieros que configuran su portafolio de inversiones en mercados primario y secundario.

d) Celebrar operaciones de crédito de Tesorería.

e) Efectuar inversiones financieras con los excedentes de liquidez bajo criterios de responsabilidad, solidez y seguridad, de acuerdo con las condiciones del mercado.

f) Celebrar los contratos requeridos para hacer sustitución en el portafolio de deuda pública con el propósito de mejorar su perfil, es decir, modificar plazos, intereses u otras condiciones mínimas.

g) Las demás que establezca el Gobierno.

Las inversiones financieras deberán efectuarse bajo los criterios de rentabilidad, solidez y seguridad y en condiciones del mercado”.[14] (negritas fuera de texto)

Como se observa, en la adaptación de las disposiciones presupuestales de orden nacional al ámbito territorial, la Asamblea de Casanare optó por fijar unas precisas reglas para la inversión temporal de los recursos depositados en bancos, reiterando los criterios guía para su realización, esto es, los relativos a rentabilidad, solidez y seguridad, asignando la competencia para realizarlas no a los tesoreros, como se sostiene, sino a la administración departamental, incluso bajo la coordinación de una instancia nacional: la Dirección de Crédito Público del Ministerio de Hacienda.

Por manera que, para establecer el ámbito de competencias de cada uno de los servidores públicos del departamento en el manejo, direccionamiento, selección y ejecución de esas inversiones temporales, no basta con remitirse mecánicamente, como pretende la defensa, a lo establecido en el manual específico de funciones de la Gobernación, pues como es apenas natural en aplicación del criterio de unidad de materia que guía la elaboración de este tipo de reglamentos internos, todo lo que tenga que ver con operaciones de tesorería aparecerá vinculado a la dependencia específica destacada en esa área, como acontece en el Decreto Departamental 0227 de 2001 que asigna al Tesorero, entre otras funciones, la de “Invertir los excedentes de liquidez de tesorería de acuerdo con los criterios y parámetros técnicos que fije el Secretario de Hacienda y efectuar el control y seguimiento de dichas operaciones” - artículo 34, numeral 11- “[15].

Contrariamente, lo que demanda tal análisis es efectuar una lectura concordada de varias disposiciones que permitan dimensionar qué órganos y funcionarios de la Gobernación están comprendidos bajo la denominación “[...] administración departamental”, utilizada por la Asamblea al referirse al órgano competente para llevar a cabo inversiones temporales de recursos de tesorería, bajo los criterios definidos en la Ordenanza en cita.

En ese orden, lo primero que ha de destacarse es que mientras la Dirección Técnica de Tesorería ostenta un rol básicamente operativo y si se quiere secundario dentro de la estructura de la entidad territorial, al Gobernador le compete el máximo de dirección, pues es quien traza las políticas a desarrollar por sus subalternos, tanto en punto a la gestión administrativa como a la financiera, apoyado para ello en sus secretarios sectoriales.

En efecto, esa suprema dirección asignada al Gobernador, dimana de un conjunto de disposiciones de orden constitucional y legal, en virtud de las cuales ejerce la representación legal del Departamento y además es agente del Presidente de la República para la ejecución de la política económica nacional -artículo 303 de la Constitución Política-; ostenta la facultad de ordenación del gasto departamental -artículo 110 del Decreto 111 de 1996- y, cuenta, entre otras con las siguientes atribuciones y deberes:

(i) Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los decretos del gobierno y las ordenanzas de las asambleas departamentales (Artículo 305-1, Constitución Política).

(ii) Dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las leyes (numeral 2°, ibídem).

(iii) Dirigir la ejecución del presupuesto y de los recursos cedidos por la Nación para el beneficio del departamento; coordinar, controlar y evaluar la ejecución de los programas y el cumplimiento de las funciones generales de la entidad; interpretar las leyes, decretos y normas establecidas por el Gobierno y la Asamblea Departamental para luego hacerlas cumplir; ejercer la potestad reglamentaria, expidiendo los decretos, órdenes y resoluciones necesarios para asegurar la debida ejecución de las Ordenanzas; y revocar los actos de sus subalternos que sean contrarios a las leyes u órdenes superiores. (Resolución departamental 0089 del 1 de marzo de 2006, numerales 6,8, 14, 17, 18 y 28[16]).

A partir del anterior marco normativo, puede afirmarse sin margen de duda, que el procesado sí ostentaba la disponibilidad de los recursos que se dicen apropiados a favor de terceros, independientemente de que su naturaleza sea la de excedentes de liquidez de tesorería, pues como lo ha precisado esta Sala,

“[...] la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta de peculado por apropiación y los bienes oficiales puede no ser material sino jurídica y esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional...”[17]

En otros términos, competía al procesado como Gobernador la “administración y custodia” de los recursos, pues tales deberes dimanaban simple y llanamente de las responsabilidades que le eran anejas en el manejo de los fondos públicos, cualquiera fuese su naturaleza.

Consecuente con lo anterior, carecen de validez las replicas del procesado dirigidas a cuestionar que, teóricamente, se hubiera derivado su capacidad de disposición de los recursos públicos sólo a partir de lo dispuesto en la Ordenanza 010 de diciembre de 2006 por cuyo medio fijó la Asamblea de Casanare el presupuesto de ingresos y gastos de 2007, es decir, otorgando a esa reglamentación carácter retroactivo, en tanto se expidió luego de ejecutadas por el tesorero las operaciones sobre excedentes de liquidez con FIDUAGRARIA -en noviembre de 2006-, como también aquellas dirigidas a cuestionar la aplicabilidad de esa reglamentación al caso concreto de la operación realizada con FIDUPETROL en 2007, por cuanto para esta última se utilizaron “saldos de liquidez de contratos”.

Tales objeciones resultan inatendibles, pues como se infiere del examen precedente, la disposición contenida en la Ordenanza que fijó el presupuesto para 2007, en cuya virtud especificó la Asamblea de Casanare que las inversiones temporales de excedentes de liquidez, sin distingo alguno, incluidos saldos contractuales, debían efectuarse con el previo visto bueno del ordenador del gasto, a la postre no hizo nada diferente de refrendar el mandato ya contenido en la reglamentación que en materia presupuestal emitiera la misma Duma a través de la Ordenanza 102 del 20 de diciembre de 1996.

Agréguese que aunado al marco normativo que viene de referirse, obra en el proceso prueba documental y testimonial ilustrativa de la intervención usual del primer mandatario seccional en el manejo de los excedentes de liquidez, sin distingo de ninguna naturaleza.

Ciertamente en la etapa del juicio, mediante oficio del pasado 21 de marzo[18], la Gobernación documentó las múltiples operaciones de compra y venta de TES-B y TES-UVR realizadas por el año 2005, las cuales estuvieron precedidas de “instrucción escrita” del Gobernador de la época al Director Técnico de Tesorería acerca del monto de la inversión que debía realizar en dichos títulos -\$60.000'000.000- y le impartía orden para realizar operaciones subsiguientes de venta[19], documentación que, en consecuencia, infirma la tesis expuesta por el defensor en sus alegatos de clausura, acerca de la presunta autonomía de la que gozaba el tesorero para realizar las inversiones aquí cuestionadas.

Asimismo, la prueba en mención permite constatar que frente a cada una de las inversiones y la redención de los títulos, el Director Técnico de Tesorería remitía al Gobernador de la época informe operativo sobre su resultado y los rendimientos obtenidos, en cumplimiento de las directrices del primer mandatario departamental[20], es decir, se trató de operaciones en todo momento dirigidas por el ordenador del gasto.

Igualmente, a través de la inspección judicial llevada a cabo en la fase probatoria del juicio al proceso N°2386 que adelanta la Unidad Nacional de Fiscalías de delitos contra la Administración Pública en contra de VÍCTOR MANUEL ALFONSO SÁNCHEZ, por hechos idénticos a los que ocupan la atención de la Sala, hubo de conocerse las declaraciones de los ex Gobernadores de Casanare MIGUEL ÁNGEL PÉREZ SUÁREZ -periodos 1996 a 1998 y 2004 a 2005 - JORGE ELIÉCER PRIETO RIVEROS -periodo 1998 a 2000- y HELÍ CALA LÓPEZ –periodo 2005 a 2006-, quienes refrendaron cómo para llevar a cabo las operaciones sobre excedentes de liquidez era indispensable la intervención del primer mandatario departamental, en su condición de ordenador del gasto.

Así, el primero de los mencionados[21] ante pregunta que se le formulara sobre si había intervenido como Gobernador en inversiones de excedentes, contestó:

“[...] en esa primera administración -años 1996 a 1998- tuve una experiencia un poco dolorosa para mi y tuvo relación con la inversión de algunos excedentes de regalías en unos títulos valores con una empresa que se denominaba Aurora. Nos hicieron la presentación de un negocio aparentemente rentable en muy poco tiempo, nos sentimos engañados, fui consciente de que se había cometido un error en la inversión de esos recursos, demandamos la devolución de los dineros ... fue una propuesta que se me hizo a mí como Gobernador, recuerdo haber revisado el tema con el doctor Jorge Pérez, Secretario de Hacienda de la época... la participación del Dr. Víctor Alfonso se limitó única y exclusivamente a obedecer las órdenes de sus superiores haciendo el desembolso de esos recursos, eso debe estar documentado porque así lo expresé en su momento asumiendo mi responsabilidad en el manejo de esa inversión”.

Adicionalmente, el mismo ex Gobernador precisó en torno a las competencias del Tesorero para efectuar ese tipo de operaciones por su cuenta y riesgo:

“[...] una inversión de esa naturaleza necesariamente debe tener el visto bueno de sus jefes inmediatos, en este caso el Secretario de Hacienda y el Gobernador; si el Tesorero

autónomamente decide hacer una inversión no autorizada sería sujeto de una investigación disciplinaria... este tipo de decisiones necesariamente las toma el ordenador del gasto que es el Gobernador”.

En idéntico sentido declaró el ex Gobernador PRIETO RIVEROS[22] al ratificar la intervención del ordenador del gasto en este tipo de inversiones, en los siguientes términos:

“ [...] una operación financiera sobre una enorme cantidad de dinero y su inversión tiene que obedecer necesariamente a una decisión política del Gobernador que es el jefe... el Tesorero es un subalterno tanto del Secretario de Hacienda como del Gobernador y por tal circunstancia obedece órdenes y si no las cumple puede ser destituido...”.

Finalmente el también Gobernador de Casanare HELÍ CALA LÓPEZ[23], señaló frente a la participación del tesorero en las inversiones de excedentes efectuadas durante su administración, mismas que fueran documentadas en autos, lo siguiente:

“[...] El Dr. VICTOR MANUEL ALFONSO no tuvo ningún tipo de participación ni injerencia en estas inversiones, yo recuerdo que hubo una circular del Gobierno Nacional donde recomendaba a los entes territoriales hacer este tipo de operaciones en TES, a través del Banco de la República, dado que en esa época recuerdo que el rendimiento financiero de los bancos era creo el 5.6% efectivo anual, mientras que la inversión en títulos generaba un rendimiento entre el 11 y el 13% efectivo anual situación que favorecía enormemente al Departamento”.

Interrogado puntualmente acerca de si era competencia del Tesorero efectuar ese tipo de inversiones enfatizó:

“[...] No, por cuanto el tesorero no es el ordenador del gasto, es solamente un funcionario de manejo y confianza, y este tipo de decisiones están en cabeza del ordenador del gasto”.

De esta manera se concluye que el Director Técnico de Tesorería de Casanare no era autónomo en el manejo de los excedentes de liquidez, ni podía decidir por sí mismo el tipo de inversión a realizarse con cargo a esos recursos. Opuestamente, lo probado es que en la gobernación de Casanare dicha labor se desarrollaba de manera desconcentrada, comportando diversos roles, entre los cuales el asumido por el Gobernador era sencillamente decisorio, por cuanto contaba con la capacidad para impartir las órdenes a sus subalternos sobre las modalidades de inversión que habrían de efectuarse.

Despejado así el cuestionamiento en torno a la disponibilidad jurídica de los recursos públicos, corresponde a la Sala establecer si de la prueba legalmente allegada a la investigación surge demostrado en grado de certeza la ejecución de la conducta prohibida en el tipo penal, esto es, la apropiación de esos caudales a favor de terceros, vinculado en la acusación a dos grupos de operaciones: las llevadas a cabo en noviembre de 2006, mediante el traslado de \$38.000'000.000 a cinco patrimonios autónomos constituidos en FIDUAGRARIA; y la efectuada en septiembre de 2007 con ocasión del giro de \$25.000'000.000 al patrimonio autónomo FIDUPETROL- UT CARBONES LIKUEN.

En consecuencia, se examinará por separado de cada una de estas vertientes analíticas, con miras a definir la decisión que en derecho corresponda adoptar.

1.1. LA DISPOSICIÓN DE RECURSOS CON DESTINO A LOS PATRIMONIOS AUTÓNOMOS CONSTITUIDOS EN FIDUAGRARIA

Se demostró en la actuación que el 17 de noviembre de 2006, el tesorero de Casanare, VÍCTOR MANUEL ALFONSO SÁNCHEZ, suscribió sendos “contratos de oferta comercial” con los representantes legales de las sociedades COSA COLOMBIA S.A. –COSACOL-, CHACON BERNAL LIMITADA, GREEN MOUNTAING CONSULTING, CONSORCIO BOGOTÁ-FUSA y CONSORCIO VIADUCTO MUÑA, en cuya virtud la administración departamental aceptó la cesión de los derechos económicos derivados de la ejecución de una serie de contratos de los que eran titulares aquéllas personas jurídicas, previamente fideicomitidos para conformar cinco patrimonios autónomos administrados por FIDUAGRARIA, uno por cada sociedad.

Como contraprestación a esa cesión de derechos de beneficio, la Gobernación dispuso el giro del precio estipulado en cada oferta con destino a los patrimonios autónomos, obligándose los oferentes a readquirir sus derechos en el término de doce meses, por el mismo valor, más una tasa del 9% efectivo anual, así:

PATRIMONIO AUTÓNOMO

VALOR

OFERTA \$

VALOR DE RECOMPRA \$

Cosacol I

11.000'000.000

11.990'000.000

Cosacol II

7.000'000.000

7.630'000.000

Chacón Bernal

3.000'000.000

3.270'000.000

Consortio Bogotá-Fusa

4.000'000.000

4.360'000.000

Viaducto Muña

3.000'000.000

3.270.000.000

Green Mountain

10.000'000.000

10.900'000.000

Desde ya debe precisar la Sala que el examen de las condiciones aceptadas por la Gobernación para el giro de los anteriores recursos -previstas tanto en los contratos de cesión de derechos de beneficio como en los de fiducia mercantil de administración y fuente de pago como parte integrante de esos mismos pactos-, permiten concluir sin dubitación cómo a través de esas operaciones se verificó la apropiación de los recursos del erario, en las cuantías giradas a favor de cada patrimonio.

Lo anterior, con independencia de que las sociedades o consorcios hubieren cancelado a la Gobernación algunas sumas correspondientes a intereses o imputadas a capital, tiempo después de vencido el plazo de recompra y a raíz del escándalo que suscitó ante la opinión el hallazgo de este mecanismo utilizado para el apalancamiento financiero de empresarios privados a través de dineros públicos[24], pues como es apenas natural, el reintegro de lo apropiado a lo sumo puede considerarse con un acto post delictual con las específicas consecuencias que la ley le señala, más no tiene la virtud de eliminar el delito.

En efecto, es un hecho cierto que en virtud de aquellos pactos celebrados por la Gobernación, no se hizo cosa distinta de sustraer recursos públicos para ingresarlos a una serie de patrimonios autónomos, no como aporte de la Gobernación, sino de aquellas empresas, quienes de acuerdo con las cláusulas pactadas, pasaron desde ese momento a ser titulares del dominio de las sumas de dinero pudiendo disponer de ellas a su antojo, mediante órdenes de giro impartidas a la fiduciaria, quien pese a su aparente condición de “administradora de los recursos depositados” se liberó de cualquier responsabilidad de constatar su destino final.

Es decir, se verificó un verdadero título traslativo de dominio de los dineros públicos base de la operación, en virtud del cual éstos ingresaron a los patrimonios como un aporte más de cada fideicomitente y para su exclusivo manejo, como así se desprende de la cláusula tercera, numeral 2°, común a los contratos de “fiducia mercantil de administración y fuente de pago” celebrados entre FIDUAGRARIA y COSA COLOMBIA S.A. –COSACOL-; CHACON BERNAL LIMITADA; GREEN MOUNTAIN CONSULTING; CONSORCIO BOGOTÁ-FUSA y CONSORCIO VIADUCTO MUÑA, que es el siguiente tenor:

“ FINALIDADES: El presente contrato tiene por finalidades:

2. Que la FIDUCIARIA reciba los recursos provenientes de los INVERSIONISTAS BENEFICIARIOS por concepto de cesión de derechos de beneficio formalizados en las ofertas de cesión con pacto de readquisición, las cuales forman parte integral del presente contrato [...]. Se aclara que los recursos a los que se refiere el presente numeral, ingresarán al fideicomiso por cuenta y como aporte del FIDEICOMITENTE y serán entregados por la fiducia a éste para el desarrollo de las actividades previstas en el CONTRATO, dentro de los 3 días siguientes contados a partir del recibo de la instrucción de giro suscrita por el representante legal del FIDEICOMITENTE, sin que sea responsabilidad de la FIDUCIARIA la constatación o análisis del destino final de las sumas entregadas”.

A su turno, en los contratos de oferta comercial de cesión de derechos de beneficio, todos correspondientes a un mismo formato, se incluyeron una serie de condiciones contractuales que avalan el análisis precedente, así:

“9.- Declaraciones: En caso de resultar aceptada la presente oferta con la consignación de los recursos de que trata el numeral 3) de este documento, EL INVERSIONISTA BENEFICIARIO acepta que:

- a. Conoce EL CONTRATO FIDUCIARIO celebrado entre el OFERENTE y FIDUAGRARIA.
- b. Conoce y acepta los términos de EL CONTRATO FIDUCIARIO.
- c. Conoce y acepta el estado de EL FIDEICOMISO y de los bienes fideicomitidos.
- d. Acepta que la responsabilidad de la FIDUCIARIA es de medio y no de resultado.
- e. Acepta y conoce que EL OFERENTE es el único responsable del cumplimiento de las obligaciones contraídas en el CONTRATO DE LA (sic) CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO mediante este contratos (sic) de oferta de cesión con pacto de readquisición (sic).”

Naturalmente, a partir de declaraciones de “conocimiento” como las anteriores, mal puede sostenerse que la Gobernación haya “entendido” estar haciendo una inversión en algún producto financiero, cuando lo evidente era que las operaciones se dirigían a inyectar capital para el desarrollo de actividades de naturaleza privada a cargo de los fideicomitentes, las cuales se vinculaban indistintamente a la ejecución de una serie de contratos que pese a constituir su principal aporte y la fuente de pago para los recursos captados de terceros inversionistas como la Gobernación, no fueron siquiera mencionados en las ofertas de cesión y apenas si se describieron de manera genérica en el acto de constitución de los patrimonios autónomos[25], así:

∅ COSA COLOMBIA S.A., -COSACOL-: contratos de prestación de servicios con las empresas petroleras OXICOL, LUKOIL, OVERSEAS LIMITES y BPXCC, sin más datos[26].

∅ CHACON BERNAL LIMITADA: contrato de compraventa de carbón termal celebrado con Carbofer General Trading S.A., sin información[27].

