



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA**

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada Ponente

SEP 130-2023

Radicación N° 00103

CUI 1100102480002019000700

Aprobado Acta No. 110

Bogotá D.C., primero (01) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Procede la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia a proferir sentencia dentro del proceso penal que adelanta en contra de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, otrora gobernador del Departamento del Magdalena (e), acusado por la Fiscalía General de la Nación como posible coautor del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* en concurso homogéneo y heterogéneo con *peculado por apropiación*.

1. SITUACIÓN FÁCTICA

FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, gobernador del Magdalena (encargado), el 23 de octubre de 2007 celebró con la *Fundación Instituto Baldo para el Desarrollo de las Organizaciones*, representada por Hernán Ortiz Chaparro, el contrato 346 para la adquisición de bibliotecas de *apoyo a la formación escolar* -correspondientes a 5 títulos, cada uno con 180 textos, para un total de 900 libros-, y el contrato 347 para la adquisición bibliotecas *técnicas y tecnológicas*, —también de 5 títulos, con 200 libros cada uno, para un total de 1000 textos—, destinados a las instituciones educativas de los municipios no certificados del departamento¹, presentándose en su tramitación y suscripción las siguientes posibles irregularidades: *i)* fraccionamiento del contrato; *ii)* no realizar los pliegos de condiciones; *iii)* no publicitar las convocatorias; *iv)* incumplir con la selección objetiva; *v)* sobrecostos en más del 600% en el valor de los elementos adquiridos; y *vi)* no acreditar la entrega de 420 textos a las instituciones educativas.

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, portador de la cédula de ciudadanía número 12.539.940 de Santa Marta,

¹ De acuerdo al artículo 20 de la Ley 715 de 2001 —*Orgánica para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros*—, las entidades territoriales certificadas por la Nación o los departamentos, pueden administrar directamente el servicio público de educación tras obtener la certificación al demostrar la capacidad técnica, administrativa y financiera para ello, en tanto que los municipios que no logren la certificación, la administración del servicio público de educación corresponde a los departamentos de origen.

nacido el 4 de diciembre de 1957 en la misma ciudad de expedición de su documento de identidad, hijo de Pedro Antonio Infante Méndez (fallecido) y Alicia Mercedes Vergara Vives, casado con Marcela Vives Gutiérrez, padre de cuatro hijos, de profesión ingeniero civil egresado de la Universidad del Norte de Barranquilla y especializado en Finanzas y Gerencia de Mercadeo, así como Gerencia de proyectos.

Fue designado gobernador encargado del citado departamento durante el periodo comprendido entre el 26 de junio de 2007 y el 31 de diciembre del mismo año, ante la suspensión del que había sido electo.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. Etapa de investigación

La Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, con base en la remisión de copias por parte de la Contraloría General de la Nación en relación con varios contratos y respecto de varios funcionarios del Departamento de Magdalena, inició indagación preliminar el 5 de octubre de 2012², y la acotó respecto de INFANTE VERGARA por providencia de 29 de octubre de 2013, para abrir formal investigación en su contra el 28 de abril de 2016 por la presunta comisión de los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y *peculado por apropiación*.³

² Fls. 33 y ss. cuaderno original N° 1 Fiscalía.

³ Fls. 20 a 25, cuaderno original N° 2, Fiscalía.

Tras vincularlo mediante indagatoria, recepcionada el 03 de agosto de 2018⁴, le resolvió su situación jurídica el 1° de octubre de 2018⁵, al abstenerse de imponerle medida de aseguramiento⁶.

El 19 de octubre de 2018⁷, cerró la investigación y el 14 de diciembre siguiente calificó el mérito sumarial con resolución de acusación como presunto coautor de los ilícitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, en concurso homogéneo y heterogéneo con *peculado por apropiación*⁸, predicando las circunstancias de mayor punibilidad previstas en el artículo 58, numerales 1°, 9° y 10° del Código Penal, decisión que adquirió firmeza el 22 de febrero de 2019, al no ser objeto de impugnación⁹.