∅ GREEN MOUNTAING CONSULTING: contrato de concesión para la exploración y explotación de esmeraldas, suscrito entre COEXMINAS y GREEN MOUNTAING CONSULTING[28], sin referencia distinta acerca del mismo.

∅ CONSORCIO BOGOTÁ-FUSA: contrato de “concesión para el diseño, construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento del proyecto vial “Bosa-Granada-Girardot” celebrado el 2 de julio de 2004 entre el Instituto Nacional de Concesiones INCO y la sociedad “CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ-GIRARDOT S.A.”[29]

∅ CONSORCIO VIADUCTO MUÑA: contrato de oferta mercantil del 7 de marzo de 2006 para el diseño y construcción del viaducto “t” muña como parte de “[...] las obras que se ejecutarán dentro del proyecto vial adjudicado por INVIAS al CONSORCIO BOGOTÁ-FUSA”[30]

En consecuencia, la Gobernación como “inversionista beneficiario” entregó cuantiosos recursos contando a lo sumo con una mera expectativa para su recuperación, como era que a los patrimonios autónomos ingresaran recursos en cantidad suficiente al “aporte” efectuado, evento que a su vez dependía de que los contratos ya referidos -para la construcción o mantenimiento de oleoductos, exportación de carbón, extracción de esmeraldas o construcción de una vía- se desarrollaran satisfactoriamente y generaran las ganancias esperadas, jamás indicadas en el texto de los acuerdos celebrados, ni en los contratos de fiducia mercantil de administración y fuente de pago, imponderables ambos que fueron asumidos sin más por la Gobernación.

De ahí que pueda concluirse que esas operaciones no contaron con la más mínima “garantía” a favor de la entidad territorial, quien se limitó a recibir como contraprestación de los dineros un “certificado de derechos de beneficio” expedido por FIDUAGRARIA, sin carácter vinculante para los fideicomitentes ni oponible a la fiduciaria, por cuanto, conforme a las cláusulas incluidas tanto en las ofertas como en los contratos de fiducia mercantil, el deber de pago de la “inversión” se condicionó a la disponibilidad de recursos en el patrimonio autónomo a la conclusión del término pactado, producto necesariamente del éxito mismo de la operación derivada del contrato cedido por el fideicomitente, como así se estipuló:

“[...] en el evento de que por cualquier causa, 8 días antes de la fecha en la cual debe cumplirse por parte del FIDEICOMITENTE la obligación de readquisición a favor de los inversionistas beneficiarios, no existiere en el fideicomiso los recursos disponibles para efectuar el pago de la readquisición a favor de éstos, LA FIDUCIARIA deberá solicitar por escrito a EL FIDEICOMITENTE

para que proceda a situar los recursos... Si el FIDEICOMITENTE no atiende el requerimiento dentro del plazo citado, LA FIDUCIARIA terminará y liquidará el fideicomiso en el estado en que se encuentre y cederá los activos del mismo a los inversionistas beneficiarios, en el mismo porcentaje de su participación en los derechos de beneficio y a prorrata de los bienes que se encuentren en el fideicomiso”[31].

O, como se dijo en otro de los contratos de fiducia frente al mismo evento:

“[...] la FIDUCIARIA honrará dicha obligación con los recursos disponibles en el fideicomiso. De no existir tales recursos, el contrato fiduciario se terminará y liquidará procediendo la fiduciaria a ceder los activos que a esa fecha existan en el patrimonio autónomo a los inversionistas beneficiarios, en el mismo porcentaje de su participación en los derechos de beneficio y a prorrata de los bienes que se encuentren en el fideicomiso”[32]

En otras palabras, el único respaldo de las operaciones era la propia voluntad de pago de los fideicomitentes –COSACOL, CACON BERNAL, GREEN MOUNTAING CONSULTING, CONSORCIO BOGOTÁ-FUSA Y VI+ADUCTO MUÑA-, pues de poco servía a la entidad territorial que se pactara que en caso de eventual incumplimiento en el pacto de recompra, pasaría a ser titular de una serie de contratos, bien para mantener oleoductos, transportar carbón, extraer esmeraldas o construir vías, únicos activos fideicomitados a los patrimonios autónomos, aparte de los recursos públicos allí depositados.

Y tan claro es que esa estipulación no representaba garantía alguna para la Gobernación, que llegado el día del incumplimiento sucesivo y paulatino de cada una de las obligaciones de recompra, la fiduciaria no dispuso el traspaso de los contratos a la entidad territorial, ni tampoco

ésta reclamó dicha medida, naturalmente por su imposibilidad de cara a sus cometidos constitucionales y legales, de dedicarse a explotar concesiones de recursos naturales o ejecutar contratos para construcción de vías o similares, como si fuese una empresa de derecho privado.

Así las cosas, no cabe duda que se verificó el acto de apropiación a favor de esos patrimonios o, si se quiere, de quienes los constituyeron, y de otros más que, como se verá, se vieron favorecidos con jugosas comisiones por sus gestiones de “contacto”.

A su turno, las pruebas recaudadas a lo largo de la actuación demuestran que WITHMAN PORRAS intervino en su condición de Gobernador en la ejecución de aquella conducta prohibida, en la calidad de coautor que le fue reprochada por la Fiscalía. Véase:

Al proceso se allegó copia de la comunicación que cursó el procesado el 8 de noviembre de 2006 al tesorero departamental VÍCTOR MANUEL ALFONSO SÁNCHEZ, la cual fue del siguiente tenor:

“Doctor

VÍCTOR MANUEL ALFONSO SÁNCHEZ

Director Técnico de Tesorería

Secretaria de Hacienda

Ciudad

Cordial Saludo.

En mi condición de Gobernador de Casanare me permito informar que esta autorizado para que realice en las entidades fiduciarias, con los excedentes de liquidez, inversiones por valor de treinta y ocho mil millones de pesos (\$38.000.000.000) en su producto financiero derivado de patrimonios autónomos como cesión de derechos económicos con pacto de readquisición”[33].

Sobre este oficio, la defensa ha insistido en su carácter inocuo en el entendido de que con ese oficio o sin él la operación hubiera podido realizarla el tesorero, tesis que ya se ha dicho riñe con lo probado en autos, pues de acuerdo con la prueba documental y las versiones de los Gobernadores que antecedieron al doctor PORRAS PÉREZ, esa autorización del ordenador del gasto sí era requisito normal e indispensable para que aquél materializara las inversiones.

Igualmente, mucho se ha discutido en el proceso acerca de la forma en que aquella autorización escrita fue emitida, presentándose dos versiones irreconciliables:

La suministrada por el Gobernador PORRAS PÉREZ, quien en su indagatoria refirió puntualmente sobre el tema –argumento que luego reiteró en similares términos en sus distintas intervenciones procesales- lo siguiente:

“[...] No fui yo quien autorizó a la tesorería para hacer este tipo de operaciones, la autorización está dada por el manual de funciones y en el numeral 20, artículo 25 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época y con base en esto fue que se informó, se comunicó al señor tesorero que él podría realizar este tipo de operaciones y se ve porque este es un documento preparado por la misma dirección técnica de tesorería, como se puede constatar que es un documento que simplemente hace parte de los trámites necesarios para adelantar las diligencias con la entidad fiduciaria que para este caso fue Fiduagraria... con ese documento del 8 de noviembre de 2006 no estoy autorizando al tesorero , sino comunicando que esta autorizado sobre la base que ya he mencionado”

Y la entregada por el tesorero, quien refirió que a finales de octubre o principios de noviembre de 2006 el Gobernador le informó que debía atender a una persona que le iba a presentar un producto financiero, el señor JUAN CARLOS HUÉRFANO ARDILA, quien se presentó dos días después en su oficina explicándole unas alternativas de inversiones en fiducia, luego de lo cual:

“[...] el señor Gobernador WITHMAN PORRAS me hace subir al despacho de él y me pregunta que qué pienso sobre las inversiones que planteó el doctor HUÉRFANO ante lo cual yo le manifiesto que es un producto que yo nunca he manejado, que no tengo ninguna experiencia en este tipo de inversión, ante lo cual él me manifiesta que el despacho del Señor Gobernador han venido mirando este tema y que lo han estado estudiando, no me manifestó nombres ni cargos de con quien habló, que le han hecho estudio y análisis y que por tanto él ha decidido invertir dineros de la Gobernación en ese producto, ante lo cual yo le respondo que según el manual de funciones de

la Tesorería y, del tesorero y de otros decretos y ordenanzas, yo no soy autónomo para tomar esa clase de decisiones, que para ejecutarlas necesito la orden por escrito que él imparta, es así como en noviembre 8 de 2006, se redacta un oficio donde el señor Gobernador ordena o autoriza a realizar una inversión de 38 mil millones de pesos en patrimonios autónomos. Él firma el oficio de orden lo recibo y me voy para mi oficina... días después el doctor HUÉRFANO se presenta a la Tesorería con un paquete en el cual contenía los contratos de fiducia irrevocable de administración y fuente de pago suscritos entre FIGUAGRARIA Y GREEN MOUNTAIN, COSACOL VIADUCTO BOGOTÁ-MUÑA, DOBLE CALZADA BOGOTA- GIRARDOT y CHACÓN BERNAL -, los cuales se me informó y yo entiendo que la Gobernación depositaba unos recursos en una cuenta bancaria a nombre de FIDUAGRARIA para que fueran administrados en los diferentes proyectos que estipulaban en los contratos”.

Como es apenas natural, la credibilidad que otorgue la Sala a una u otra versión, particularmente en punto a si el oficio fue producto de la voluntad libre e informada del Gobernador para hacer viable la operación financiera, habrá de definirse a partir del examen de las circunstancias externas que avalen o refuten esos dichos, o si se quiere, mediante la apreciación de elementos probatorios de carácter neutro, como marco objetivo que apoye las finales conclusiones de la Corte.

En esa dirección, un primer aspecto que confluye a demeritar la versión del procesado PORRAS PÉREZ, acerca de los motivos que hipotéticamente lo llevaron a firmar la comunicación del 8 de noviembre de 2006 con miras a invertir \$38.000'000.000 correspondientes a excedentes de liquidez en el “producto financiero derivado de patrimonios autónomos como cesión de derechos económicos con pacto de readquisición”, derivada de las pruebas analizadas en precedencia, con fundamento en las cuales se concluyó que el aforado sí contaba con la disponibilidad jurídica de esos recursos.

En efecto, si como quedó demostrado mediante prueba documental y testimonial –ya referida-, era práctica común que el ordenador del gasto, es decir, el Gobernador, definiera el tipo de inversiones que se haría con los excedentes de liquidez, resulta inatendible la explicación de PORRAS PÉREZ, en el sentido de haber firmado ese oficio sólo con el propósito de comunicar a las fiduciarias que el tesorero era el competente para llevar a cabo las inversiones.

Pero además, si en gracia de discusión se conviniera que por simple ignorancia de sus competencias la finalidad que animó a PORRAS PÉREZ para firmar aquella comunicación es la que ha revelado en esta actuación, quedarían entonces sin explicación alguna que la misma se dirigiera precisamente al tesorero y no a las fiduciarias, o que no se elaborara con destino a una persona indeterminada, bajo el esquema que ordinariamente suele acompañar a cualquier documento oficial que se expide con fines de certificar funciones.

En cambio, resulta del todo coherente la explicación que sobre el mismo tema brindó el tesorero, quien sostuvo cómo en razón de haber enfrentado una investigación anterior por otras operaciones financieras que aprobó un predecesor de PORRAS PÉREZ, optó en lo sucesivo por solicitar que le cursaran por escrito las instrucciones adoptadas en torno a las inversiones de excedentes, versión esta ampliamente refrendada en la actuación mediante las declaraciones de los ex Gobernadores de Casanare atrás aludidos - MIGUEL ÁNGEL PÉREZ SUÁREZ, JORGE ELIÉCER PRIETO RIVEROS y HELÍ CALA LÓPEZ-, como también a través de los oficios emitidos en desarrollo de esa práctica laboral.

En ese mismo contexto, nada de particular ni extraño puede derivarse de que el oficio fuera redactado por el tesorero, quien jamás pretendió ocultar esa circunstancia, como tampoco el interés que le asistía en que tales órdenes quedaran expresamente impartidas, que constaran por escrito “para curarse en salud” [34].

Sin duda fue a ese propósito al que respondió la redacción del documento que sin reparo de ninguna índole rubricó el Gobernador, demostrando así conformidad con su contenido, conducta que contradice diametralmente su postura acerca de que lo que hizo fue certificar funciones.

Naturalmente, de ser cierta esta última versión, lo normal era que como superior jerárquico objetara el proyecto preparado por el subalterno y ordenara su reelaboración en términos claros, en tanto aquella comunicación nada tenía de certificación, más cuando estaba dirigida al propio empleado sobre cuyas funciones versaba el oficio.

Agréguese que esta primera observación se halla corroborada por otros medios de prueba, conforme a los cuales se demostró como el oficio no tuvo los propósitos que el Gobernador mencionó, ni fue producto de una actitud laxa en el manejo de los caudales públicos, sino que fue fruto de un bien orquestado plan, del que sin duda participó el aforado. Véase:

La información que reposa en el proceso revela cómo el antecedente mediato de las operaciones en patrimonios autónomos de FIDUAGRARIA, se contrajo a la visita efectuada por JUAN CARLOS HUÉRFANO ARDILA al Gobernador PORRAS PÉREZ en noviembre de 2006, para exponerle algunas alternativas de “inversión”.

Sobre la ocurrencia del encuentro no existe asomo de duda, como quiera que tanto HUERFANO ARDILA como PORRAS PEREZ admitieron haberse reunido en la ciudad de Yopal, particularmente en el despacho del señor Gobernador, coincidiendo ambos de manera sincrónica en que el encuentro no se prolongó por más de tres a cinco minutos; que no se conocían previamente; y que en ese breve tiempo el visitante manifestó al Gobernador estar promocionando unas inversiones en patrimonios autónomos constituidos en FIDUAGRARIA, procediendo el primer mandatario a direccionarlo inmediatamente ante el Tesorero, por tratarse de un tema de su competencia.

No obstante lo anterior y muy a pesar de la aparente convergencia de tales relatos, incluso en aspectos de tan difícil cálculo como la fracción de tiempo en que estuvieron reunidos, varias

fueron las circunstancias narradas por uno y otro en las que definitivamente no coincidieron, poniendo en entredicho su veracidad.

En primer término respecto a la fecha en tuvo lugar el encuentro, mientras que HUERFANO ARDILA lo ubicó de manera aproximada entre septiembre u octubre de 2006, el procesado PORRAS PÉREZ afirmó categóricamente que se llevó a cabo el 1 de noviembre de ese año. En efecto, dijo el procesado en su indagatoria:

“[...] Esto fue muy temprano... el 1 de noviembre de 2006. Y lo recuerdo muy bien porque la atención al público en ese día se hizo de una manera muy rápida, porque a las 8 de la mañana de ese día tenía la atención de una invitación de la Asamblea Departamental al municipio de Agua Azul, donde asistí desde las 8 de la mañana, 8 y media a más tardar... atendiendo los debates que se estaban haciendo en esos momentos del presupuesto departamental”.

Esos detalles suministrados por el Gobernador, en orden a explicar el por qué recordaba con tanta precisión aquella fecha, permiten advertir las serias inconsistencias entre su dicho y el de HUERFANO ARDILA, en torno a las circunstancias de tiempo y modo en que tuvo lugar la visita. En efecto, a renglón seguido explicó el Gobernador:

“[...] él fue atendido como muchas personas ... era mi costumbre hacerlo, llegar muy temprano a mi oficina y aprovechar de que esas personas que llegaban muy temprano atenderlas, mientras empezaba a desarrollarse la agenda como se tenía programado”...

Quiere decir que según el Gobernador, JUAN CARLOS HUÉRFANO fue uno más de aquellos que esa mañana del 1 de noviembre de 2006 madrugaron a su despacho y en tal sentido recibió atención, aserto que no se compadece con lo expresado por el visitante, quien en su declaración afirmó haber pedido “cita con el señor gobernador varias veces”, precisando ante pregunta de la Sala:

“[...] La entrevista la logré haciendo llamadas telefónicas al número que aparecía como de la Gobernación de Casanare... en varias ocasiones me contestaron las secretarias, hasta me contestó alguien de la recepción de abajo, de portería, finalmente logré hablar con el despacho y me dieron una cita que de hecho no tenía una hora precisa, si mal no recuerdo era en horas de la mañana o hacia el medio día, tenía que estar ahí y esperar a que me atendieran... una fecha sí me precisaron, tenía que estar sobre medio día, el vuelo llega a las once de la mañana más o menos y salí de una vez hacia allá... yo esperé un buen rato en la sala de espera. El tiempo que me dedicó el doctor – Gobernador- si fue de tres a cinco minutos”.

Esa diferente forma de evocar detalles en aspectos que normalmente quedan fijados en la mente y suelen no tergiversarse, como si medió o no la consecución de una cita en fecha fija, o si el tiempo de espera fue corto o largo, o si la reunión tuvo lugar a muy temprana hora o sobre el medio día, máxime cuando estuvo precedida de un previo desplazamiento por vía aérea como sucedió en este caso, ponen en entredicho la credibilidad de los relatos a través de los cuales se pretendió recrear aquella reunión como una más de trámite, intrascendente y nada decisiva para la concreción de los negocios que a la postre conllevaron al desfalco de la cuantiosa suma de excedentes de liquidez depositada en patrimonios autónomos.

Y ello aunado a otras circunstancias derivadas del propio testimonio de HUÉRFANO ARDILA y de su confrontación con otras pruebas allegadas al proceso, permite advertir que la autorización expedida por el Gobernador PORRAS PÉREZ no fue fruto del azar, sino que estuvo vinculada a la estrategia mencionada en precedencia, cuyo objetivo era servirse de fondos públicos para financiar unas cuantas actividades de origen privado.

En esa dirección, adviértase cómo en su declaración el señor HUERFANO ARDILA mencionó ser economista de profesión, con especialización en finanzas corporativas y un curso de bolsa para ser corredor, precisando que para el año 2006 estaba “[...] en el tema de un restaurante... en el parque de la 93”, que abrió al público y del que derivaba su sustento y se encontraba “... abierto a asesorías financieras” que según dijo “... es mi fuerte”.

No obstante ser esa su ocupación para la época de los hechos, afirmó haber gestionado la consecución de inversionistas para los patrimonios autónomos constituidos en FIDUAGRARIA por petición de un compañero de estudios universitarios, el señor CAMILO BENEDETI VILLANEDA[35]. Así lo explicó:

“[...] La persona que me presentó las diferentes alternativas de inversión fue CAMILO BENEDETI; me comentó cuáles eran las condiciones técnicas del negocio; posteriormente hice un estudio muy somero de cómo funcionaba el esquema para buscar potenciales inversionistas. A CAMILO lo conozco desde la universidad, está en el medio financiero; en una reunión social me comentó el tema, me pareció interesante, yo le dije déjeme ver documentación para revisar el tema y yo lo que puedo es hacer una labor de buscar potenciales inversionistas en el sector público y privado. La labor mía fue replicar lo que hacía CAMILO: comentar el negocio, una labor eminentemente comercial, exponer el producto.”

Interrogado sobre su experiencia en ese esquema de negocio, respondió:

“[...] No tenía experiencia en el tema, tenía conocimiento sólo académico...”

Asimismo insistió en que las gestiones ante la Gobernación las realizó por iniciativa propia, es decir, no actuó ni como gestor de los negocios de FIDUAGRARIA, ni de los empresarios que estaban en la búsqueda de recursos, últimos a quienes dijo no conocer, ni haber tenido un solo contacto con ellos. En los siguientes términos concretó su intervención:

“[...] lo que hice fue presentar una serie de patrimonios autónomos que ya estaban constituidos, que ofrecían una rentabilidad interesante y que, por supuesto, al estar constituidos, digamos que en operación, como se presentaron, lo que hice fue llevar el esquema, una oferta a la tesorería que fue a donde me direccionó el señor Gobernador... mostrarles un esquema fiduciario, explicarles qué era un patrimonio autónomo y las condiciones que había en ese momento para hacer la inversión”.

Y al cuestionársele sobre el por qué ofreció ese esquema de negocio a la Gobernación de Casanare, manifestó:

“[...] tratándose de la ubicación de recursos era la lógica que utilice, buscar entidades que pudieran tener excedentes de tesorería, departamentos y municipios petroleros, esa fue la razón”.

Pues bien, resulta poco creíble que una persona por entonces dedicada a administrar su propio restaurante y sin experiencia en el esquema de negocio de que dan cuenta los autos, fuera contactada por un viejo conocido, quien sí se desenvolvía en el sector financiero, a fin de encomendarle una gestión de tanta envergadura y relevancia como la de vincular inversionistas dispuestos a aportar importantes recursos a patrimonios autónomos.

Tampoco resulta atendible bajo los parámetros de la sana crítica, el relato de este testigo acerca de haber decidido viajar a Casanare para presentarle al Gobernador, a quien no conocía, la propuesta de invertir sus excedentes en patrimonios autónomos, como si los saldos en bancos de este tipo de entidades fuera una información abierta al público a la que cualquiera pudiera acceder.

En igual medida, su versión en torno a las gestiones realizadas por cuenta propia, riñe con las reglas de experiencia acerca de la forma en que normalmente se promueven negocios de otro, ordinariamente precedidos de pactos precisos sobre términos de la gestión y recompensa pretendida, máxime cuando las actuaciones que efectuó en su favor no se limitaron a una visita para promocionar el negocio, sino que se extendieron a la entrega al tesorero de la documentación mediante la cual se concretaron las inversiones, esto es, de las ofertas de cesión de derechos de beneficio, ya firmados por los representantes legales de los distintos consorcios y uniones temporales, junto con los contratos de fiducia mercantil de administración y fuente de pago.

En consecuencia, el relato de HUÉRFANO ARDILA resulta inconsistente, mucho más si se repara que a tan sólo dos días de su fugaz visita, WHITMAN PORRAS PÉREZ informó a su tesorero la decisión tomada de invertir la nada despreciable suma de \$38.000'000.000,00 en los patrimonios autónomos que escasamente le esbozó aquél "desconocido".

En ese sentido, basta repasar la declaración ofrecida por el tesorero VÍCTOR MANUEL ALFONSO SÁNCHEZ, quien en torno a los acontecimientos que antecedieron su encuentro con ése gestor comercial, expuso:

“[...] A finales de octubre del 2006 o comienzos de noviembre el señor Gobernador de Casanare doctor PORRAS me manifiesta que va a venir el doctor JUAN CARLOS HUÉRFANO quien va a hacer una exposición sobre unos productos que manejan las fiduciarias para el manejo (sic) de los excedentes de liquidez, que lo reciba y lo escuche. Llega el momento en que el doctor HUERFANO luego de presentarse con el Gobernador, se presenta en la Tesorería...”

Adviértase cómo este empleado dijo haber sido informado por el Gobernador sobre la visita que iba a realizar HUERFANO ARDILA antes de la fecha en que esa persona hizo presencia en la entidad territorial, circunstancia que permite inferir cómo la relación entre el gobernador y el intermediario necesariamente debió trabarse en un momento anterior al referido por uno y otro.

Y respecto de la forma en que HUÉRFANO expuso el producto, dijo el tesorero:

“[...] él hace su exposición sobre el producto de patrimonios autónomos a través de una fiducia, le pregunto qué antecedente tiene este tipo de operaciones, él me manifiesta que desde años atrás entidades públicas vienen realizando estas inversiones y me nombra la Dirección Nacional de Estupefacientes, la Gobernación del Meta, la Alcaldía de Villavicencio, el municipio de La Castilla, y otros, entre los que recuerdo estos. Le pregunto sobre la base legal para realizar estas operaciones y él me manifiesta que el artículo 17 de la ley 819 de 2003”.

Llama la atención que HUÉRFANO ARDILA haya manifestado al tesorero, como parte de su estrategia para promover el producto, que existían inversiones similares en otras entidades territoriales, lo cual por manera alguna se compadece con el “somero estudio” que dijo haber realizado en torno al producto y que, en cambio, si concuerda con las gestiones que admitió haber hecho ante la Gobernación del Meta, para promover el mismo esquema de negocio, según él nada productivas por cuanto otra persona se le adelantó.

Y ciertamente, en el proceso quedó evidenciado cómo las operaciones financieras promovidas por HUÉRFANO ARDILA, no sólo las realizó la Gobernación de Casanare, sino además otras entidades territoriales receptoras de regalías petroleras, bajo idéntica modalidad, lo que evidencia un patrón común puesto en práctica para llevar a cabo unas operaciones no permitidas por la ley que propiciaron la apropiación de dineros del erario, como con acierto lo anotó el apoderado de la parte civil en sus alegatos de clausura.

En ese sentido y con ocasión de las denuncias sobre la utilización de excedentes de liquidez provenientes de regalías, el Departamento Nacional de Planeación emprendió varias acciones de seguimiento hallando que,

“[...] 11 entidades habían invertido sus excedentes en CDT y 5 entidades habían realizado inversiones en patrimonios autónomos sin sujeción a la ley.

A diciembre de 2007 se encontraba vigente este tipo de inversiones por un monto total de \$229.065 millones, en cuatro entidades territoriales: los departamentos de Meta y Casanare y los municipios de Villavicencio y Castilla La Nueva. Esas inversiones se concentran en 6 fiduciarias, de las cuales FIDUAGRARIA es la que concentra cerca del 50% del total de las inversiones y se distribuyen en 18 patrimonios autónomos, de los cuales 9 concentran el 90% de los recursos.

Cifras en millones de pesos

Entidad territorial

Valor inicial

a 2007

Redención

Saldo a

junio 2008

Meta

146.571

23.041

123.500

Casanare

63.000

13.928

49.072

Villavicencio

14.500

1.700

12.800

Castilla la Nueva

5.024

1.024

4.000

Con base en las irregularidades encontradas... en febrero de 2008 se adoptó la medida de suspensión de giros (de regalías)...” [36]

Al observar en detalle esas operaciones, documentadas a través de las investigaciones llevadas a cabo por la Contraloría y Procuraduría General de la Nación, se puede constatar que en verdad hubo concentración de recursos no sólo frente a una fiduciaria- FIDUAGRARIA- sino además en favor de un selecto grupo de empresarios.

Así sucedió con la sociedad COSA COLOMBIA S.A., COSACOL[37], que por cuenta de la constitución de tres diferentes patrimonios autónomos recibió excedentes de liquidez para financiar sus actividades privadas, aparente relacionadas con “consultoría, construcción, operación y mantenimiento mecánico y civil de oleoductos, gasoductos y polductos”[38] en las siguientes cuantías:

Entidad

Fiduciaria

Valor

FIDUAGRARIA

52.000'000.000

Gobernación de Meta

FIDUPETROL

7.000'000.000

FIDUCOLPATRIA

4.000'000.000

Gobernación de Casanare

FIDUAGRARIA

18.000'000.000

Alcaldía de Villavicencio

FIDUAGRARIA

2.000'000.000

Alcaldía Castilla la Nueva

FIDUAGRARIA

4.000'000.000

TOTAL

87.000'000.000

En similares condiciones, otro de los favorecidos con recursos oficiales bajo idéntica modalidad a la que se viene examinando, fue el denominado "CONSORCIO BOGOTÁ-FUSA", directamente, y a través de giros a subcontratistas suyos, así:

Entidad

Fiduciaria

Valor

Dirección Nacional de Estupefacientes

FIDUAGRARIA

25.512'000.000

Gobernación de Meta

FIDUAGRARIA

2.098'000.000

Gobernación de Casanare

FIDUAGRARIA

4.000'000.000

Gobernación de Casanare-consorcio Viaducto Muña

FIDUAGRARIA

3.000'000.000

TOTAL

34.610'000.000

Acerca de esas “inversiones” recábase que el CONSORCIO BOGOTÁ-FUSA, con patrimonio de apenas de \$397'000.000[39], recibió a través del patrimonio autónomo constituido en FIDUAGRARIA, recursos públicos en cuantía cercana a los \$35.000'000.000, para financiar las actividades de ingeniería civil irónicamente asumidas por cuenta de un “contrato de concesión” celebrado con el INCO, es decir, bajo una modalidad a la cual acude el Estado para que el contratista asuma los costos de la obra de infraestructura, a cambio de los derechos de uso hasta por el tiempo en que recupere su inversión y concrete su ganancia por la financiación de los trabajos.

Y véase que junto con los excedentes de liquidez que las Gobernaciones de Meta y Casanare giraron al patrimonio autónomo constituido en FIDUAGRARIA, se verificó un tercer aporte, por la nada despreciable suma de \$25.512'000.000, provenientes del Fondo para la Rehabilitación, Inversión y Lucha contra la Corrupción-FRISCO de la Dirección Nacional de Estupefacientes, previa celebración de un contrato de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición[40], es decir, bajo idéntica modalidad a la que ocupa la atención de la Sala.

Simultáneamente el mismo grupo de empresarios[41] fue beneficiado indirectamente con \$3.000'000.000 más de excedentes de liquidez de Casanare, girados al patrimonio autónomo VIADUCTO MUÑA-FIDUAGRARIA, consorcio que no era más que un subcontratista suyo, a quien se encomendó la realización de las obras de ingeniería en aquél tramo de la doble calzada "BOGOTÁ-FUSA".

En efecto, acerca de los antecedentes de esta última operación el ingeniero GUILLERMO SALCEDO MORA, integrante del "CONSORCIO VIADUCTO MUÑA"[42], explicó en declaración ante la Corte haber celebrado un contrato con el "CONSORCIO BOGOTÁ-FUSA" por \$7.779'000.000 para llevar a cabo la construcción de un viaducto en el sector del Muña, pactándose inicialmente un anticipo del 50%, no obstante lo cual luego de suscrito el contrato,

"[...] el consorcio Bogotá-Fusa nos dijo que no podía sostenerles el pago de un anticipo del 50% sino sólo del 10%... por lo cual se recibió un anticipo de \$700 millones, viéndonos obligados a buscar en el mercado una fuente de financiación... 3.000 millones que necesitaban para apalancar el proyecto; contactamos a la banca y el consorcio Bogotá-Fusa se ofreció a ayudarlos a conseguir ese dinero. A finales de julio la empresa fue contactada por JUAN FERNANDO TOBÓN, representando a una empresa denominada ASESORÍA EMPRESARIAL (quien) ofreció una financiación para el proyecto; dijo haberse enterado de ello porque también asesoraba al consorcio Bogotá-Fusa. En un principio se buscó una línea de crédito a través de un "factory" pero no fue aceptado... sobre octubre de 2006... estos señores de ASESORÍA EMPRESARIAL dijeron que podían conseguir un crédito a través de FIDUAGRARIA, teniendo la primera reunión con la gerente nacional de gestiones fiduciarias ANDREA MARQUEZ. Allí nos entregaron unos documentos que debíamos diligenciar, nos preguntaron cuál era el valor del dinero que estábamos requiriendo y explicaron el procedimiento: debíamos constituir un patrimonio autónomo, debíamos ceder nuestros derechos del contrato... el 30 de octubre de 2006 se firmó el contrato de fiducia de administración y fuente de pago y cedieron los derechos económicos del contrato y entonces FIDUAGRARIA nos presentó los documentos que debíamos firmar para un contrato de cesión de derechos de beneficio que debíamos firmar... en ese momento se nos habló que había otras posibilidades: estaba la Gobernación del Casanare, la Gobernación del Meta y otros inversionistas que ahora no recuerdo, se nos habló de esas dos fuentes y a nosotros nos correspondió que los dineros vinieran de Casanare".

Por manera que el CONSORCIO BOGOTÁ FUSA no sólo se apalancó financieramente con recursos públicos para desarrollar las obras “concesionadas”, sino que también logró liberarse del pago de un importante anticipo para con uno de sus subcontratistas, procediendo a contactarlo con FIDUAGRARIA a través de su intermediario financiero JUAN FERNANDO TOBÓN, donde le ofrecieron indistintamente recursos de la Gobernación del Meta, de Casanare, o de otras entidades públicas.

Adicionalmente el Ingeniero MORA SALCEDO admitió en su declaración haber pactado una comisión de “[...] 70’000.000 por la consecución de los dineros y corretaje pagadero contra éxito”, reflejada en pagos efectuados a favor de los señores JUAN FERNANDO TOBÓN, MAURICIO LOZADA AROCHA y ELIO RIVERA ASPRILLA por \$464’201.860, sin contar con la reclamación que le hiciera JUAN CARLOS HUÉRFANO telefónicamente y luego de manera personal en sus oficinas, reclamándole el pago de \$393’758.397 más que se le adeudaban a la firma ACH INGENIERIA que venía recomendada por TOBÓN.

Similar mecánica de apalancamiento con dineros públicos se presentó con la sociedad CHACÓN BERNAL[43], a partir del aporte de excedentes de liquidez de “departamentos y municipios petroleros” por los siguientes montos:

Entidad

Fiduciaria

Valor

Gobernación de Meta

FIDUAGRARIA

7.000'000.000

Gobernación de Casanare

FIDUAGRARIA

3.000'000.000

Alcaldía Castilla la Nueva

FIDUAGRARIA

3.000'000.000

TOTAL

13.000'000.000

LEOVIGILDO CHACÓN REYES[44], gerente y fundador de la firma CHACÓN BERNAL LIMITADA, narró a la Corte cómo creó esa empresa por el año 1995 para prestar servicios de laboratorio clínico -cuando su hija se graduó de bacterióloga-, transformando su objeto social hacia finales de 2005 para dedicarse al transporte y exportación de carbón en desarrollo del contrato celebrado con la firma Suiza CARBOFER. Y contó también de qué manera, ante la imposibilidad de acceder a un crédito bancario que le permitiera tener recursos suficientes para desarrollar esa actividad, por hallarse reportado en centrales de riesgo, el intermediario financiero JUAN FERNANDO AGUILAR[45] le ofreció conseguir recursos públicos a través de la “constitución de una fiducia”, precisando:

“[...] la fiducia estaría encaminada a la administración y fuente de pago, que ellos manejarían el dinero y nosotros tendríamos acceso a los excedentes. Esto fue sobre marzo, abril de 2006, se principiaron a hacer las gestiones en FIDUAGRARIA, con GUSTAVO CHAVEZ que trabajaba con el área jurídica, con quien se iniciaron una serie de comunicaciones. Luego de presentada la documentación la fiduciaria presentó la proforma del contrato de fiducia... Luego nos llamaron

que había un municipio que tenía excedentes de presupuesto que podía invertir en empresas privadas, era el municipio de Castilla pero que teníamos que garantizarles unos intereses del 5% anual, pero que era una inversión muy corta, por cinco o seis meses... a finales de mayo o junio de 2006, la fiducia me mandó a través de GUSTAVO CHAVEZ un modelo de oferta de cesión de derechos por 3.000 millones con obligación de devolver 3.140'000.000..."

Y luego de referir cómo una vez recibidos los dineros del municipio de Castilla se presentó cesación de pagos por el rechazo de una factura presentada a FIDUAGRARIA para cancelar los servicios de uno de los transportadores de carbón, lo que originó una acción judicial en su contra y el embargo de su cuenta, el mismo intermediario financiero JUAN FERNANDO AGUILAR, quien aparentemente era socio del señor CAMILO BENEDETTI VILLANEDA, le propuso,

"[...] mirar como pagar los intereses del municipio de Castilla y que prorrogaran el préstamo. Copia de estos correos se los pasaba JUAN FERNANDO a CAMILO BENEDETTI y él me llamaba. Lo cierto es que ya para finalizar el 2006 me dijo que si me interesaba había unas partidas ahí en FIDUAGRARIA de 10.000 o 20.000 millones para pagar lo del municipio de Castilla. Yo les dije que no podían ser más de 10.000 por que nuestra carta de crédito con CARBOFER era de 3 millones de dólares. Lo cierto es que a AGUILAR hasta diciembre de 2006 se le pago como si yo hubiera exportado 30.000 toneladas de carbón que eso no fue así; se hizo el documento con SERFINORTE y después de esto nos mandaron un nuevo pacto de readquisición por 10.000 millones, pero luego nos dijeron que no se podía hacer en una sola parte, que había unos recursos excedentes de liquidez unos de Casanare y otros de Meta, yo acepté en el entendido que eso me daba la posibilidad de salir de lo del municipio de Castilla."

En ese contexto, con las "inversiones" efectuadas por las Gobernaciones de Meta por \$7.000'000.000 y Casanare por \$3.000'000.000, se completó la suma de diez mil millones de pesos que CHACÓN REYES "aceptó recibir", no sólo para refinanciar su actividad sino además, de manera increíble, para cancelar la obligación adquirida previamente con el municipio de Castilla -o parte de ella-, es decir, para atender el "préstamo" de dineros públicos, con otros dineros públicos.

Visto lo anterior, es notorio cómo fue llevada a la práctica una cuestionable modalidad de fiducia que sirvió de medio para que ciertos empresarios financiaran sus actividades privadas, estrategia para cuyo diseño y ejecución forzoso era contar con los administradores y ejecutores de los recursos del erario, sin cuyo concurso hubiese sido imposible que las altas sumas de dinero referidas con antelación terminaran en poder de un puñado de empresarios que requerían fuertes inyecciones de capital para desarrollar sus actividades; o de otros que sencillamente no tenían acceso a líneas de financiación a través del sector financiero o bancario en razón a su negativa reputación en el pago de deudas anteriores; o de unos cuantos intermediarios de negocios que resultaron igualmente favorecidos con comisiones de “éxito” por la consecución de los inversionistas.

Precisamente, esa forma de ofrecer desde la fiduciaria excedentes de algunas entidades estatales como si se tratase de fondos a su disposición, aun antes de que en teoría se promoviera las “inversiones” en los respectivos entes territoriales, según aparece ilustrado por el ingeniero SALCEDO MORA y por el señor CHACÓN REYES, devela las relaciones tejidas con los ordenadores y ejecutores del gasto público y explican el por qué, en un caso como el presente, a tan sólo dos días de la fugaz visita efectuada por el intermediario HUÉRFANO ARDILA a la Gobernación de Casanare, el doctor PORRAS PÉREZ comunicó verbalmente a su tesorero la decisión de invertir 38 mil millones de pesos de excedentes de liquidez en los patrimonios autónomos constituidos en FIDUAGRARIA, instrucción que luego formalizó mediante aquel oficio que el propio empleado redactó.

En suma, el análisis precedente confluye a declarar probada en grado de certeza, la intervención consciente e informada del procesado en la materialización de las operaciones ejecutadas por el tesorero departamental, por cuyo medio se consumó la apropiación de los dineros públicos a favor de terceros.

De esa manera se concretó el aporte indispensable del Gobernador para la concreción de la conducta prohibida en el tipo, en la medida que tal autorización era requisito necesario para egresar la cuantiosa suma del patrimonio estatal, momento a partir del cual los beneficiarios de los giros contaron con plena autonomía para su manejo y destinación, bien en orden a atender las líneas comerciales que los ocupaban, ora para destinarlos a sus gastos personales, es decir, como señores y dueños de los recursos.