3.2. Resolución de acusación

La Fiscalía llamó a responder en juicio a INFANTE VERGARA, porque en su calidad de gobernador (e) del Departamento del Magdalena tramitó y suscribió de manera irregular los contratos 346 y 347 con la *Fundación Instituto Baldo para el Desarrollo de las Organizaciones*, para adquirir bibliotecas destinadas a las instituciones educativas de los municipios no certificados de la entidad territorial.

⁴ Fls. 31 a 32, cd., cuaderno original N° 3, Fiscalía.

⁵ Fls. 112 a 147, cuaderno original N° 3, Fiscalía.

⁶ Fls. 112 a 146, cuaderno original N° 3, Fiscalía.

⁷ Fl. 222, cuaderno original N° 3, Fiscalía.

⁸ Fls. 1 a 45, cuaderno original N° 4, Fiscalía.

⁹ Fls. 64, cuaderno original N° 4, Fiscalía.

3.2.1. Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, destacó las siguientes anomalías:

Estudios previos: Los estudios de conveniencia y oportunidad no se ciñeron a los parámetros legales, pues el artículo 8° del Decreto 2170 de 2002 fue considerado solamente en lo formal, y no en lo sustancial: En el análisis de la necesidad: *i)* su definición se efectuó en forma abstracta y genérica, enunciando únicamente el contexto de la Ley 715 de 2001; *ii)* no se hizo alusión al motivo concreto para adquirir las bibliotecas; *iii)* no se indicó el origen de la exigencia contractual; *iv)* se omitió advertir cómo estos contratos suplirían la necesidad o qué programas educativos se beneficiarían o el impacto esperado en la población; y *v)* no se mencionaron los precios de mercado de referencia, pues la administración departamental no cotizó los precios reales de los textos, como referencia indispensable para contratar y lograr un mejor aprovechamiento de los recursos públicos, desconociendo también las directrices del Decreto Departamental 1577 de 07 de abril de 2006, relacionado con los procedimientos en materia de contratación administrativa.

Fraccionamiento contractual: en contra del principio de transparencia, hubo fraccionamiento contractual para omitir la licitación pública, pese a que se trataba de dos negocios jurídicos coetáneos, con similar objeto contractual (*la adquisición de bibliotecas para los estudiantes de los municipios no certificados del departamento*), cuya suma conjunta ascendía al valor catalogado como de mayor cuantía.

Que la desidia y el desdén refuigen cuando en el texto de los contratos se indicó que se habían cumplido los parámetros de la licitación pública, pese a no haber sido así, pues fue con esta contratación directa la que incluso permitió que el representante legal de la *Fundación Instituto Baldo para el Desarrollo de las Organizaciones*, Hernán Ortiz Chaparro, no se apersonara de los trámites, delegando esa función, lo que facilitó que estas irregularidades se llevaran a cabo.

Pliego de condiciones: Fueron desconocidos los artículo 10° del Decreto 2170 de 2002 y 13 del Decreto Departamental 1577 de 2006, por la ausencia de los pliegos de condiciones, como se concluye de la documental allegada por la oficina jurídica del Departamento del Magdalena, pues no obra prueba de su existencia, afectando así los principios de transparencia, economía, responsabilidad y de selección objetiva al desconocer aspectos esenciales referidos a los requisitos objetivos de participación, confección de ofertas, condiciones de costos y la calidad de bienes, condiciones de liquidación, factores para seleccionar la propuesta más favorable, entre otros.

Principio de publicidad: Se desconocieron los artículos 1°, 2° y 11, numerales 1° y 2°, del Decreto 2170 de 2002, modificado por el Decreto 2434 de 2006, y 17 del Decreto Departamental 1577 de 2006, al no encontrarse constancia referida a que la Gobernación haya ordenado dar aviso

alusivo a la generación de estos procesos contractuales o que, efectivamente, lo hubiera hecho.

Evaluación de las propuestas: Resultaron infringidos los principios de economía, responsabilidad y selección objetiva en el proceso de evaluación de las propuestas, por cuanto, ante la ausencia de pliego de condiciones, no se establecieron reglas para la conformación del comité evaluador, ni parámetros para la calificación de las propuestas y que, el gobernador, como responsable del cumplimiento de las etapas contractuales, debió delegar tal evaluación, sin que haya prueba de que ello se haya presentado.