En consecuencia, el resultado le es atribuible al Gobernador, con independencia de que no hubiera sido él, directamente, sino su tesorero, quien celebró las ofertas comerciales de cesión de derechos de beneficio, aspecto que explica que la conducta se le atribuya a título de coautoría, pues ciertamente en la medida de las distintas competencias que a cada uno asistía, se verificó el aporte necesario para la consumación del delito de peculado por apropiación: el del Gobernador mediante las directrices que le correspondían por ostentar la disponibilidad jurídica de los recursos; el del tesorero materializando el traspaso de éstos a los patrimonios autónomos, en su condición de custodio material.

En esa dirección no resultan atendibles las réplicas del defensor respecto del grado de participación atribuida al procesado por la Fiscalía, pues ciertamente, su tesis parte de la base de que el aforado no contaba con disponibilidad jurídica de los recursos y que obró como simple determinador, interpretación que riñe con lo probado en autos.

Naturalmente, será en el marco de la actuación que se adelanta contra VICTOR MANUEL ALFONSO SÁNCHEZ donde se defina su compromiso de responsabilidad, o se examine si actuó o no bajo presión, aspectos todos acerca de los cuales no puede pronunciarse la Corte, en la medida que su competencia se halla restringida al examen de las responsabilidades de orden penal derivadas de la conducta del Gobernador, por ser quien ostenta fuero de juzgamiento constitucional.

1.2. LA DISPOSICIÓN DE RECURSOS CON DESTINO AL PATRIMONIO AUTÓNOMO CARBONES LIKUEN- FIDUPETROL

De forma idéntica a la verificada respecto de las anteriores operaciones, el 5 de septiembre de 2007 el tesorero de Casanare VÍCTOR MANUEL ALFONSO SÁNCHEZ suscribió oferta comercial de cesión de derechos de beneficio con el representante legal de la Unión temporal CARBONES LIKUEN, en cuya virtud aceptó la cesión de “[...] los derechos de beneficio que éste tiene en el FIDEICOMISO cuyos activos están representados en derechos económicos, hasta por el valor señalado en el numeral 4 de este documento - $\$25.000'000.000$ ”, con la promesa de ser readquiridos por el cedente en el término de dos años -4 de septiembre de 2009- y por valor de $\$30.250'000.000$ [46].

Coetáneamente con la aceptación de esa oferta, se produjo en la misma fecha el giro del precio estipulado para la cesión de los innominados derechos económicos, esto es, $\$25.000'000.000$ que el tesorero ordenó debitar de la cuenta del Banco Bogotá destinada al manejo de regalías de la Gobernación y transferir a otra del BBVA denominada “Fondo vista FIDUPETROL-FIDEICOMISO UT LIKUEN”[47].

El clausulado de la oferta permite constatar cómo se aceptaron sin fórmula de juicio atendible, condicionamientos francamente desventajosos para la administración departamental, en la medida en que el único respaldo a la entrega de la suma mencionada fue la expedición de un “certificado de derechos de beneficio” por parte de FIDUPETROL, que como en el caso de las inversiones en los patrimonios constituidos a través de FIDUAGRARIA, no respaldaba por manera alguna la operación, ni garantizaba el retorno de la suma entregada o de sus intereses, como así se desprende de lo estipulado en la cláusula cuarta de la oferta, en la cual se pactó:

“[...] READQUISICIÓN DE LOS DERECHOS DE BENEFICIO.

4.1. En fecha 4 de septiembre de 2009 EL OFERENTE deberá readquirir los DERECHOS DE BENEFICIO cedidos al INVERSIONISTA BENEFICIARIO, por un precio de TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS. Para efectos del pago del precio de readquisición de los DERECHOS DE BENEFICIO, la FIDUCIARIA pagará al INVERSIONISTA BENEFICIARIO el precio de readquisición con cargo a los recursos del fideicomiso, contra entrega del CERTIFICADO DE DERECHOS DE BENEFICIO a la fiduciaria.

4.2. En el evento de que por cualquier causa, diez (10) días calendario antes de la fecha en la cual deba cumplirse la obligación de readquisición con el INVERSIONISTA BENEFICIARIO, no existiere en el fideicomiso los recursos disponibles para efectuar el pago de la readquisición... LA FIDUCIARIA deberá solicitar por escrito a EL OFERENTE que proceda a situar los recursos necesarios en el FIDEICOMISO, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al recibo de la comunicación.

4.3. Si vencido el plazo de los cinco (5) días calendario señalados... EL OFERENTE no ha situado los recursos necesarios en el Fideicomiso para efectuar la readquisición... LA FIDUCIARIA procederá inmediatamente de conformidad con lo establecido en el CONTRATO FIDUCIARIO..."[48]

A su turno, el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, al que se hizo expresa remisión en la oferta de cesión de derechos de beneficio, simple y llanamente contempló que en caso de incumplimiento en la readquisición la fiduciaria cancelaría esa obligación siempre que aun permanecieran recursos disponibles en el patrimonio autónomo y, de no ser suficientes, entregaría en dación en pago los derechos de beneficio cedidos al fideicomiso, es decir, los derivados del mismo contrato base de la operación.

Naturalmente, ello implicó una muy deficiente garantía en orden a cubrir los riesgos de una operación mercantil tan volátil como la asociada a la comercialización de carbón, a la que en definitiva se aplicaron los dineros oficiales, dejando desprovisto al departamento de un aval representativo y serio para la recuperación de los dineros del erario, pues como ya se ha mencionado, éste a lo sumo quedó ligado al éxito mismo del negocio apalancado mediante tales fondos y a la voluntad de pago de parte del fideicomitente.

Y como ya se advirtió en el examen de las anteriores operaciones, ni en la oferta comercial de cesión de derechos base del traslado de los dineros públicos, ni en el contrato de fiducia mercantil previo que le era anejo al negocio, se precisaron con mínima claridad los activos fideicomitidos al patrimonio autónomo cuyos beneficios económicos constituían el objeto de la cesión, ni el flujo de ingresos esperados, ni se aportaron datos mínimos que permitieran corroborar que aquella compañía estaba en capacidad, al menos hipotética, de cumplir con el compromiso de readquirir los derechos en el plazo de dos años, retornando a la Gobernación la suma de \$30.250'000.000.

En tal sentido, la única mención a ellos se incluyó en el clausulado del contrato de fiducia, en los siguientes términos:

“[...] CONSIDERACIÓN CUARTA.- Que el FIDEICOMITENTE –UT CARBONES LIKUEN- ha decidido suscribir un contrato de fiducia mercantil de administración de recursos y fuente de pago, en virtud del cual constituirá un patrimonio autónomo conformado por (i) los derechos económicos cedidos a favor de los FIDEICOMITENTES por LIKUEN CORPORATION LIMITED respecto del contrato de suministro de carbón suscrito con C.I. FECOKE COLOMBIA LTDA., los cuales se ceden de manera irrevocable al Fideicomiso. (ii) Los recursos aportados por el FIDEICOMITENTE correspondientes a las sumas que reciba por aceptación de las ofertas de cesión por parte de LOS INVERSIONISTAS BENEFICIARIOS, financiadores, acreedores, proveedores los cuales ingresarán al fideicomiso exclusivamente a título de aporte del FIDEICOMITENTE, una vez aceptadas las ofertas de cesión de beneficios con pacto de readquisición, para el desarrollo del objeto social del FIDEICOMITENTE,

(iii) Los rendimientos financieros que se llegaren a generar por la inversión de los recursos administrados, los cuales se ceden de manera irrevocable al fideicomiso...”

De forma tal que el único aporte de la UT LIKUEN consistió en la cesión de un contrato de comercialización de carbón, de cuya operación habían de ingresar recursos para alimentar el patrimonio y readquirir los “derechos cedidos” a la gobernación.

En tal sentido, no se remite a duda que mediante esta operación se sustrajeron excedentes de liquidez en la cuantía ya indicada, con miras a financiar innominadas actividades particulares, quedando así materializada la apropiación de los recursos públicos que como en el anterior evento, operó a favor del patrimonio autónomo constituido como vehículo receptor de los recursos oficiales, de los cuales podía disponer el fideicomitente desde ese mismo momento.

Ahora bien, es de destacar que respecto de esta operación, ejecutada por el tesorero de Casanare, se pronunció éste sosteniendo haberla realizado de acuerdo con la instrucción verbal y luego escrita emitida por el primer mandatario departamental. En tal sentido señaló ALFONSO SÁNCHEZ[49]:

“[...] A mediados de junio de 2007 el señor Gobernador me da una orden verbal para que invierta VEINTICINCO MIL MILLONES DE PESOS en otro patrimonio autónomo, ante lo cual yo le manifiesto que no es prudente hacer este tipo de inversiones ya que sólo le quedaban a él de su administración seis meses y que los dineros existentes en la tesorería era para cumplir los compromisos ya adquiridos por la institución y que como el periodo de él estaba por acabarse, todos los contratistas aligeraban la construcción de sus obras para lograr que esa administración les cancelara sus compromisos, también le manifiesto que dado el inconveniente que había con un patrimonio autónomo de FIDUAGRARIA, no era conveniente realizar ese tipo de inversión. La charla queda ahí, él se queda como de mal genio... y es así como un día de julio él me manifiesta que dentro del portafolio de inversiones de la Gobernación hay unos títulos TES B y TES UVR, que

con esos títulos haga un cambio ... por unos TES bonos Yankees y que como de esa operación le iba a ingresar a la tesorería unos recursos que de ahí cogiera VEINCINCO MIL MILLONES y los invirtiera en el patrimonio autónomo LIKUEN con la fiduciaria FIDUPETROL y ante mi inquietud de que yo no era autónomo para realizar este tipo de inversión... el señor Gobernador me manifiesta que haga la carta que él la firma, cosa que así ocurrió. Esa carta la firmó el 17 de julio de 2007...”.

Y ciertamente, al proceso se incorporó copia del oficio referido por el tesorero, por cuyo medio el Gobernador no sólo lo autorizó para invertir 25.000 millones de pesos en patrimonios autónomos a través de cesión de derechos de pacto de readquisición, sino que le ordenó el cambio de portafolio existente para obtener la liquidez requerida para dicha operación. En efecto, el siguiente fue el contenido de aquella comunicación:

“[...] En mi condición de Gobernador de Casanare me permito informar que está autorizado para que adelante las gestiones pertinentes y lograr el cambio de portafolio que en la actualidad posee esta institución en TESB 2020 y TES UVR por TES en la modalidad Yankees. Con la liquidez que se obtenga del cambio de portafolio efectuar inversión en fiducia por valor de VEINTICINCO MIL MILLONES DE PESOS (25.000’000.000,00) en su producto derivado de patrimonios autónomos como cesión de derechos económicos con pacto de readquisición”[50].

Y si bien el procesado ha negado a lo largo del proceso que impartiera instrucciones verbales al tesorero para hacer las inversiones en patrimonios autónomos, como también ha querido minimizar los efectos vinculantes de las comunicaciones que emitió, alegando que apenas eran simples constancias con fines informativos para que las fiduciarias conocieran que de acuerdo al manual de funciones el tesorero estaba facultado para ordenar esas operaciones, ya la Sala ha explicado a espacio las razones que le asisten para negar credibilidad a dicha versión, con apoyo tanto en el marco normativo regulatorio de la materia, como en la prueba documental y testimonial que ilustra la activa intervención del ordenador del gasto en la inversión de tales recursos.

Agréguese que el contenido mismo del oficio que viene de referirse, niega tajantemente los pretendidos fines “informativos”, cuando quiera que de ser ello cierto, ninguna explicación tendría que el Gobernador accediera dócilmente a firmarle al tesorero una comunicación que no sólo aludía a la inversión de 25.000 millones de pesos en patrimonios autónomos, sino que además, proyectaba toda una operación de cambio de portafolio para obtener la liquidez necesaria para disponer de tales dineros, desbordando con ello el presumible origen de los recursos -saldos contractuales depositados en bancos- que según ha dicho el procesado, marcaban su incompetencia para intervenir en el tema.

Asimismo, es un hecho demostrado que para el Gobernador no era un hecho ajeno o desconocido el manejo de los saldos o excedentes, ni el estado y composición del portafolio de inversiones de la Gobernación, como lo dejó ver en su indagatoria cuando al interrogársele al respecto señaló:

“[...] en Casanare lo mas común era el tema de los depósitos a término fijo, las cuentas de ahorros que ustedes saben que la cuenta de ahorro no genera una rentabilidad tan alta, es mínima y lo común allá es que los recursos se mantengan depositados en una cuenta de ahorro y cuando sea necesario atender alguna exigibilidad de algún contratista fuera extraído de la cuenta de ahorro se pasara a una corriente y se giraba el cheque para cumplir con esa exigibilidad. Se que en el año 2006 mi antecesor el doctor ELI CALA LOPEZ hizo una fuerte inversión en títulos de tesorería por el orden de los 118.000 millones de pesos a muy largo plazo y no se tiene conocimiento de más inversiones en áreas diferentes a las que ya mencioné, de TES, CDTs y las cuentas de ahorros”[51].

De forma que el análisis precedente lleva a colegir que el Gobernador de Casanare al rubricar aquella comunicación, bien sabía que no existía disponibilidad en caja que sustentara una “inversión en patrimonios autónomos”, como también que las órdenes que estaba impartiendo para el cambio de portafolio se dirigían inequívocamente a obtenerla, desvirtuándose de ese modo su aporte marginal o irrelevante a las operaciones subsiguientes.

En efecto, se constató en el informe de seguimiento a esas inversiones emitido por el Departamento Nacional de Planeación[52], cómo a partir de la instructiva del 17 de julio de 2007 tuvo lugar el cambio del portafolio mediante la venta directa de un TES clase B y a través de la operación SWAP que implicó la negociación de ocho títulos más, con lo cual se obtuvo liquidez de \$130.137'000.000 destinados así: (i) \$73.727'000.000 en la adquisición de siete TES Yankees; (ii) \$25.000'000.000 girados el 5 de septiembre de 2007 a favor del patrimonio autónomo FIDUPETROL-UT LIKUEN; y (iii) \$31.410'000.000 depositados en la cuenta única para manejo de regalías, a fin de atender obligaciones derivadas de la ejecución presupuestal.

Significa lo anterior que el lapso relativamente prolongado que transcurrió entre la orden impartida por el Gobernador para invertir \$25.000.000.000 en patrimonios autónomos -17 de julio de 2007- y aquella en que la misma se hizo -5 de septiembre del mismo año-, no se explica como lo ha pretendido el procesado en la supuesta autonomía con que obró su subalterno, sino en las gestiones que éste debió realizar previamente para obtener la liquidez.

De otra parte, el examen de los soportes documentales de esta operación corrobora cómo ella estuvo coligada con las realizadas a través de FIDUAGRARIA, mediante el empleo de patrones comunes que denotan el mismo esquema que se ha advertido diseñado para la apropiación de los dineros públicos, en cuya ejecución era indispensable el concurso del Gobernador PORRAS PÉREZ, quien efectivamente lo prestó al viabilizar la operación.

En esa dirección, pese a que la oferta comercial suscrita por el tesorero de Casanare y la UT CARBONES LIKUEN, como el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago que esta empresa celebró con la FIDUCIARIA PETROLERA S.A. FIDUPETROL, ninguna aparente relación deberían tener con los negocios precedentemente analizados, que se llevaron a cabo a fines de 2006 con la intervención de distintas empresas –COSACOL, GREEN MONTAING, CHACÓN BERNAL y CONSORCIOS BOGOTÁ FUSA Y VIADUCTO MUÑA-, y de otra entidad fiduciaria - FIDUCIARIA PARA EL DESARROLLO AGROPECUARIO, FIDUAGRARIA-, lo cierto es que unos y otros no sólo contemplan el mismo esquema negocial, sino además coinciden íntegramente en su

construcción gramatical, redacción y disposición de texto, encabezados, uso de sangrías, mayúsculas sostenidas y negrillas, entre otras características[53].

Lo anterior permite inferir razonablemente que se trató de un mismo modelo de “oferta comercial de cesión de derechos de beneficio”, replicado de una fiduciaria a otra o, si se quiere, de un “gestor comercial” a otro.

A su turno, también en esta operación medió la intervención de un tercero, gestor comercial del negocio, que se acercó al empresario requirente de fondos, para ofrecerle capital de trabajo a través de un esquema novedoso: la constitución de un patrimonio autónomo en una entidad fiduciaria, al que ingresarían fondos públicos para respaldar la operación comercial, previa cesión de derechos de beneficio derivados del contrato que demandaba financiación y servía a su turno de fuente de pago de dicha “inversión”.

Así lo dio a conocer el representante legal de la unión temporal LIKUEN, señor JIMMY FREDY OSORIO GUEVARA, quien mencionó en su declaración ante la Corte cómo OSCAR ESCARPETA, intermediario financiero a quien conoció a mediados de ese año en desarrollo de una operación con interbolsa, lo contactó a finales de noviembre de 2006 y le ofreció un portafolio interesante de inversión que, curiosamente, consistía en la colocación de recursos de diferentes entidades públicas, entre las cuales recordó a las Gobernaciones del Meta, Casanare y Valle, con posibilidad de obtener hasta \$154.000'000.000, para lo cual debía constituir un patrimonio autónomo con una de varias entidades fiduciarias que se ofrecía, de las cuales escogió a FIDUPETROL, pues consideró que era la más afín con el objeto social por ellos desarrollado.

Según sus propios términos, conoció por ESCARPETA que el esquema propuesto ya se había realizado con la intervención de FIDUAGRARIA, llevándole aproximadamente siete meses entenderlo, de tal suerte que tras los análisis jurídicos de rigor, aceptó la propuesta solo hasta mediados de 2007.

No pasa desapercibido para la Sala que esa época referida por el representante legal de la UT LIKUEN que marcó la “aceptación” del portafolio ofrecido por OSCAR ESCARPETA, es plenamente coincidente con aquella en que el tesorero refirió haber recibido la instrucción verbal del Gobernador de invertir 25.000 millones de pesos “[...] en el patrimonio autónomo LIKUEN con la fiduciaria FIDUPETROL”, concordancia que reviste mayor relevancia si se repara en que para ese momento ni siquiera se había constituido ese patrimonio autónomo, acto que vino a concretarse sólo hasta el 4 de septiembre siguiente[54].

En ese orden, la conclusión a la que se arriba es que el Gobernador debió estar informado del estado de avance de la nueva “inversión” que venía gestándose, pues no de otra manera se explica que puntualmente mencionara a su tesorero aquél patrimonio autónomo, en fecha muy anterior a la de su constitución.

Dicho en otros términos, la prueba atrás analizada indica que el procesado conoció el ofrecimiento de dineros para apalancar financieramente el negocio de CARBONES LIKUEN y en el marco de sus funciones dispuso lo pertinente para que su subalterno, custodio material de los excedentes, los aplicara a esos precisos negocios que lejos estaban de poderse catalogar como “inversiones en productos financieros”, para lo cual hubo de ser instruido el tesorero acerca de la llegada de la documentación respectiva, que en este caso no se verificó por conducto de JUAN CARLOS HUÉRFANO, sino del señor ELKIN CONTENTO SANZ, familiar del Representante Legal de la UT CARBONES LIKUEN, quien fue el encargado de llevar a la Gobernación tanto la oferta comercial de cesión de derechos de beneficio ya firmada por aquél, como el contrato de fiducia mercantil, a través de una mecánica similar a la usada para las inversiones realizadas a través de FIDUAGRARIA.

Por lo demás, aunque el procesado sostiene que el oficio del 17 de julio de 2007 no fue base de la operación con FIDUPETROL, según lo hizo saber esa fiduciaria, tal circunstancia, aún si fuese cierta, en nada cambia su compromiso de responsabilidad penal.

Evidentemente los efectos de ese oficio se irradiaron al interior de la entidad territorial, constituyéndose en el acto condición necesario para que el tesorero cambiara la composición del portafolio y descontara de la liquidez obtenida 25.000 millones de pesos, que más tarde trasladó a la cuenta del patrimonio autónomo FIDUPETROL-UT LIKUEN, quedando esa suma a entera disposición de dicha persona jurídica a partir de ese momento.

Asimismo, aunque también ha sostenido la defensa que ha sido deliberadamente omitida la valoración del oficio del 30 de agosto de 2007[55], este sí base de la operación, a través de la cual el tesorero ALFONSO SÁNCHEZ informó a FIDUPETROL la decisión de efectuar la inversión de acuerdo con las facultades a él otorgadas por el manual de funciones, la lectura del documento en cuestión permite llegar a conclusiones diversas.

En tal sentido, lo primero que se advierte es que tal oficio, a diferencia de los que el empleado elaboró para la firma del Gobernador y que éste rubricó, sí corresponde a una “certificación” propiamente dicha, como expresamente se anota en su texto, haciéndose constar en torno a su calidad y funciones de tesorero lo siguiente:

“[...] Que dentro de las funciones establecidas para este cargo está la de ejercer las actividades de orden administrativo con los lineamientos trazados por la administración departamental cumpliendo para ello con las normas legales vigentes que regulan esta función.”

Que de conformidad con el cargo y el manual de funciones establecido para el mismo mediante Decreto Departamental N°0117 de 2001, se encuentra facultado para ordenar las inversiones

financieras necesarias, así como colocar los excedentes de tesorería del Departamento dentro del portafolio que ofrezca la mejor rentabilidad del mercado.

Que mediante oficio de fecha 05 de enero de 2007 dirigido al Departamento Técnico de Tesorería y firmado por el señor Gobernador y el señor Secretario de Hacienda Departamental se autorizó al Director Técnico de Tesorería para que realizara las inversiones correspondientes a los excedentes de tesorería (ver anexo).

Que de acuerdo con lo anterior la Dirección Técnica de Tesorería del departamento de Casanare a (sic) decidió invertir la suma de VEINTICINCO MIL MILLONES DE PESOS en el Fideicomiso que para el efecto posee la “UT CARBONES LIKUEN-FIDUPETROL S.A”.

Que los términos de la negociación se estipularon en el contrato de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición.”

Pues bien, las precisas referencias no sólo a que el cargo implicaba la ejecución de unas tareas administrativas que pendían de los lineamientos trazados por la administración departamental, sino además la mención expresa a la autorización que se le dio, impiden la lectura desarticulada de la certificación por la que propugna el procesado. Opuestamente, lo que de este oficio se desprende es la ratificación del nivel de injerencia de órganos superiores –Gobernador y Secretario de Hacienda- en la toma de decisiones, como la asunción de las propias en desarrollo de esa actividad.

Por supuesto, las razones que hayan asistido al tesorero para no citar allí la comunicación del 17 de julio de 2007 que expresamente refería a esta inversión, deberá explicarlas él en la investigación que enfrenta, siendo allí donde debe ponderarse su nivel de compromiso por la ejecución de tales operaciones, sin que ello torne difusa la que aparece acreditada respecto del primer mandatario.

En suma, si como consecuencia de aquellas operaciones que el Gobernador autorizó, tanto las referidas a los patrimonios autónomos constituidos en FIDUAGRARIA, como al que se creó en FIDUPETROL, se produjo el efectivo giró de dineros bajo unas condiciones que de entrada permitían avizorar la alta probabilidad de que no retornaran a la administración, no se remite a duda el carácter típico de la conducta del procesado, como la afectación material del bien jurídico de la administración pública y la lesión efectiva del erario departamental, merced de la disposición de recursos que de forma ilegal e irracional se pusieron a disposición de unos cuantos empresarios privados para que financiaran sus actividades mercantiles.

En este sentido, valga iterar que resultan inadmisibles los argumentos defensivos del procesado dirigidos a atacar la tipicidad y antijuridicidad de las conductas imputadas bajo la tesis de que ninguno de los fideicomitentes dijo haber recibido los dineros públicos con el ánimo de apropiárselos y, por el contrario, han expresado su voluntad de retornarlos a la administración, e incluso han pagado la totalidad de ellos -como en el caso del consorcio Bogotá-Fusa-, o efectuado abonos parciales a esas obligaciones y suscrito acuerdos de pago con la administración, con lo cual se demuestra que es inexistente “[...] el elemento subjetivo de apropiación”.

Baste mencionar que la propuesta argumentativa que viene de referirse parte de otorgar especiales consecuencias al fenómeno post delictual del reintegro del valor apropiado, más allá de las establecidas por el artículo 401 el Código Penal donde se regulan como circunstancia que reduce el quantum de la pena y sólo respecto de quien efectúa el reintegro, constituyéndose así en abonos o pagos que por supuesto no están llamados a eliminar el carácter típico y antijurídico

de las conductas por cuyo medio se facilitó el apoderamiento de los dineros por parte de los terceros.

Ningún desarrollo jurisprudencial avala la tesis propuesta por el procesado, bastando con traer a colación lo dicho por la Sala frente a un planteamiento de similar estirpe, en donde, merced de la recuperación de los caudales públicos extraviados, se alegaba la ausencia de tipicidad y antijuridicidad de la conducta en sentido similar al que aquí se postula. Dijo la Corte en esa ocasión:

“... De este modo, (se) hace depender interesadamente la calificación jurídica del comportamiento y la efectiva realización del tipo, de aquellas conductas postdelictuales de salvamento o reparación llevadas a cabo por las partes, incluso por terceros, lo cual, por supuesto, resulta inadmisibile ... De acogerse una tal postura, se llegaría al absurdo de considerar válida la hipótesis según la cual, a guisa de ejemplo, como la víctima de un delito de lesiones personales finalmente logró restablecer su estado de salud gracias a la oportuna atención médica, entonces dicho comportamiento queda impune toda vez que, siguiendo el criterio del recurrente, no hubo afectación concreta y objetiva del bien jurídico que la norma pretende tutelar, confundiendo de tal modo la afectación al bien jurídico por la realización de una conducta delictiva, con la duración de los efectos de ésta.”[56]

Adicionalmente, el comportamiento del doctor PORRAS PÉREZ no se vio justificado por ninguna de las causales previstas en el artículo 32 del estatuto penal sustantivo vigente.

Asimismo, está demostrado en grado de certeza la culpabilidad del procesado en las conductas por él desarrolladas para facilitar la apropiación de los dineros públicos.

Ciertamente, de PORRAS PÉREZ resulta predicable la conciencia de la antijuridicidad de los comportamientos que materialmente llevó a cabo y la exigibilidad de que obrara conforme a derecho, pues como se sabe contaba con conocimientos específicos en su condición de economista y por los adquiridos a partir de su trayectoria laboral, que inició en la alcaldía de Yopal donde llegó a ser Secretario de Planeación y Valorización y mas tarde en la propia Gobernación de Casanare, donde trabajó en un tema tan afín al de las operaciones cuestionadas como fue el de dirigir el programa de saneamiento fiscal y financiero por los años 2000 a 2003.

Igualmente, repárese que desde su indagatoria fue explícito en admitir los conocimientos que poseía sobre la forma en que opera la fiducia, señalando al respecto:

“[...] Conozco el tema fiduciario por mi profesión, soy economista y dentro de las áreas de formación está el de las fiducias...”

No obstante lo anterior, lo probado en autos demuestra en grado de certeza que el procesado obró en contravía de ese conocimiento cierto, pues autorizó una serie de operaciones respecto de las cuales podía advertir, conforme a su perfil profesional, que no se compadecían con las finalidades que busca el Estado cuando autoriza el uso temporal de excedentes para que no permanezcan saldos ociosos y que tampoco satisfacían las finalidades de adecuado y equitativo uso de de los recursos públicos que administraba.

A su vez, el hecho de autorizar el destino de tan importantes sumas de dinero que por su origen - regalías- están llamadas a atender las necesidades mas sentidas de la comunidad, da lugar a

considerar que cualquier servidor público con igual responsabilidad a la ostentada por el procesado, habría procedido a examinar las condiciones en que operaba esa supuesta inversión en fiducia, para advertir así la forma simulada en que se destinaban los dineros simple y llanamente a apoyar actividades privadas, irregularidades que naturalmente eran aprehensibles sin tener que llevar a cabo elaborados procesos intelectuales o mayores esfuerzos dialécticos en virtud de su formación profesional y experiencia laboral asociada a la misma, conductas que se alejan de lo que fue su actuar.

2. EL DELITO DE CONTRATO SIN EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES

Conforme a las previsiones del artículo 410 del Código Penal, incurre en dicha conducta punible:

“El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contratos sin observancia de los requisitos legales esenciales o los celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos...”.

De acuerdo con tal descripción normativa, para la configuración del delito se requiere que el sujeto activo ostente la calidad de servidor público y sea el titular de la competencia para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato estatal, desarrollando en tal virtud la conducta prohibida, concretada en la intervención funcional en alguna de las mencionadas fases con omisión de sus requisitos legales esenciales, esto es, los previstos de manera general por la legislación civil y aquellos desarrollados puntualmente por la Ley 80 de 1993 y demás normas que la complementan.

Acerca de este reproche es conveniente recordar que en la acusación se partió de la premisa de que el ex Gobernador de Casanare, al autorizar las operaciones que vienen de referirse, no sólo actualizó la conducta punible de peculado por apropiación, sino también la que es objeto de examen, en la medida que las ofertas de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición utilizadas como mecanismo para viabilizar el traspaso de los recursos hacia los patrimonios autónomos, corresponden a verdaderos contratos estatales que debieron sujetarse a los principios y reglas consagrados en la Ley 80 de 1993, hallándose particularmente incumplidos los de planeación y economía.

Asimismo, encontró la Fiscalía probado que esas ofertas de cesión de derechos de beneficio adolecían de objeto ilícito por cuanto, a través suyo, se pactaron acuerdos bilaterales que contrariaron el derecho público de la Nación, particularmente el artículo 17 de la Ley 819 de 2003, que reglamenta el destino temporal que pueden dar las entidades territoriales a los excedentes de liquidez.

Pues bien, como punto de partida del examen que corresponde realizar a la Sala, empiece por señalarse que la prueba obrante en la actuación, particularmente aquella condensada en las actuaciones de la Contraloría General de la Nación y el seguimiento efectuado por el Departamento Nacional de Planeación, informan que los dineros en cuantía de \$63.000'000.000 trasladados a patrimonios autónomos en virtud de seis ofertas de cesión de derechos de beneficio que el Gobernador autorizó realizar, correspondían a excedentes de liquidez provenientes de "saldos contractuales", es decir, sumas que como lo ha sostenido la defensa ya habían agotado un previo proceso contractual.

De manera que la destinación primaria de dichos dineros no era otra que la satisfacción de las cargas oficiales para con los contratistas de la Gobernación, como contraprestación de los bienes o servicios que éstos debían entregar, no obstante lo cual, de acuerdo con el marco regulatorio de las finanzas del Estado, correspondía a la administración departamental colocarlos temporalmente en el mercado financiero con miras a obtener rendimientos, hasta tanto se verificaran las condiciones de pago.

De allí que el tesorero afirmara en su declaración que sobre tales excedentes no realizó contrato alguno, en el sentido que tal concepto es entendido por él, esto es, como el proceso que se agota en desarrollo de los planes y programas de la entidad y con cargo a su presupuesto anual, con miras a obtener de un tercero la realización de una obra, la adquisición de un bien o la prestación de un servicio.

De esta forma explicó aquél que, en su entender, las ofertas de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición, coligadas a los negocios fiduciarios precedentes, constituían simple y llanamente operaciones de colocación de excedentes destinadas a obtener unos rendimientos, en tanto se generaba la obligación de pago de las sumas invertidas.

No obstante lo anterior, basta revisar el contenido de dichas ofertas, para advertir cómo ellas condensaron acuerdos bilaterales en cuya virtud el oferente se comprometió a ceder a favor de la Gobernación los derechos económicos que dijo tener sobre algunos contratos en ejecución, a cambio de una suma de dinero oficial que debía girar aquélla con destino al fideicomiso previamente constituido por el cedente, suma que éste último retornaría en el hipotético término de uno o dos años, incrementada en el 9 y el 10,5%.

Por manera que se trató de pactos causantes de obligaciones recíprocas, que si bien no participan de la forma en que las entidades estatales suelen desarrollar su actividad contractual, quiere decir, convocando, evaluando y seleccionando a quien les prestará el bien o servicio demandado, ello no los sustrae de su condición de contratos estatales, como quiera que al tenor de lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se entienden incluidos en dicha categoría,

“[...] 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:

1. Contrato de obra [...]
2. Contrato de Consultoría [...]
3. Contrato de prestación de servicios [...]
4. Contrato de concesión [...]
5. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública [...]

Para lo que interesa al proceso, importa destacar que en la formación de esos contratos, como actos que imponían cargas de dar a la entidad territorial, ésta debía constatar el cumplimiento de los requisitos de su esencia previstos en la legislación civil, esto es, los relativos al consentimiento válido, la capacidad de obligarse, el objeto y causa lícitos, elementos últimos que a su vez se hallaban coligados a las disposiciones a través de las cuales se reglamenta el uso temporal de los recursos que por esa vía se irían a comprometer y que de manera particular limitaban la autonomía de la voluntad de la administración.

En esa dirección, competía a la Gobernación verificar, a través de estudios de conveniencia y oportunidad, si los contratos propuestos de cesión de derechos de beneficio consultaban los principios guía de rentabilidad, seguridad y solidez que para las inversiones financieras prevé el artículo 98 del Decreto 111 de 1996 y si, además, se correspondían con alguna de las expresas

modalidades de inversión consagradas en el artículo 17 de la Ley 819 de 2003, que expresamente señala:

“[...] Colocación de excedentes de liquidez. Las entidades territoriales deberán invertir sus excedentes transitorios de liquidez en Títulos de Deuda Pública Interna de la Nación o en títulos que cuenten con una alta calificación de riesgo crediticio o que sean depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio.

Y ciertamente, ese marco normativo que era de imperativo acatamiento fue soslayado de manera flagrante, en la medida que la entidad territorial aceptó comprometer parte de sus excedentes de liquidez a cambio de participar en los resultados de unos negocios privados, es decir, en meras expectativas, uso por manera alguna autorizado por el legislador para ese tipo de recursos.

Consecuentemente, en virtud de la expresa prohibición legal de asumir con cargo a los excedentes de liquidez, operaciones distintas de las expresamente contempladas en el artículo 17 de la Ley 819 de 2003, deviene evidente la ilicitud del objeto de aquellos contratos estatales de cesión de derechos de beneficio que celebró el tesorero de Casanare, a partir de las autorizaciones que para tal efecto le impartió el Gobernador PORRAS PÉREZ, pues con ellos se contrarió abiertamente el derecho público de la Nación.

Adicionalmente, encuentra la Corte que la autorización impartida por el Gobernador de Casanare a su tesorero para que celebrara los referidos contratos de oferta comercial de cesión de derechos, sin el previo estudio sobre la seriedad de los negocios subyacentes que iban a ser alimentados con los recursos del patrimonio autónomo, ligado al apresuramiento con que obró en la consolidación de tales instrucciones, permiten concluir que obró de manera consciente y voluntaria en orden a contrariar el postulado de planeación que gobierna todas las actividades en que el Estado actúa como sujeto de la relación contractual, sin que pueda sostenerse, según lo

sugiere la defensa, que dichas cargas de verificación le compitieran exclusivamente a las entidades fiduciarias.

Opuestamente, era del entero resorte del Gobernador, en su calidad de administrador de las finanzas departamentales, evaluar de manera seria y sustancial las alternativas de negocio que venían propuestas o, en su defecto, instruir a sus subalternos para que realizaran el estudio respectivo para someterlo a su evaluación, previo a la celebración de los contratos.

Y si bien el procesado argumentó en su favor que el uso de los saldos contractuales se cumplió conforme a los lineamientos trazados por el artículo 25, numeral 20 de la Ley 80 de 1993, dicha postura riñe abiertamente con lo probado en autos. En efecto, señala la norma en cita:

“[...] Del principio de economía. En virtud de este principio:

20. Los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales podrán ser entregados en administración fiduciaria o bajo cualquier otra forma de manejo que permita la obtención de beneficios y el pago oportuno de lo adeudado.”

Ciertamente, resulta incontrovertible que los saldos contractuales girados por la Gobernación de Casanare a FIDUAGRARIA y FIDUPETROL, no lo fueron en virtud de ningún acuerdo al que hubiese llegado la entidad territorial con esas fiduciarias, con miras a la obtención de rendimientos financieros.

Por el contrario, en las ofertas de cesión la Gobernación declaró conocer y aceptar el contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago, previamente celebrado por el cedente de los derechos de beneficio, donde se previó que los dineros que éste recaudara a consecuencia de las ofertas de cesión aceptadas por inversionistas beneficiarios, como lo fue la Gobernación de Casanare, ingresarían al patrimonio autónomo,

“[...] por cuenta y como aporte del FIDEICOMITENTE y serán entregados por la fiducia a éste para el desarrollo de las actividades previstas en el CONTRATO, dentro de los 3 días siguientes contados a partir del recibo de la instrucción de giro suscrita por el representante legal del FIDEICOMITENTE...”.

Lo anterior permite desestimar el presunto acatamiento de las directrices legales previstas para el manejo de saldos contractuales, aspecto por demás evaluado por el Departamento Nacional de Planeación, entidad que tras el examen efectuado a las mal denominadas “inversiones” de excedentes, precisó:

“[...] ni los derechos fiduciarios adquiridos, ni las certificaciones emitidas por las fiduciarias a favor de la entidad son ‘títulos valores’, sino derechos de crédito con un contenido económico incierto. Además, el precio pagado por las entidades territoriales como contraprestación por los derechos de beneficio fiduciario cedidos a su favor, no fue entregado a título de depósito a las fiduciarias, sino como pago a los fideicomitentes cedentes, quienes a su vez instruyeron a la entidad territorial para que actuando por cuentas suya ingresaran dichos recursos a las fiduciarias a título de aporte fiduciario de los fideicomitentes cedentes...”.

Por lo demás, impera señalar que la entrega de los saldos a través de encargos fiduciarios a que alude el artículo 25, numeral 20 de la Ley 80 de 1993, no puede interpretarse de manera aislada, ni como un mecanismo distinto a la fiducia pública expresamente regulada en el artículo 32 de la misma codificación, que en esencia consiste en un mandato sin transferencia de dominio de dineros afectos a unas cargas contractuales específicas, mediante el cual se encarga al fiduciario su manejo temporal con la instrucción precisa de realizar los pagos a favor del contratista en las fechas y cuantías previamente establecidas, características que como viene de reseñarse no se compaginan con el aporte de dineros públicos efectuados a través de las ofertas de cesión de derechos de beneficio, en tanto la nota que caracterizó estos últimos contratos fue precisamente la transferencia de dominio de los recursos públicos, contra expresa prohibición legal.