Así mismo, indicó como irregularidades, las siguientes: i) las evaluaciones financieras suscritas por el secretario de Hacienda se refieren a una serie de factores relacionados con la liquidez, endeudamiento y requisitos documentales que debía cumplir el proponente, sin embargo, se desconoce el baremo aplicado para la medición y la modalidad de la evaluación; ii) en las evaluaciones técnicas y jurídicas, se dijo que las mismas se realizaron de conformidad con los pliegos de condiciones, no obstante, como se ha dicho, éstos no existen; iii) los factores de calificación aplicados en materia técnica y jurídica carecían de soporte previo; iv) en los factores de calificación técnica y jurídica la labor se limitó a establecer si el proponente cumplía o no unos criterios, sin tener conocimiento de su origen, dinámica, motivo o razón de ser, y sin analizar cada *ítem* con la seriedad requerida.

Para el ente instructor, el gobernador INFANTE VERGARA al suscribir los aludidos contratos, coonestó estas irregularidades, sin haber desplegado alguna actuación tendiente a impedir los resultados ilícitos que de ellas se derivaron, de ahí que como jefe de la administración departamental faltó en forma consiente y voluntaria el principio de responsabilidad, el cual impone a los servidores públicos la obligación de buscar el cumplimiento de los fines de la contratación y proteger los derechos de la entidad, sin que pueda justificar su actuar aduciendo que firmó los contratos con respaldo en los informes entregados por sus asesores jurídicos, ya que no obra prueba de la existencia de éstos.

Que si bien el procesado fue quien directamente nombró a su gabinete y merecía su entera confianza, era su deber revisar los soportes de los contratos a suscribir, de ahí que no pueda ampararse en el principio de confianza.

3.2.2.- Del delito de *peculado por apropiación* advirtió el ente investigador que la Contraloría General de la República puso en conocimiento el posible sobrecosto de más del 600% en los elementos adquiridos, y que en el análisis contable N° 11-232136 de 6 de julio de 2018, realizado por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, se obtuvo copia de las facturas 21837 y 21838 de noviembre de 2007 expedidas por el *Grupo Cultural de Colombia* por la venta a la *Fundación Instituto Baldo* del objeto de los contratos 346 y 347 de 2007, por un valor neto de \$39.319.200 y \$39.271.143,

respectivamente, valores en los cuales ya estaban incluidos la retención en la fuente y los fletes.

Según el Fiscal, en ese informe se hizo referencia a que la *Fundación Baldo* presentó a la Gobernación las facturas 0531 y 0532 del 26 de octubre de 2007 por valor de \$259.200.000 y \$258.868.000, con la finalidad de dar cumplimiento a las obligaciones contractuales por las bibliotecas adquiridas, y que el único costo asociado a la ejecución de estos contratos fue por concepto de fletes, el cual fue asumido por el contratista, según las facturas de venta expedidas por el *Grupo Cultural*, evidenciándose así que: *i*) del contrato 346 de 2007, cuyo valor ascendió a \$259.200.000, el contratista pagó al citado grupo la suma de \$40.680.000, lo que arroja una diferencia de \$218.520.000, es decir, un sobrecosto del 637%; y *ii*) del contrato 347 de 2007, el sobrecosto también fue del 637%, resultante de la diferencia de \$218.237.800, cancelados al contratista de más, por unos textos por valor de \$40.630.200, en desarrollo del contrato que suscribió el sindicado por la suma de \$258.868.000.

Que en dicho informe también se indicó que el margen de utilidad del contratista no podía determinarse al no haberse hallado los pliegos de condiciones económicas de los contratos, ascendiendo el detrimento de los recursos públicos por tales sobrecostos a \$436.757.800.

El ente acusador agregó que la contadora en su informe indicó que el valor de los textos que efectivamente entraron

al departamento corresponde a \$477.052.520, faltando \$41.015.480, sin encontrar comprobantes que justifiquen tal situación.

En cuanto al elemento subjetivo, sostuvo la Fiscalía que INFANTE VERGARA lesionó injustificadamente el bien jurídico de la administración pública, toda vez que, en forma consiente y voluntaria, dio lugar al adelantamiento de los señalados procesos contractuales sin el lleno de los requisitos legales exigidos, lo que derivó en detrimento del erario departamental a favor del contratista.

Agregó que, al gobernador le correspondía administrar los recursos departamentales, en consecuencia, tenía la obligación de vigilar, controlar y proteger los intereses del Departamento, no obstante, en un acto deliberado y doloso, procedió a suscribir estos contratos a pesar de las múltiples falencias que se evidenciaban desde la etapa precontractual, sin que hubiera desplegado las acciones correspondientes para determinar el valor real de las bibliotecas objeto de contratación, pues no se encontraron las cotizaciones previas de los textos, ni los pliegos de condiciones, beneficiando así ilícitamente al contratista.

3.3. Etapa de juicio

Remitido el expediente a esta Sala Especial y corrido el traslado contemplado en el artículo 400 de la Ley 600 de

2000¹⁰, por auto AEP 125-2020 de 6 de noviembre de 2020, —cuya lectura se dio el 20 de enero de 2021—, se accedió a la práctica de algunas pruebas deprecadas¹¹.

El 27 y 28 de marzo de 2023¹² se dio inicio a la audiencia pública de juzgamiento, luego de la práctica continuó el 13 de abril siguiente¹³ cuando además de escuchar en interrogatorio al acusado, se dio paso a la presentación de las alegaciones finales por parte de los sujetos procesales, quienes expusieron sus argumentos en los siguientes términos:

3.3.1. Fiscalía

Solicitó emitir sentencia condenatoria en contra del enjuiciado como autor de los delitos objeto de acusación por haberse demostrado la tramitación y celebración irregular de los contratos 346 y 347 de 2007 y la apropiación de recursos públicos a favor de terceros.

3.3.1.1. Del delito contractual, indicó que no se llevó a cabo la evaluación de las propuestas presentadas por el *Instituto Baldo*, toda vez que los funcionarios que intervinieron en ellas; Joaquín Adriano Vélez, Secretario de Educación; Raúl Sánchez Varela, Secretario General y Edgardo Díaz Hamburguer, Secretario de Hacienda, manifestaron desconocer los parámetros requeridos para las

¹⁰ Fls. 5 a 11, cuaderno N° 1, Sala Especial de Primera Instancia.

¹¹ Fls. 85 a 119, *ibídem*.

¹² Fls. 362 a 368 y 376 a 381, cuaderno N° 2, Sala Especial de Primera Instancia.

¹³ Fls. 397 a 402, cuaderno N° 3, Sala Especial de Primera Instancia.

mismas, incluso, los dos últimos fueron enfáticos en afirmar que no efectuaron algún acto al respecto, ni esas evaluaciones fueron efectuadas en el área de sus cargos, ni personalmente por ellos, aunque al parecer las firmaron, pues, mientras uno dice que la rúbrica se parece, pero no está seguro, el otro sostuvo que lo hizo por simple protocolo, sin que le constara algo.

3.3.1.2. En relación con el delito de *peculado por apropiación* señaló el instructor que el análisis pericial lo demuestra ya que los secretarios de despacho en sus declaraciones no supieron explicar las situaciones que conllevaron a la existencia de sobrecostos en la adquisición de las bibliotecas, siendo el único argumento del secretario de Educación que el contrato se había cumplido a cabalidad entregando los textos a sus destinatarios.

Advirtió que no es aplicable el principio de confianza al procesado, pues a pesar de que la conducta que se reprocha ilícita se desarrolló en equipo, con división de trabajo y dirigida a un fin común, creó un riesgo no permitido que resultó lesivo para la administración pública, porque se abstuvo de ejercer su deber de control, supervisión y vigilancia, conforme al cual estaba en la obligación de verificar que el trámite de los contratos cuestionados y que su posterior celebración se ajustara al ordenamiento jurídico, independientemente de que tales etapas hubiesen sido realizadas por funcionarios subalternos, en quienes depositó su confianza.

Para soportar la evasión de funciones en cabeza del acusado, el Fiscal recordó que en las declaraciones de sus secretarios, éstos afirmaron que el gobernador no tuvo participación en los contratos, no recibió informes de la gestión adelantada, en otras palabras, no ejerció sus obligaciones de supervisión, vigilancia y control, tal como se lo demandaba la ley.