Tampoco es posible convenir con la tesis de la defensa, según la cual el artículo 25, numeral 20 de la Ley 80 de 1993 regula una cláusula permisiva en cuya virtud la administración está habilitada para entregar los saldos de contratos, no sólo a través de la fiducia, sino “bajo cualquier otra forma que permita la obtención de beneficios”, modelo que se sostiene es el que ocurre en la mayoría de los casos.

Pues bien, dígase al respecto que esas otras “formas” para la obtención de beneficios no pueden interpretarse con aquella laxitud pretendida, ni habilitan para realizar cualquier negocio que ofrezca altos márgenes de rentabilidad, por atractivos que pudieran llegar a ser; contrariamente, todos los actos asociados a la disposición de dineros públicos, aun con carácter temporal, están precedidos de un fuerte componente regulatorio llamado a limitar la autonomía de la voluntad de sus administradores y custodios, en cuya virtud se impone a ordenadores y ejecutores del gasto orientar sus acciones hacia el cumplimiento de los principios y procedimientos específicos erigidos en salvaguarda del interés general que subyace al manejo de las finanzas públicas.

Para el caso, tratándose de entidades territoriales, las alternativas de rentabilidad aludidas por el artículo 25, numeral 20 de la Ley 80 de 1993, naturalmente deben integrarse a aquellas otras disposiciones regulatorias de las inversiones temporales autorizadas, particularmente, se impone adecuar esa acción administrativa a las modalidades expresamente autorizadas en el ya mencionado artículo 17 de la ley 819 de 2003.

En suma, si como ya se ha dilucidado, al Gobernador le competía intervenir en este tipo de inversiones, marcando las directrices a seguir para su realización y si, en tal cometido, autorizó al tesorero departamental para que efectuara con cargo a excedentes una serie de operaciones no contempladas para el uso temporal de dichos recursos, viabilizadas a través de contratos atípicos que no podían realizarse en tanto contrariaban las normas que regulan la materia, surge evidente que con su conducta actualizó el delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales que le fuera imputado en la resolución de acusación, en concurso homogéneo sucesivo y como coautor del mismo.

A su turno, las especiales particularidades que rodearon la voluntad manifiesta del Gobernador de utilizar excedentes de liquidez para el apalancamiento financiero de negocios privados, mediante contratos que claramente le estaba vedado realizar a la administración por él encarnada, constituye elemento de juicio sólido para concluir que tal conducta le es imputable a título de dolo.

Asimismo, no se remite a duda que se verificó con dicha conducta la efectiva vulneración del bien jurídico tutelado, esto es, de la administración pública, en virtud de la violación sistemática de principios que inspiran la contratación administrativa, particularmente los de planeación y economía que le correspondía acatar y cumplir en el examen de las alternativas de cesión de derechos económicos que le fueron propuestas.

En efecto, si la labor contractual a desarrollar por la entidades del Estado constituye una especie de la función administrativa misma, la que con fundamento en el artículo 209 de la Constitución Política debe desarrollarse bajo los postulados de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad e imparcialidad, dispuestos en orden a realizar los fines del Estado mismo, esto es, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, ha de concluirse que siempre que aquella

labor se realiza sin apego a los procedimientos que materializan en la práctica los principios ya mencionados, no sólo se defrauda la expectativa razonable de los gobernados sobre la recta labor de sus gobernantes, sino que se lesiona efectivamente ese valor superior.

Como corolario de lo expuesto, estima la Sala que se encuentra acreditado suficientemente, en grado de certeza, la realización culpable de las conductas punibles de peculado por apropiación y contrato sin el cumplimiento de requisitos legales por las cuales se acusó al ex Gobernador PORRAS PÉREZ, como su responsabilidad en calidad de coautor de dichos comportamientos, lo cual impone proferir en su contra sentencia condenatoria.

PUNIBILIDAD

1. La pena privativa de la libertad

Establece el artículo 60 del Código Penal que para el proceso de individualización de la pena, han de considerarse en primer término los límites mínimos y máximos de punibilidad, con todas sus circunstancias modificadoras.

En ese orden y atendiendo el fenómeno de concurso de conductas punibles que se verifica en este asunto, el cual impone tasar la pena privativa de la libertad a partir de los rangos consagrados para el delito “[...] más grave, atendiendo su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas” -artículo 31 íbidem-, procederá la Sala a efectuar la

dosificación punitiva que correspondería a cada una de las conductas concursantes, para determinar la que finalmente corresponda aplicar.

1.1. El delito de peculado por apropiación

Conforme a las consideraciones precedentes, el procesado ha sido encontrado coautor culpable de un concurso de delitos de peculado por apropiación en favor de los terceros beneficiarios de los giros, cuya cuantía en todos los casos supera los 200 salarios mínimos legales mensuales de la época[57].

Por manera que queda sometido a la pena privativa de la libertad contemplada por el artículo 397, inciso 2° del Código Penal, esto es, a 6 a 15 años de prisión “aumentada hasta en la mitad”, incremento que conforme al artículo 60, numeral 2° ibídem, debe computarse a su máximo, lo que arroja un ámbito de punibilidad de 6 años a 22 años, 6 meses de prisión[58].

A su turno, ese ámbito de punibilidad ha de dividirse en cuatro cuartos, conformados de la siguiente manera: (i) el cuarto mínimo de 6 a 10 años, 1 mes, 15 días; (ii) los cuartos medios de 10 años, 1 mes, 16 días a 18 años, 4 meses, 15 días; y, (iii) el cuarto máximo de 18 años, 4 meses, 16 días a 22 años, 6 meses.

En punto a definir el cuarto en que deba tasarse la sanción, se tiene que la Fiscalía dedujo en la acusación las circunstancias de mayor punibilidad consagradas en los numerales 1 y 9 del artículo 58 del Código Penal.

Acerca de la primera relativa a los eventos en que la conducta punible “[...] se ejecuta sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de la colectividad”, encuentra la Sala que ciertamente ella concurre en tanto se demostró que la fuente de los excedentes sobre los cuales recayó el acto de apropiación correspondió a “regalías petroleras”, como así lo acredita el hecho incontrovertible de que las sumas se debitaron de la cuenta especialmente constituida para su manejo, de manera que deviene innegable que tales dineros efectivamente egresados de las arcas departamentales, dejaron de estar prestos a la satisfacción de necesidades básicas de los habitantes del departamento de Casanare.

No sucede igual con la segunda circunstancia de mayor punibilidad deducida en contra del procesado, relativa a “[...] la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio”.

En efecto, aun cuando en la acusación se citaron algunos precedentes de la Sala en apoyo de la tesis según la cual concurriría respecto del procesado esa circunstancia de mayor punibilidad[59] a partir de la alta posición ostentada en su condición de Gobernador de Casanare, es menester precisar que esa línea jurisprudencial fue recogida de tiempo atrás por esta Corporación, a partir de la sentencia del 23 de febrero de 2005[60], en la cual se precisó:

“[...] un nuevo escrutinio de tales fundamentos orientado al respeto del debido proceso sancionatorio reclama un replanteamiento del tema, pues al infractor mal se le puede colocar en la posición de tener que expiar sucesivamente su falta por el mismo hecho, sin que ello entrañe violentar el principio de prohibición de doble valoración, o lo que es lo mismo, la inobservancia del principio non bis in idem.

En efecto, dicho postulado de raigambre constitucional -Art. 29 de la Carta Política- tiene por finalidad evitar que el individuo pasible de pena en virtud de comportamiento contrario a derecho, sea castigado más de una vez por el mismo hecho. El principio de determinación del hecho y de la pena conlleva a la exigencia de que lo prohibido bajo conminación sancionatoria se halle claramente establecido en la ley, de modo tal que su fijación no quede librada al arbitrio del juez, como quiera que el ciudadano debe saber de antemano las consecuencias que caben derivarse de su conducta. Por consiguiente, la punibilidad debe estar sujeta a los criterios de legalidad previa, estricta y cierta, lo cual significa que la ley ha de señalar inequívocamente la naturaleza de la pena y el marco dentro del cual puede moverse el juez al aplicarla. [...]

Un factor, téngasele por elemento o circunstancia, no puede ser sometido a más de una valoración desfavorable, esto es, como elemento del tipo legal de que se trate, y también como agravante. La prohibición de doble valoración por este aspecto, dice relación con el hecho propiamente tal y sus circunstancias relevantes; dicho de otro modo, factores que sean valorados como elementos configurantes del delito, no pueden apreciarse simultáneamente como circunstancias agravantes del mismo, y a su vez de la punibilidad. Fue el propio legislador quien dispuso respecto de las agravantes -Art. 66 del C. Penal anterior- o circunstancias de mayor punibilidad -Art. 58 de la Ley 599 de 2000- que ellas proceden “siempre que no hayan sido previstas de otra manera”.

A partir de esta decisión, la Sala ha mantenido invariable su postura[61], pues evidentemente la condición de Gobernador que ostentaba WHITMAN PORRAS PÉREZ fue ya considerada como elemento configurante de los delitos que se le reprochan, motivo por el cual para efectos de la dosificación punitiva que corresponde, se excluirá la circunstancia de mayor punibilidad contenida en el numeral 9° del artículo 58 del Código Penal.

De otra parte, debe declararse que concurre a favor del procesado como circunstancia de menor punibilidad la prevista en el artículo 55, numeral 1° del Código Penal, relativa a la carencia de antecedentes penales.

En consecuencia, como se ha deducido una circunstancia de mayor punibilidad y otra de menor punibilidad, la pena se tasará en los márgenes de los cuartos medios conforme a lo dispuesto por el artículo 61 del mismo estatuto, esto es, entre 10 años, 1 mes, 16 días y 18 años, 4 meses, 15 días.

A partir de esos límites de punibilidad, corresponde evaluar en concreto los criterios moduladores de la determinación de la pena de prisión que sería aplicable al procesado con ocasión del delito de peculado por apropiación cuya comisión se le reprocha, previstos en el artículo 61 del Código Penal: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales de agravación o atenuación, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Así las cosas, de cara a los intereses tutelados en la disposición penal infringida por el procesado, indudable resulta su gravedad, en la medida que el ex Gobernador PORRAS PÉREZ defraudó las expectativas que su imagen de hombre público encarnaba y las que eran anejas al cargo que desempeñó, poniendo a su servicio personal la función pública y desatendiendo mínimos éticos en el ejercicio de su alta investidura, todo lo cual determina no sólo la necesidad de una condigna sanción, sino además la de realizar las funciones de prevención general de la pena, notificando mediante la sanción que conductas de corrupción administrativa como la acá juzgada merecen el mayor reproche, a fin de prevenir la realización de iguales comportamientos. A su turno, resulta igualmente notorio el daño real causado con el delito al Departamento regentado por el ex Gobernador PORRAS PÉREZ, reflejado en la pérdida efectiva de cuantiosos dineros estatales.

Atendidos tales factores, el límite mínimo del cuarto medio se incrementará en 3 años para una pena básica por el delito de peculado por apropiación de 13 años de prisión.

1.2. El delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales

Igualmente, al procesado se le halló coautor culpable del concurso de delitos de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, acaecidos respecto de cada una de las ofertas de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición celebrados a partir de sus instrucciones, sin observancia de requisitos de su esencia, seis en total, conductas estas que bajo los criterios ya precitados -fecha y lugar de comisión- son sancionados con pena privativa de la libertad de 4 a 12 años, según las previsiones del artículo 410 de la ley 599 de 2000.

En consecuencia, el ámbito punitivo de movilidad para este delito está conformado así: (i) el primer cuarto entre 4 y 6 años de prisión; (ii) los cuartos medios de 6 años y un 1 día a 10 años; y (iii) el cuarto máximo de 10 años y 1 día a 12 años de prisión.

Como ya se refiriera, la pena debe tasarse en los cuartos medios por concurrir una circunstancia de mayor y otra de menor punibilidad, es decir, entre 6 años, un 1 día y 10 años, correspondiendo por este delito, conforme a los mismos factores ponderados en precedencia, tasarla en 8 años de prisión, que proporcionalmente corresponde al mismo incremento previsto para el peculado por apropiación en razón de la mayor gravedad de la conducta y el daño real causado a través de ella.

1.3. La pena efectiva a imponer atendido el concurso de conductas punibles

Como ya se mencionaba, establece el Código Penal que para eventos de concurso, se impondrá la pena que corresponda al delito más grave, incrementada hasta en otro tanto, sin que pueda superar la sumatoria aritmética de cada conducta individualmente tasada.

En tal sentido, el ejercicio realizado en precedencia permite advertir que la conducta punible más grave por la que debe responder el procesado es la correspondiente al peculado por apropiación, no sólo en razón a su quantum punitivo, sino además de cara a los intereses tutelados en la norma que lo eleva a la categoría de delito.

Por ello, la pena de prisión partirá de 13 años, incrementándose en 5 años y 6 meses más, con ocasión de los cinco delitos de peculado por apropiación y los seis delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales concursantes, quiere decir, a razón de 6 meses por cada uno de ellos, para una pena de prisión final de 18 años y 6 meses, sin que con ello se rebase el límite máximo para el concurso de conductas punibles[62].

2. La pena de multa

Establece el artículo 39 numeral 4° del Código Penal, que en caso de concurso de conductas punibles, deberá procederse a la sumatoria de las que corresponde a cada delito, sin que, en todo caso, pueda ser superior a 50.000 salarios mínimos legales de la época.

Así las cosas, advierte la Sala que la sola sumatoria de la multa que correspondería al concurso de delitos de peculado por apropiación supera ampliamente el límite máximo de 50.000 salarios

mínimos legales mensuales, dado que el valor apropiado a favor de terceros[63] es mayor a ese rango, tanto para los delitos de peculado cometidos en la vigencia 2006 -\$20.400'000.000[64]-, como para el consumado en el 2007 -\$21.685'000.000[65]-.

En consecuencia y por razón de ese límite legal, se impondrá a WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ multa correspondiente a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha en que se efectúe su pago.

3. La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

Se impondrá al procesado inhabilitación de derechos y funciones públicas, mediante la cual se le priva de los derechos de elegir y ser elegido, como del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública u otorgamiento de dignidades u honores, por el mismo término de la pena privativa de la libertad. Adicionalmente, teniendo en cuenta la declaratoria de responsabilidad penal en contra de WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ, involucra un concurso de delitos de peculado por apropiación, corresponde imponerle la inhabilitación perpetua de que trata el artículo 122 inciso 5° de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 38 de la Ley 734 de 2002[66].

4. Sustitutos de la pena privativa de la libertad

Como quiera que la pena de prisión impuesta rebasa los 3 años, el sentenciado no tiene derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, contemplada en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000.

Tampoco se hace acreedor a la prisión domiciliaria, toda vez que no se encuentra satisfecho el presupuesto de orden objetivo necesario para su concesión, consistente en que se proceda por delitos cuya pena mínima prevista en la ley sea igual o inferior a 5 años de prisión -artículo 38 del Código Penal-, toda vez que uno de los ilícitos concursantes, el peculado por apropiación en cuantía superior a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, contempla prisión que parte de 6 años, circunstancia que, de paso, torna inane cualquier análisis respecto de la concurrencia o no del presupuesto subjetivo indispensable para acceder al sustituto de la prisión intramural.

CONSECUENCIAS CIVILES DE LOS DELITOS

1. EL PROCESADO

Conforme al artículo 56 del Código de Procedimiento Penal -Ley 600 de 2000-, en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo con lo probado en la actuación y condenará al responsable.

En el presente evento, se demostró a través de la inspección efectuada a la Dirección Técnica de Tesorería de Casanare[67], que de los \$63.000'000.000 que el Gobernador PORRAS PÉREZ autorizó invertir en patrimonios autónomos, a 30 de agosto de 2011 se habían efectuado abonos imputados contablemente a capital, de apenas \$18.657'186.435, discriminados así:

Patrimonio autónomo

Valor

Invertido

Capital

recaudado

Capital por cobrar

LIKUEN-FIDUPETROL

25.000.000.000

2.500.000.000

22.500.000.000

COSACOL I-FIDUAGRARIA

11.000.000.000

1.229.210.000

9.770.790.000

COSACOL II-FIDUAGRARIA

7.000.000.000

7.000.000.000

0

GREEN MOUNTAING- FIDUAGRARIA

10.000.000.000

2.507.244.116

7.492.755.884

CHACON BERNAL- FIDUAGRARIA

3.000.000.000

420.732.319

2.579.267.681

VIADUCTO MUÑA- FIDUAGRARIA

3.000.000.000

1.000.000.000

2.000.000.000

BOGOTÁ-FUSA- FIDUAGRARIA

4.000'000.000

4.000'000.000

0

TOTAL

63.000.000.000

18.657.186.435

44.342.813.565

A su turno, el apoderado del Departamento de Casanare, constituido en parte civil, allegó en el traslado común para solicitar pruebas en el juicio, informe de la tesorería departamental con corte a noviembre 30 de 2011[68] donde se relacionan las obligaciones vencidas y se aplican intereses moratorios ejercicio a partir del cual se concluye que los daños ascienden a \$73.735'138.150, de los cuales \$44.342.813.565 aparecen imputados a capital dejado de pagar y \$29'392.324.585 a intereses, sumas éstas discriminadas así:

LIKUEN

COSACOL

GREEN

MOUNTAINING

CHACON

BERNAL

VIADUCTO MUÑA

BOGOTÁ-FUSA

Capital inicial

25.000'000.000

18.000'000.000

10.000'000.000

3.000'000.000

3.000'000.000

4.000'000.000

Abonos capital

2.500'000.000

8.229.210.000

2.507.244.116

420.732.319

1.000.000.000

4.000.000.000

Saldo

capital

22.500'000.000

9.770.790.000

7.492.755.884

2.579.267.681

2.000.000.000

0

Abonos intereses

0

3.415.707.300

900.000.000

294.455.492

270.000.000

436.091.344

Saldo intereses

16.170'450.429

5.300.997.064

4.418.368.469

1.713.844.427

1.788.664.167

0

Días liquidados

1.525

1.453

1.453

1.454

1.454

0

Total

38.670'450.429

15.071.787.094

11.911.124.352

4.293.112.108

3.788.664.167

0

De los anteriores cálculos, encuentra la Sala que el valor de \$44.342.813.565 reportado por la Gobernación a través de su apoderado, ciertamente corresponde a la pérdida efectiva de dineros públicos, de acuerdo con los egresos y abonos contabilizados por la Gobernación a 31 de septiembre de 2011.

No obstante, según certificación allegada posteriormente por la entidad territorial, se tiene conocimiento cierto de la cancelación total de lo adeudado con cargo a la oferta de cesión de derechos de beneficio celebrada con el Consorcio VIADUCTO MUÑA[69], de suerte que habrá de descontarse de la suma antes mencionada lo que a esa operación corresponde, es decir \$2.000.000.000, para un total consolidado de \$42.342'813.556.

En consecuencia, se condenará a WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ a pagar \$42.342'813.556 a favor del departamento de Casanare, por concepto de daño emergente, discriminado como sigue conforme a los distintos contratos y operaciones subsiguientes que dan lugar a esa condena, así:

Patrimonio Fidupetrol-Carbones Likuen.....\$ 22.500'000.000

Patrimonio Fiduagraria- Cosacol.....\$ 9.770.790.000

Patrimonio Fiduagraria- Green Mountaing.....\$7.492.755.884

Patrimonio Fiduagraria-Chacón Bernal.....\$ 2.579.267.681

En cambio, no se aceptará el cálculo de intereses efectuados por la Gobernación, por cuanto de su examen se advierte cómo se capitalizó el valor inicial de la operación, mediante la sumatoria de los rendimientos por recaudar en cada anualidad y a ese resultado se le fue aplicando nueva y sucesivamente la tasa pactada -del 9% en el caso de patrimonios autónomos FIDUAGRARIA y 10,5% para el de FIDUPETROL -, más el 50% de la misma con ocasión de la mora -4,5 y 5,25%-, con lo cual se terminan incluyéndose indebidamente intereses sobre intereses.