3.3.2. Ministerio Público

Pidió absolver al aforado por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, sin embargo, en cuanto al tipo penal de *peculado por apropiación* pidió la emisión de sentencia condenatoria.

3.3.2.1. En relación con el primer delito mencionado, estimó debatible el cuestionamiento de las irregularidades en los estudios previos en el entendido que según la declaración de Joaquín Adriano Vélez Serrano, Secretario de Educación, la necesidad de la contratación nació a partir de la manifestación y solicitud de algunos rectores y profesores de las entidades educativas, testimonio que a juicio de la delegada no se puede desestimar por el simple hecho de que algunos rectores, que fueron llamados a declarar, hayan manifestado no haber solicitado los textos y no tener conocimiento si otro director escolar lo hubiera realizado, pues esto solo demuestra desconocimiento al respecto y no un comportamiento encaminado a concebir un provecho particular.

pues como ordenador del gasto y con el fin de desempeñar su función encomendada debía apoyarse en su equipo de trabajo, basado en el principio de confianza dentro del marco de la desconcentración de las funciones, máxime que los dependientes le manifestaron en los Consejos de Gobierno la ejecución de cada negocio jurídico, situación que permite colegir que los contratos pasaron por los filtros establecidos por el mandatario departamental.

3.3.2.2 Concerniente al delito de *peculado por apropiación*, acompañó la postura de la Fiscalía al estimar que está probado el detrimento patrimonial de \$440.357.800 para el Departamento del Magdalena que fueron a parar en manos de particulares, recalcando que la Gobernación se hubiera podido ahorrar el dinero considerado como sobrecosto si hubiera contratado de forma directa con el *Grupo Cultural de Colombia*.

En un sentido similar, destacó que 420 textos no ingresaron al Departamento, lo que a su criterio también configura el delito en estudio dada la falta de control y supervisión por parte del gobernador, pues se apartó del deber que tenía de hacer respetar los principios propios de la contratación estatal, de la función pública y de salvaguardar el erario público.

3.3.3. Apoderado de la parte civil

Solicitó sentencia condenatoria en contra del aforado por los dos delitos insertos en la acusación con las

circunstancias de mayor punibilidad allí predicadas al ser bienes adquiridos por la Gobernación para beneficio de estudiantes de instituciones educativas de los municipios no certificados del Magdalena.

Por ende, pidió condenar civilmente a INFANTE VERGARA al pago de los perjuicios materiales y morales a favor de la Gobernación del Departamento del Magdalena conforme a las pretensiones presentadas en la demanda de parte civil.

3.3.4. Defensor

Instó a la Sala proferir sentencia absolutoria en favor de su asistido al estimar que los dos contratos se ejecutaron a cabalidad y la administración declaró haber recibido a satisfacción las bibliotecas con las especificaciones y en las cantidades detalladas en la oferta presentada por el contratista.

3.3.4.1. Del delito contractual, postuló la atipicidad objetiva ya que el comportamiento del aforado no se adecúa al verbo rector de tramitar el contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o celebrarlo o liquidarlo sin verificar el cumplimiento de los mismos, ni con su conducta creó un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico de la administración pública, necesario para la imputación objetiva del resultado, teniendo en cuenta que obró bajo el principio de confianza legítima en las actuaciones de sus subordinados.

Como tesis subsidiaria, sostuvo que no hay el elemento cognitivo del dolo ante el error de tipo invencible en el que actuó el gobernador al haber creído que con sus actuaciones se satisfacían plenamente sus deberes de verificación del cumplimiento de requisitos legales en todas las etapas de los contratos.

Igualmente, pregonó la existencia de duda razonable que la Fiscalía ha pretendido resolver en contra del acusado para suplir las deficiencias de la investigación derivadas del paso del tiempo y de la pérdida de información dada la gestión documental antitécnica del archivo de la Gobernación del Magdalena, al equiparar la pérdida de los documentos precontractuales, con su inexistencia, invirtiendo así la carga de la prueba para la defensa.

De los **estudios previos**, precisó que la etapa precontractual estaba asignada a las secretarías, las cuales conocían en detalle las necesidades del Departamento en su ramo y las acciones a realizar para satisfacerlas, como lo señaló en su declaración el Secretario Privado José Eduardo Barreneche, cuando precisó que el gobernador, como estrategia para ejercer control sobre todas las etapas de la contratación dado el estado de desorganización en que se encontraba el ente territorial, expidió el Decreto 376 de 2007, por medio del cual derogó los actos administrativos de su antecesor, específicamente, los concernientes a la ordenación del gasto y procedimientos en materia de contratación administrativa adjudicada en algunos funcionarios.

Enfatizó en que la ley autoriza a desconcentrar en los funcionarios de niveles directivo, ejecutivo o sus equivalentes la realización de los actos y trámites inherentes para la celebración de contratos, lo que se traduce en una distribución racional de los numerosos y sucesivos trámites de la contratación estatal e implica un deber de tutela sobre las actuaciones de los subordinados.

Y que el Secretario de Educación, Joaquín Adriano Vélez Serrano, funcionario competente para adelantar la etapa precontractual de los contratos y para elaborar los estudios previos definiendo los pormenores de la necesidad a satisfacer, afirmó que los rectores de varias instituciones educativas del Departamento le manifestaron la necesidad de obtener bibliotecas, requerimiento que fue puesto en conocimiento al aforado, y que ninguno de los funcionarios que intervinieron en el trámite de los negocios jurídicos le advirtieron a él la existencia de algún tipo de error o irregularidad relacionada con la definición de las necesidades o de cualquier aspecto de estos procesos, por ello INFANTE VERGARA estaba autorizado a confiar en la gestión realizada por sus subordinados.

Señaló que si bien no existen solicitudes escritas de los rectores y profesores de las instituciones educativas se debe a la situación general de la Gobernación del Magdalena que hasta el 2007 era un fondo documental acumulado sin algún criterio archivístico, ni con instrumentos de control, por ello la administración no puede garantizar la integridad,

trazabilidad y disponibilidad de la documentación para su custodia.

De otra parte, adujo que la Fiscalía no indagó a profundidad en la respuesta dada por los rectores de las instituciones educativas, quienes indicaron que las bibliotecas sí beneficiaron a los estudiantes de la región.

Del **soporte técnico y económico**, específicamente, de la información reportada en el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal (SICE), afirmó el defensor que, pese a que el secretario de Educación de la época manifestó que no estaba a su cargo la revisión de los precios en esa plataforma, tal afirmación la contradicen Alfonso Sara Ibáñez y Claudia Pricoli, al indicar de manera coincidente que esta función estaba a cargo de los secretarios titulares, en donde surgía la necesidad.

Del **fraccionamiento**, indicó que, de los pocos elementos de juicio allegados al proceso se concluye que, en virtud del criterio del secretario de Educación, los objetos contractuales eran claramente diferenciables, pues uno estaba dirigido a la adquisición de bibliotecas de apoyo a la formación escolar y el otro a bibliotecas técnicas y tecnológicas y con base en el concepto de los funcionarios expertos en contratación estatal de la Gobernación.

Puso de presente que el secretario de Educación declaró que el acusado no tuvo participación en la etapa precontractual, ni realizó sugerencia o insinuación alguna

para influir en ese proceso o para modificar las particularidades del contrato, sin que tampoco de las pruebas se pueda establecer alguna intervención de su parte, de ahí que no creó un riesgo jurídicamente desaprobado.

Para el defensor, el aforado suscribió de buena fe los contratos surgidos en la Secretaría de Educación y proyectados en la Oficina Asesora Jurídica, creyendo fundadamente que los funcionarios expertos en los aspectos técnicos y contractuales habían verificado rigurosamente el cumplimiento de los requisitos legales, tal como se puede observar en las minutas de los negocios jurídicos.

Y que en lo relacionado con las actuaciones de Hernán Chaparro Ortiz, representante legal de la *Fundación Instituto Baldo para el Desarrollo de las Organizaciones* y de Gabriel López, mandatario de aquél en la ciudad de Santa Marta, corresponde a competencia funcional de los mismos en el marco de esa organización, sin que puedan ser atribuidas al enjuiciado, máxime que la Gobernación verificó que había un poder autenticado conferido por el representante legal de la fundación con las facultades amplias y suficientes para actuar en los trámites contractuales específicos, de ahí que las actuaciones que aquellos realizaron internamente, como las firmas de los documentos, no puede ser achacada al gobernador ante la obligación general de partir del principio de la buena fe contractual.