Y sobre el mismo tópico, tampoco resultan admisible el peritaje que en similar dirección se realizó a instancias de la Fiscalía, incluido en el informe de policía judicial 625832, pues siguiendo idéntico procedimiento al antes mencionado el perito optó además por aplicar el 6% por concepto de interés moratorio[70], tomando como fuente normativa el artículo 1617 del código civil que en realidad regula el “interés legal” aplicable a falta de acuerdo entre las partes.

En consecuencia, el lucro cesante a cuyo pago se condenará al procesado, está constituido simple y llanamente por los intereses anuales convenidos en las ofertas de cesión de derechos respecto del capital impagado, previo descuento de los abonos contabilizados y certificados por la tesorería de Casanare[71], así:

- Patrimonio autónomo Cosacol-Fiduagraria

9% efectivo anual respecto del saldo de capital insoluto, \$9.770.790.000, a partir del último abono de intereses registrado contablemente para el 14 de noviembre de 2008.

- Patrimonio autónomo Green Mountaing- Fiduagraria

9% efectivo anual respecto del saldo a capital impagado de \$7.492.755.884, a partir del 16 de noviembre de 2007, cuando se efectuó abono de intereses correspondientes a la vigencia inmediatamente anterior, según registros contables de la Gobernación.

- Patrimonio autónomo Chacón Bernal- Fiduagraria

9% efectivo anual del saldo a capital, esto es, sobre \$2.579.267.681, deducido el año 2007 que figura cancelado y \$76'679.000 del año 2008, a razón del abono a intereses registrado el 10 de enero de esa anualidad.

- Patrimonio autónomo UT likuen- Fidupetrol

10,5% efectivo anual sobre \$22.500'000.000, saldo de capital impagado, desde cuando se hicieron exigibles tales intereses, como quiera que no se ha efectuado abono alguno por tal concepto.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los intereses aplicados corresponden a la tasa comercial pactada en desarrollo de las operaciones cuestionadas, no se ordenará la actualización de los valores resultantes del anterior ejercicio, pues conforme a la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de esta Corporación,

“[...] la compatibilidad originada de la corrección monetaria y de los intereses, depende fundamentalmente de la naturaleza y tipología de estos, puesto que si ellos son civiles, nada impide que, in causa, se ordene el reajuste monetario de la suma debida. Pero si el interés ya comprende este concepto (indexación indirecta), se resalta de nuevo, imponer la corrección monetaria, per se, equivaldría a decretar un doble –e inconsulta- condena por un mismo ítem, lo que implicaría un grave quebranto de la ley misma, ya que ésta ha establecido, en forma imperativa, que la manera de hacer el reajuste monetario de las obligaciones dinerarias de abolengo mercantil, es por vía de los intereses, por la potísima razón de que está entronizado en uno de los factores constitutivos o determinantes de la tasa residual de mercado...”[72]

Lo anterior sin perjuicio de que a partir de la fecha de ejecutoria de esta sentencia y hasta tanto se haga efectivo el pago de los perjuicios, el juez de ejecución de penas a quien corresponda vigilar su cumplimiento, aplique sobre las sumas que constituyen base de esta condena en concreto, la corrección monetaria de inflación con base el índice de precios al consumidor -IPC- más el interés civil anual del 6%, atendiendo que a partir de dicho momento se hace exigible la obligación impuesta y con miras a incentivar su pronto pago.

En cuanto a los perjuicios morales no se condenará al procesado a su pago atendiendo la jurisprudencia pacífica de esta Corporación, conforme a la cual cuando la víctima es una persona jurídica, como acá sucede, sólo es posible reconocerlos si a consecuencia del delito se le ha causado sensible disminución de su capacidad productiva o se ha puesto en peligro su existencia – daño moral objetivado-, hipótesis ambas que no concurren en el presente caso.

Por último, si bien la Contraloría General de la República informó que mediante fallo del 11 de noviembre de 2012 se declaró al ex Gobernador de Casanare WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ -y a otros servidores públicos-, fiscalmente responsable del daño patrimonial causado a la entidad territorial, con ocasión de las colocaciones por él autorizadas en el patrimonio autónomo GREEN MOUNTAIN CONSULTING-FIDUAGRARIA y, en consecuencia, lo condenó al pago del daño patrimonial causado al erario, la Sala efectuará la condena en perjuicios respectiva, en virtud a que ese fallo fiscal de primera instancia no ha cobrado ejecutoria y contra él proceden los recursos de reposición y apelación, advirtiendo eso sí que de percibirse el pago en este proceso, no procede la cancelación nuevamente en el trámite fiscal.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 392 del Código de Procedimiento Penal, habría lugar a condenar al procesado al pago de costas, incluidas las agencias en derecho a favor de la parte civil constituida en el proceso y a los gastos que debió asumir para que su derecho lograra reconocimiento judicial, sin embargo, como ni unas ni otras fueron demostradas en la actuación, no se impondrá al procesado condenación por ese tópico.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA FIDUCIARIA PETROLERA S.A., FIDUPETROL

Como ya se mencionó, los contratos de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición, vehículo utilizado para el traspaso de recursos públicos a particulares, estuvieron

coligados a otros de fiducia mercantil de administración y fuente de pago, previamente celebrados con FIDUAGRARIA y FIDUPETROL.

En tal virtud, el apoderado de la parte civil solicitó en el curso de la instrucción la vinculación de estas dos sociedades en calidad de terceros civilmente responsables y a ello accedió la Fiscalía.

A la postre, la Corte se vio precisada a declarar la nulidad de lo actuado respecto de FIDUAGRARIA, por falta de debida notificación del acto que ordenó su vinculación procesal.

En consecuencia, se ocupará la Corte de establecer si obra prueba demostrativa de la reclamada responsabilidad civil respecto de FIDUPETROL, con ocasión de la operación realizada entre la UT CARBONES LIKUEN y el Departamento de Casanare en cuantía de \$25.000'000.000, de los cuales a la fecha sólo se han recuperado \$2.500'000.000, equivalentes al 10% de la misma.

Con ese objetivo, empiece por señalarse que el apoderado de la parte civil fundó su pretensión indemnizatoria, en esencia, en los siguientes supuestos de hecho y derecho:

(i) De acuerdo con las normas que regulan la actividad de las entidades fiduciarias, particularmente las contenidas en el Decreto 1046 de 2006, sobre FIDUPETROL pesaban deberes de diligencia, profesionalismo, especialidad, asesoría y protección de los bienes fideicomitidos, entre otros, respondiendo hasta por culpa leve;

(ii) Esos deberes de salvaguarda fueron claramente incumplidos, en la medida que FIDUPETROL intervino en la estructuración del negocio, incluso lo promovió, no obstante conocer el inminente riesgo del mismo, pues desde la celebración del contrato de fiducia mercantil conoció que la UT CARBONES LIKUEN requería recursos de capital para desarrollar su objeto social, es decir, obró con conocimiento de que no tenía liquidez.

(iii) Igualmente, FIDUPETROL sabía desde la concepción del contrato de fiducia que los dineros que iban a alimentar el patrimonio autónomo eran públicos, lo que se evidencia en la minuta respectiva en la cual se alude a la necesidad de que los inversionistas aportaran “certificado de disponibilidad presupuestal”.

(iv) Pese a lo anterior, la única verificación que hizo FIDUPETROL en punto al trámite de conocimiento del cliente, fue el relativo al estudio de lavado de activos, como si fuese su única obligación, no obstante conocer el carácter público de los dineros que alimentarían el patrimonio autónomo.

(v) La fiducia no está prevista para captar unos recursos y cobrar unas comisiones; era su deber procurar que los recursos se aplicaran al desarrollo de los contratos cedidos, pero ello no fue así: FIDUPETROL desde la misma estructuración del contrato pretendió exonerarse de sus obligaciones a través de cláusulas que lo relevaban de ese deber inexcusable y permitió que el fideicomitente dispusiera de los dineros públicos como a bien lo tuvo.

Como colorario de lo anterior se afirma que FIDUPETROL permitió que el negocio fiduciario sirviera de instrumento para amparar contratos que no podía celebrar directamente el fideicomitente con el inversionista beneficiario, en contravía de lo dispuesto por el artículo 1°,

parágrafo, del decreto 1049 de 2006, toda vez que CARBONES LIKUEN no podía recibir en préstamo los dineros de Casanare, ni ese departamento podía invertir sus excedentes para apalancar inversiones particulares, conforme al marco de las mismas regulado en la ley 817 de 2003.

Por su parte, el apoderado de FIDUPETROL se opuso a la responsabilidad civil reclamada, básicamente a partir de los siguientes hechos:

(i) Entre la fiduciaria y la Gobernación no medió vínculo contractual alguno; éste se estableció exclusivamente con la UT CARBONES LIKUEN.

(ii) Las obligaciones de FIDUPETROL se concretaban a administrar el capital aportado por el fideicomitente, UT CARBONES LIKUEN, llamado a financiar unas actividades de explotación minera.

(iii) Sólo la unión temporal receptora de los recursos públicos es deudor de la Gobernación, en cuanto la fiduciaria no fue parte, ni participó en la oferta comercial de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición.

(iv) La fiduciaria tampoco era custodia de dinero público, en tanto éste ingresó al patrimonio como aporte directo del fideicomitente, hecho por lo demás informado al tesorero de Casanare a quien se mencionó que FIDUPETROL como vocero del fideicomiso, no administraba recursos de la entidad territorial.

(v) El negocio llevado a cabo sólo fue calificado como riesgoso por la Superintendencia Financiera hasta la expedición de su circular 046 de 2008, es decir, con posterioridad a esta operación.

(vi) FIDUPETROL obró de manera diligente en la estructuración del negocio, solicitando certificación sobre la procedencia de los recursos a la Gobernación; y una vez informado que se trataba de excedentes cursó solicitud a la Contraloría y Ministerio de Hacienda, para que le dijeran si tales dineros podían ser entregados al fideicomitente, sin que se le informara lo contrario.

Asimismo, FIDUPETROL cumplió al pie de la letra el encargo fiduciario; en ese orden, los giros se realizaron a partir de las instrucciones del fideicomitente y tuvieron lugar antes de tenerse conocimiento de la falla en la fuente de pago, la que sólo se vino a evidenciar para el 23 de diciembre de 2007. Una vez sucedido ese evento, procuró FIDUPETROL por distintos medios tanto la recomposición de la fuente de pago, como así lo ilustran las distintas comunicaciones cursadas, como el desmonte del negocio, en razón de las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera.

(vii) Finalmente, entre la Gobernación y la UT CARBONES LIKUEN se iniciaron conversaciones directas, fruto de las cuales se suscribió acuerdo de pago el 4 de septiembre de 2009, con lo cual se novó la obligación.

En suma, considera el apoderado de FIDUPETROL que no es viable solicitarle a su representada el resarcimiento de los perjuicios y de un daño como tercero civilmente responsable, por cuanto no media relación entre la fiduciaria y el señalado como responsable del posible ilícito y porque esa

obligación de pagar fue directamente asumida por la UT CARBONES LIKUEN, con indexación e intereses.

Pues bien, en punto a definir el tema objeto de debate, ha de recordarse, en primer término, que la obligación de reparar que se reclama del tercero civil no se soporta en una relación contractual previa, como parece entenderlo el apoderado de FIDUPETROL, sino en su culpa concurrente en la producción del daño, inclusive siendo ajeno a su producción causal, motivo por el cual la fuente de esa obligación es la denominada responsabilidad indirecta o aquiliana. En esa dirección, ha precisado esta Sala:

"[...] cuando se responde por el hecho ajeno, se está respondiendo no por la culpa ajena sino por la propia, concretada en no haber tomado las medidas del caso para evitar que el daño se produjera, esto es, en haber violado el deber de cuidado en la vigilancia (p. e. si se trata de hijos menores) o en la elección o vigilancia (p. e. cuando se trata de subordinados contractualmente), por lo cual las dos culpas, la del autor directo del hecho y la del tercero, aunque relacionadas frente al daño causado, no se pueden confundir. Se responde por el hecho ajeno porque la propia culpa es una de sus causas. Como lo sostiene la doctrina civil: el daño ha sido causado por la culpa de varias personas, en que la culpa más próxima es la del que se halla bajo el cuidado de otra persona; y la más alejada o remota, pero determinante con relación al daño, es la del vigilante que habiendo podido evitar el daño, no lo evitó"[73].

Por manera que, para el caso, la circunstancia de que el contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago se estructurara de manera tal que ni FIDUPETROL directamente, ni el patrimonio autónomo que a través suyo se conformó, se constituyeran en deudores de la Gobernación, como sí lo hizo por vía contractual directa la UT CARBONES LIKUEN, de manera alguna lo desliga de su responsabilidad civil en la producción del daño patrimonial, ni lo exime de su obligación de concurrir solidariamente a su reparación.

En efecto, se probó en el proceso que la fiduciaria firmó el contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago con la UT CARBONES LIKUEN el 4 de septiembre de 2007[74], teniendo para esa fecha pleno conocimiento que la fuente para dispensar las necesidades dinerarias de su cliente serían recursos públicos, más concretamente excedentes de liquidez de la Gobernación de Casanare y que la operación en que iban a invertirse era riesgosa.

Así lo releva la simple revisión de las fechas en que fue evaluada por FIDUPETROL la vinculación del Departamento de Casanare como inversionista beneficiario y la propia de la UT LIKUEN como fideicomitente, ejercicio que de acuerdo a lo documentado en autos tuvo lugar antes de septiembre de 2007, así:

(i) El 6 de agosto de 2007, con fundamento en el requerimiento interno que hiciera el gerente comercial de FIDUPETROL, Juan Carlos Páez Galvis, a la dependencia jurídica de la misma, particularmente al abogado Diego Fernando Sastoque, éste remitió un somero examen donde conceptuaba que era viable recibir los dineros públicos[75].

Desde ya debe mencionarse que el requerimiento se efectuó sobre las 9:05 minutos de la mañana de esa fecha y no propiamente para que se estudiara la viabilidad o inviabilidad de vincular dineros públicos al patrimonio autónomo con miras a la financiación de las operaciones mercantiles de la UT CARBONES LIKUEN, más exactamente excedentes, sino para que se allegara “[...] concepto de la viabilidad desde el punto de vista jurídico y sustento respectivo, ya que lo debo anexar a la carpeta de apertura del negocio” , ofreciéndose la somera respuesta en el sentido indicado en la petición sobre las 10:36 a.m. del mismo día, lo que permite inferir que no se llevó a cabo un cuidadoso análisis del tema.

(ii) El 18 de agosto de 2007 se inició el procedimiento de “conocimiento del cliente”, a partir de los documentos previamente allegados por la Gobernación de Casanare a FIDUPETROL, con miras a vincularse como inversionista beneficiario del patrimonio autónomo, integrados por balances

operacionales de la entidad territorial, decretos de nombramiento y actas de posesión del Gobernador PORRAS PÉREZ, de su Secretario de Hacienda y Tesorero, oficios de autorización del primero con miras a realizar la inversión y del último sobre el marco reglamentario hipotéticamente habilitante para llevarla a cabo[76], quedando aprobada su vinculación el 30 siguiente[77].

(iii) Paralelamente, examinó la fiduciaria la fuente de pago ofrecida por la UT CARBONES LIKUEN, esto es, el contrato entre CI FECOKE LTDA. y LIKUEN CORPORATIOS LIMITED –mismo que se involucraría en la oferta de cesión de derechos de beneficio para efectos de la vinculación del inversionista beneficiario, es decir, la Gobernación de Casanare- , junto con los estados financieros asociados, que constituía el “activo” a fideicomitir, dejándose consignada la siguiente conclusión:

“[...] Observación general: con respecto a la fuente de pago se observa que va a tener unos ingresos hasta el año 2010 por valor de (\$70.560 MM) los cuales soportan el ingreso al fideicomiso de (\$25.000 MM) provenientes de la Gobernación de Casanare, pero es de mencionar que los estados financieros de Likuen -palabra que aparece tachada y manuscrita a su lado la de FECOKE- presenta debilidad lo cual se evidencia primordialmente en un bajo capital social (\$20MM) y que ha obtenido un máximo de ingresos por (\$7541MM) en el año 2006 que comparado con lo que tiene que pagar la UT Likuen durante los próximos tres (3) años (\$70.560 MM) no se observa con claridad soporte de la obtención de estos ingresos”[78].

(iv) Igualmente el 30 de agosto de 2007 se elaboró por parte de FIDUPETROL “matriz de riesgos de negocios y proyectos” donde variables como insuficiencia de recursos para atender pagos, desvío de dineros por parte del fideicomitente y la no renovación de los contratos fideicomitidos, fueron calificados como de “media” y “alta” probabilidad[79].

De cara a los anteriores procedimientos, no pasa desapercibido para la Corte que sobre FIDUPETROL, advertido como estaba de la naturaleza pública de los dineros que iban a nutrir el

patrimonio autónomo, aun no constituido, pesaba la obligación de verificar en primer orden la legalidad de aceptar su ingreso, no como un mero acto de trámite llamado a cumplir un requisito formal más según se hizo conforme lo evidencian los correos que vienen de mencionarse, sino de manera ponderada y sustancial en cumplimiento del expreso mandato contenido en el artículo 1°, parágrafo, del Decreto 1049 de 2006, que señala:

“[...] Derechos y deberes del fiduciario. Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aún cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legal y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo. En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

Parágrafo. El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales”.
(Negrillas fuera de texto)

Y superado ese primer test, le correspondía a FIDUPETROL advertir a la Gobernación el riesgo previsible que se cernía sobre los caudales públicos, o simple y llanamente, no admitir a la entidad

territorial como inversionista beneficiario en cuanto contaba con esa potestad, en cumplimiento de los especiales deberes que pesan sobre todas las entidades fiduciarias a partir de las previsiones del artículo 1234 del Código de Comercio y de las contenidas en el estatuto orgánico del sistema financiero, particularmente aquellos relativos a “información”; “diligencia, profesionalidad y especialidad”; y “previsión”, desarrollados en la Circular Básica Jurídica 007 de 1996[80].

Mas lo que se advierte es que uno y otros deberes fueron sistemáticamente inobservados por FIDUPETROL. Así, en cuanto a la obligación de precaver que el negocio fiduciario sirviera de instrumento para realizar actos o contratos que no pudiera celebrar el fideicomitente directamente de acuerdo con las disposiciones legales, evidentemente obró en sentido inverso, omitiendo el debido análisis de los usos legalmente permitidos para la inversión de excedentes por parte de entidades territoriales, expresamente regulados en la Ley 819 de 2003, cuando era claro que la operación propuesta lejos estaba de constituir alguna de las modalidades de inversión previstas expresamente en esa reglamentación.

A su turno, la revisión de conocimiento del cliente, que no era otro que la Gobernación de Casanare, paradójicamente lo limitó FIDUPETROL a examinar el origen de los recursos para evitar el lavado de activos, pese a conocer de antemano que provenían de una entidad de derecho público y, en cambio, nada constató acerca de la posibilidad legal de que dineros de tal origen fueran puestos al servicio de un particular para el desarrollo de su actividad mercantil, distante como la que más de cualquiera de los cometidos a los que están afectos los caudales oficiales.

Adicionalmente y una vez más contrariando los deberes asociados a la actividad fiduciaria, pese a advertir la debilidad de la fuente de pago, en cuanto sujeta a las contingencias que rodeaban el desarrollo del contrato de extracción y venta de carbón como el que se fideicomitió, o al carácter absolutamente hipotético de los derechos económicos derivados de contratos futuros que pudiera celebrar el fideicomitente, se limitó a incluir cláusulas contractuales dirigidas a evadir su eventual responsabilidad frente al negocio fiduciario, en contravía de lo previsto en la circular básica jurídica que regula esa actividad, en la que expresamente se le previene de,

“[...] consignar cláusulas que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original o se traduzcan en menoscabo ilícito de algún derecho ajeno vr. gr. los pactos de no responsabilidad en obligaciones propias de un determinado negocio en los cuales es precisamente la responsabilidad de la sociedad fiduciaria la razón de ser de su celebración”.

Naturalmente, las labores de administración asumidas por la fiduciaria no podían quedar restringidas, como en la práctica se hizo, a cumplir ciegamente con las instrucciones de giro impartidas por el fideicomitente, sin verificación distinta a que vinieran suscritas por su representante legal, cuando quiera que su calidad de vocero y administrador del fideicomiso le imponía el deber de “protección de los bienes fideicomitados”[81], que en este caso eran ni más ni menos que dineros públicos provenientes de regalías petroleras.

Por su parte, la Corte encuentra que entre la actuación desplegada por FIDUPETROL, a través de los funcionarios que la representaban, por cuyo medio a la postre se permitió que el encargo fiduciario sirviera como medio para recibir recursos públicos con los cuales se financiarían operaciones de un particular, es decir, amparando una operación ilegal y altamente riesgosa, y el daño causado al patrimonio público, medió el nexo causal necesario para declararla solidariamente responsable de ellos.

En efecto, la conducta observada por la fiduciaria fue determinante del daño patrimonial, en cuanto prestó su concurso, por fuera de los mandatos que la vinculaban, para servir de receptor de los dineros públicos, propiciando su llegada a título distinto del que en esencia le correspondía, esto es, como aporte del fideicomitente, cuando bien sabía que su naturaleza era oficial; además, y para cerrar el círculo, accedió a que éste dispusiera libremente de las sumas depositadas por la Gobernación, sin ejercer control efectivo alguno sobre su destino.

En otros términos, FIDUPETROL ha de responder por su propia culpa en la estructuración y desarrollo del negocio como causa indirecta del daño, no pudiendo dejar de mencionarse la relevancia de su aporte en aquella fase previa, en contraste con la actuación marginal que frente a la misma ha querido reivindicar su apoderado.

En ese orden, del papel protagónico que desarrolló la fiduciaria dan cuenta otras comunicaciones internas allegadas al proceso, como las cursadas entre la Subgerente de Negocios María Andrea Piñeros, al Gerente de este ramo Juan Carlos Páez, una de ellas del 6 de agosto de 2007, donde la primera informó al segundo: “[...] he montado el contrato sobre un formato nuestro organizando la información correspondiente del modelo que nos presentaron...”[82]; y otra del 11 de septiembre, en la cual el segundo remite a la primera y al abogado Diego Fernando Sastoque,

“[...] los siguientes documentos diligenciados por Likuen que estaban pendientes... para que por favor revisen si corresponden a los modelos que nosotros hemos remitido:

1. Oferta de cesión de derechos
2. Cesión y aceptación de derechos económicos
3. Acta de nombramiento de revisor fiscal
4. Aceptación de revisor fiscal
5. Instrucciones de giro...” [83]. (Negrillas fuera de texto)

De allí que asista razón al apoderado de la parte civil cuando sostuvo que la fiduciaria fue promotora del negocio ilegal, aspecto también aludido por el representante legal de CARBONES LIKUEN, quien explicó en su declaración cómo fueron algunos funcionarios de FIDUPETROL, mencionando entre ellos a la señora María Andrea Piñeros y a un doctor Juan Carlos, es decir, los mismos que según las comunicaciones referidas en precedencia intervinieron a nombre de la fiduciaria en la estructuración de la operación, quienes le ofrecieron acceder a excedentes de liquidez de entidades territoriales, mencionándole varias de ellas con posibilidad de destinar tales recursos hacia la financiación de sus actividades mercantiles, a cambio de ofrecer una rentabilidad y a condición de constituir un patrimonio autónomo.

Por lo demás, el hecho de haber cursado la fiduciaria una serie de comunicaciones al representante de la unión temporal y a la propia Gobernación, advirtiendo la ruptura de la fuente de pago luego de celebrados los contratos de fiducia y de oferta comercial de cesión de derechos, evento ya de por sí previsible anticipadamente, en nada afecta ese nexo causal, como tampoco el que se hubiera negado a entregar al fideicomitente el único valor recuperado, equivalente al 10% de la inversión, que giró a órdenes de la Gobernación, o que hubiera procurado el desmonte de la operación luego del requerimiento realizado por la Superintendencia Financiera, pues tales actos se ofrecen tardíos frente a las reales posibilidades con que contó para evitar la concreción del negocio.

Por todo lo anterior, se condenará a la Fiduciaria Petrolera S.A., FIDUPETROL, en calidad de tercero civilmente responsable, al pago solidario de los perjuicios causados a la entidad con ocasión de la operación celebrada a través suyo entre la Gobernación de Casanare y la UT CARBONES LIKUEN, en la cuantía y condiciones especificadas con antelación.

OTRAS DETERMINACIONES

Como quiera que a raíz de la diligencia de inspección llevada a cabo por la Sala al proceso que adelanta la Fiscalía por estos mismos hechos –radicado N°2386 a cargo de la Unidad Nacional de Fiscalía de delitos contra la Administración Pública- , hubo de constatarse que la única persona vinculada a esa actuación por la defraudación que viene de referirse es el ex tesorero de Casanare, VÍCTOR MANUEL ALFONSO SÁNCHEZ, se dispondrá compulsar copia de esta decisión a la Fiscalía General de la Nación, Dirección Nacional de Fiscalía, a fin de que se investigue la posible participación y responsabilidad penal en los mismos acontecimientos por parte de los representantes legales de las personas jurídicas, consorcios y uniones temporales, finalmente receptores de los dineros públicos, como también de los funcionarios de las entidades fiduciarias que prestaron su concurso en la estructuración de tales negocios y de los intermediarios ya referidos en el cuerpo de esta decisión, que contactaron bien a los empleados de la Gobernación o a los particulares que demandaban del flujo de recursos para sus actividades privadas.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR a WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ, de condiciones civiles y personales conocidas, como coautor responsable de la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, artículo 411 del Código Penal, en concurso homogéneo, con ocasión de las autorizaciones por él impartidas para la celebración de los contratos de oferta comercial de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición con las siguientes personas jurídicas: COSA COLOMBIA S.A. COSACOL, CHACÓN BERNAL ASOCIADOS, GREEN MOUNTAIN CONSULTING; los consorcios BOGOTÁ-FUSA y VIADUCTO MUÑA; y la Unión temporal CARBONES LIKUEN.

Asimismo, DECLARAR al procesado coautor culpable del delito de peculado por apropiación, artículo 397 de la Ley 599 de 2000, en concurso homogéneo, por razón de las apropiación de dineros públicos a favor de los patrimonios autónomos constituidos por las personas jurídicas ya mencionadas, comportamientos realizados cuando aquél se desempeñó como Gobernador de Casanare, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar precisadas en esta decisión.

SEGUNDO. CONDENAR, en consecuencia, a WHITMAN HERNAY PORRAS PÉREZ, a la pena principal de 18 años y 6 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del Tesoro Nacional, la cual deberá consignar a nombre del Consejo Superior de la Judicatura según lo normado en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000.

Igualmente, se le impondrá inhabilitación perpetua para el ejercicio de funciones públicas, de conformidad con el artículo 122 inciso 5° de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 38 -parágrafo- de la Ley 734 de 2002.

TERCERO. DECLARAR que WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ no tiene derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni al sustituto de la prisión domiciliaria, conforme a lo expuesto en el cuerpo de esta sentencia.

CUARTO. CONDENAR a WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ a pagar a favor de la Gobernación de Casanare, por concepto de indemnización de perjuicios materiales, la suma de \$42.342'813.556 como daño emergente, e intereses sobre dicha suma a la tasa convencional pactada desde la fecha de mora en su cancelación, con las particularidades anotadas en la parte motiva y a título de lucro cesante, actualizada entre la ejecutoria de este fallo y la fecha en que se efectúe el pago.

QUINTO. CONDENAR a la sociedad FIDUCIARIA PETROLERA S.A., FIDUPETROL, en calidad de tercero civilmente responsable, al pago solidario a favor de la Gobernación de Casanare de la suma de \$22.500'000.000 mas intereses del 10,5% anual desde su exigibilidad, por concepto de perjuicios materiales causados con ocasión de la operación celebrada con la Unión Temporal CARBONES LIKUEN, actualizada a partir de la ejecutoria de esta sentencia y la fecha en que efectúe su cancelación.

SEXTO. COMPULSAR las copias mencionadas en la parte motiva.

SÉPTIMO. LIBRAR por la Secretaría de la Sala las comunicaciones de rigor a las autoridades competentes, conforme lo normado por el artículo 472 Ley 600 de 2000.

OCTAVO. COMUNICAR esta decisión a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y a la tesorería del Departamento de Casanare, para efecto del recaudo de la multa y la condena en perjuicios impuesta.

NOVENO. DECLARAR que contra el presente fallo no procede recurso.

DECIMO. REMITIR las diligencias al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad - reparto-, para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO A. CASTRO CABALLERO

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO E. MALO FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

[1] Cfr. Folios 123 y 124, cuaderno 3 Fiscalía

[2] Cfr. Folios 2 y s.s., cuaderno 1 Fiscalía

[3] Cfr. folios 161 y s.s., cuaderno 3 Fiscalía

[4] Cfr. Informe DN CTI 613190 mediante el cual se deja a disposición del Fiscal General de la Nación al ex Gobernador de Casanare

[5] Cfr. folio 11, cuaderno 1 parte civil

[6] Numeral 1.

[7] Numeral 8.

[8] Numeral 10.

[9] Numeral 28. Motor de búsqueda de Google, término de búsqueda: “manual de funciones y competencias gobernación de Casanare.

[10] Cuaderno original 2, folios 201 y 202

[11] Fuente: Informe oficio DR-SPC-20081530308861 Dirección Nacional de Regalías a Contraloría General de la República, folios 42 y ss. Cuaderno anexo original 20

[12] Cuaderno anexo número 20, folio 138

[13] Cfr. folio 64, cuaderno N° 3 Corte

[14] Consultada en el portal www.asambleadecasanaer.gov.co

[15] Cfr. folio 156-158, cuaderno original 2 Fiscalía

[16] Por la cual se ajusta el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos que conforman la planta de personal de la Administración Central del Departamento de Casanare

[17] Sentencia del 6 de marzo de 2003, Radicación 18021

[18] Cfr. folio 76 y s.s., cuaderno original 2 de la actuación de la Corte Suprema de Justicia

[19] Cfr. Folios 81 a 88, cuaderno original 2 de la actuación de la Corte Suprema de Justicia

[20] Cfr. folios 95 a 300, cuaderno original 2 de la actuación de la Corte Suprema de Justicia

[21] Cfr. folio 72, cuaderno original 2 de la actuación de la Corte Suprema de Justicia

[22] Cfr. folio 74, cuaderno original 2 de la actuación de la Corte Suprema de Justicia

[23] Cfr. folios 69 y 70, cuaderno original 2 de la actuación de la Corte Suprema de Justicia

[24] En ese sentido la Revista Semana, edición del 2 de febrero de 2008 bajo el titular “el nuevo prestamista” y diario El Tiempo, edición del 15 de febrero del mismo año “La velada danza millonaria de Casanare”, donde se elevaron denuncias acerca de la entrega de dineros públicos a particulares para desarrollar actividades privadas.

[25] Constitución efectuada a través de los contratos de fiducia mercantil de administración y fuente de pago celebrados con FIDUAGRARIA

[26] Cfr. Folio 7, cuaderno de anexos 3

[27] Cfr. Folio 2, cuaderno de anexos 15

[28] Cfr. folio 2, cuaderno de anexos 16

[29] Cfr. Folio 2, cuaderno de anexos 17

[30] Cfr. Folio 2, cuaderno de anexos 18

[31] En tal sentido, contratos de fiducia mercantil de administración y fuente de pago entre FIDUAGRARIA y GREEN MOUNTAINING, Cfr. folio 7 cuaderno de anexos 16; consorcio BOGOTÁ-FUSA, Cfr. folio 4 cuaderno de anexos 17, entre otros.

[32] Como se estipuló en el contrato de fiducia mercantil entre FIDUAGRARIA y CHACÓN BERNAL LTYDA. Cfr. folio 7, cuaderno de anexos 15

[33] Cfr. folio 201, cuaderno original 2 de la actuación de la Fiscalía General de la Nación

[34] Declaración rendida ante la Corte en sede del juicio

[35] Hermano del Senador ARMANDO BENEDETI VILLANEDA

[36] Informe al Congreso sobre “Gestión en el sector de Planeación, periodo 2007-2008”,
www.dnp.gov.co

[37] Cfr. folios 145 a 148, cuaderno de anexos 21, Informe de inversiones en patrimonios autónomos del Departamento Nacional de Planeación

[38] Cfr. folio 1 cuaderno de anexos 14

[39] Así lo reportó la Superintendencia financiera en informe presentado al Contralor General el 7 de marzo de 2008, relativo a las investigaciones adelantadas en contra de entidades fiduciarias que promovieron este tipo de operaciones. Cfr. folio 51 cuaderno anexo 5

[40] www.elespectador.com, 14 de febrero de 2011, “Contraloría inicia juicio de responsabilidad fiscal por \$13.790 millones a dos sociedades del grupo Nule”

[41] Integrado por dos empresas controladas por el denominado grupo Nule: Gas Kapital y MNV S.A

[42] Cfr. Folio 38 cuaderno original 5, audio audiencia juicio, sesión 7 de mayo de 2012

[43] Cfr. folios 145 a 148, cuaderno de anexos 21, Informe de inversiones en patrimonios autónomos del Departamento Nacional de Planeación

[44] Cfr. Folio 143 cuaderno original 5, audio audiencia juicio, sesión 3 de julio de 2012

[45] Con quien se contactó a través de la firma de asesorías empresariales PRICE WATER HOUSE.

[46] Cfr. folio 21, cuaderno de anexos 22

[47] Cfr. folio 64, cuaderno de anexos 22

[48] Cfr. folios 22 y 23, cuaderno de anexos 22

[49] Cfr. folio 143, cuaderno original 1, Corte

[50] Cfr. folio 91, cuaderno original 2, Corte

[51] Cfr. Audio visible a folio 55 vto., cuaderno original 1 fiscalía

[52] Cfr. Informe Departamento Nacional de Planeación, folios 99 y s.s., cuaderno anexo 21

[53] Al respecto véase la primera página de la oferta comercial de cesión de derechos de beneficio que se suscribió entre la UT CARBONES LIKUEN y la Gobernación de Casanare, folio 21 cuaderno de anexos 22 y la visible a folio 91 del mismo cuaderno, correspondiente al CONSORCIO VIADUCTO MUÑA.

[54] Cfr. folio 45, cuaderno anexo original 4

[55] Cfr. folio 606, cuaderno anexo 6

[56] Cfr. Casación 29801, 16 de junio de 2009

[57] \$81'600.000 para el año 2006, a razón de \$408.000 por salario mínimo mensual; y \$86'400.000 para el 2007, a razón de \$432.000 por salario mínimo legal mensual

[58] Esto es, sin que pueda tenerse en cuenta el incremento general de penas dispuesto en la Ley 890 de 2004 y atado a la vigencia de la Ley 906 del mismo año, atendiendo el lugar (Casanare), y fecha en que acaecieron los hechos (años 2006 y 2007)

[59] Sentencia de 9 de julio de 2002, radicado 15.454, a propósito de una condena por el delito de concusión. Igualmente citó la Fiscalía como precedente el fallo del 13 de abril de 2005, radicado 21447, mas en él, valga precisarlo, la Corte excluyó esa circunstancia de mayor punibilidad por ausencia de motivación. Asimismo se citó la sentencia del 25 de mayo del mismo año, radicado 20281, donde la Sala nuevamente excluyó la circunstancia considerando que de tenerse en cuenta violaría el principio de non bis ibídem.

[60] Radicación 19762

[61] Consultar radicados 20281, 21447, 21428, 23568, 25185, 9842, 25699, 23050, 25646, 9230, 25612, 23047, 2448, 28996, entre otras.

[62] En efecto, la sumatoria aritmética de cada delito correspondería a 21 años de prisión: 13 años correspondientes al delito peculado por apropiación y 8 más al delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales

[63] \$38.000'000.000 trasladados en 2006 a cinco patrimonios autónomos constituidos en FIDUAGRARIA y \$25.000'000.000 que en 2007 se consignaron a órdenes del patrimonio autónomo UT CARBONES LIKUEN-FIDUPETROL.

[64] A razón de \$408.000 por salario mínimo mensual

[65] A razón de \$432.000 por salario mínimo mensual

[66] Norma según la cual: “Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política..., se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público”.

[67] Cfr. folios 244 y s.s., cuaderno original 3 Fiscalía, Informe de Policía Judicial 625832 de septiembre 5 de 2011

[68] Cfr. folio 23, cuaderno 1 Corte

[69] Cfr. folio 129 y 130, cuaderno original 6 Corte

[70] Cfr. folio 248, cuaderno original 3 fiscalía

[71] Cfr. folios 24 y 25, cuaderno originla 1 Corte

[72] Cfr. Sentencia del 21 de septiembre de 2005, radicado 1999-28053-01, entre otras

[73] Cfr. Casación N°20787, 26 de noviembre de 2003

[74] Cfr. Folios 1 a 45, cuaderno anexos 4

[75] Cfr. Folios 205 y 205, cuaderno anexo 5

[76] Cfr. Folios 166 y s.s., cuaderno anexo 5

[77] Cfr. Folio 138 a 140, cuaderno anexo 5

[78] Cfr. Folio 256, cuaderno anexos 6

[79] Cfr. Folios 28 y 29, cuaderno anexos 6

[80] Cfr. Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, definidos así: a) “Deber de información: Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, deber que les asiste desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del contrato. El alcance de esta obligación deberá consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato. b) Deber de diligencia, profesionalismo y especialidad: En su actuar, las sociedades fiduciarias deberán tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión, emplearlos para adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y prever circunstancias que puedan afectar su ejecución. En este sentido deberán abstenerse de realizar negocios fiduciarios en los cuales no tengan la adecuada experiencia para llevarlos a cabo o no cuenten con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para el desarrollo de tales negocios. c) Deber de previsión: La sociedad fiduciaria debe precisar claramente cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo. Igualmente, debe prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitidos y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual.

[81] Que en términos de la circular básica jurídica ya citada se concreta en que “El fiduciario debe proteger y defender los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente para conseguir la finalidad prevista en el contrato. En tal sentido, cuando dichos bienes hayan sido sustraídos o distraídos con o sin intervención de la sociedad fiduciaria, ésta debe, como vocera del fideicomiso, interponer las acciones legales que correspondan para su recuperación de conformidad con lo previsto en el numeral 4° del artículo 1234 del Código de Comercio

[82] Cfr. Folio 205, cuaderno anexos 5

[83] Cfr. Folio 250, cuaderno anexo 6