Que en consecuencia, no se le puede reprochar al procesado que Hernán Ortiz Chaparro no se desplazó a la

ciudad de Santa Marta a suscribir los contratos, pues desconocería la realidad de la administración pública, en la cual, dada la alta ocupación de la agenda del gobernador, es impensable que se reúna con el contratista para signar el contrato, ya que la práctica informa que primero se recaban todas las firmas de los intervinientes del negocio jurídico y por último la del gobernador.

De la ausencia de **pliego de condiciones**, advirtió que el archivo de la Gobernación no estaba en condiciones de garantizar la disposición de los documentos de forma ordenada para recuperar la información, circunstancia que impidió cumplir su función probatoria y garantizadora, de ahí que si en los expedientes contractuales 346 y 347 de 2007 faltan documentos, obedece probablemente a ese desorden del archivo, situación no imputable al procesado, arista bajo la cual no es dable el concluir que, en contra del principio de planeación y publicidad, no hubo pliegos de condiciones, ni constancia de la evaluación de las ofertas, pues se debe al desorden del archivo de la Gobernación.

Insistió en que quienes conocieron del procedimiento adelantado en la etapa precontractual y de suscripción, coincidieron en afirmar que antes de la firma de INFANTE VERGARA le precedieron numerosos funcionarios: i) la Secretaría de Educación, con un equipo jurídico propio y un secretario, abogado especialista en derecho público; ii) La Oficina Asesora Jurídica, con una abogada dedicada exclusivamente a la contratación estatal y con vasta experiencia en la Gobernación, adicionalmente se contó con

la aprobación del jefe de la misma, abogado con reconocida experticia en la materia; y iii) Asesores del Despacho.

3.3.4.2. Sobre el delito de *peculado por apropiación*, advirtió que la Fiscalía se valió del argumento de que la Contraloría General de la República dio cuenta de la posible existencia de un sobrecosto, sin embargo, eso responde a una decisión de primera instancia en el proceso de responsabilidad fiscal adelantado contra el aforado, la cual, dadas las deficiencias investigativas, fue revocada en grado de consulta por el Contralor General por no haber logrado probar de forma objetiva el daño al patrimonio público y su cuantía.

En cuanto a la afirmación de la Fiscalía según la cual la *Fundación Baldo* sólo entregó 1.480 textos de los 1.900 adquiridos por la Gobernación, puso de presente que la administración constató haber recibido a satisfacción la totalidad de elementos contratados, así como haberlos entregado en la misma cantidad a los rectores de los colegios del departamento, pues así se establece de la declaración de la supervisora de la ejecución de los contratos cuando manifestó que a ella le correspondía recibir los productos en el almacén, el secretario de Educación le entregaba un listado de los colegios beneficiarios de las bibliotecas y los rectores de los mismos firmaban un comprobante de salida, testigo que incluso en la audiencia pública reconoció su firma en las constancias de recibido avalando que lo consignado allí corresponde a la realidad de lo ocurrido.

Por lo anterior, resaltó que no se presentó un detrimento al patrimonio estatal, recalcando que, si no se encontraron documentos respecto de la entrega de los 420 textos faltantes, ello se debe a la desorganización del archivo de la Gobernación.

En relación con el sobrecosto, rememoró que los soportes técnicos y económicos estaban en cabeza de Joaquín Adriano Vélez, Secretario de Educación, cartera competente que le correspondía realizar la consulta de los precios indicativos de forma precisa y aterrizada a las condiciones requeridas en los estudios previos y, en general, todas las labores pertinentes y necesarias para determinar los precios reales de los objetos a contratar y por ello INFANTE VERGARA no realizó la conducta típica de *peculado por apropiación*, pues actuó conforme a la información recibida de los funcionarios de confianza encargados de la definición del soporte técnico y económico del valor estimado del contrato en la etapa precontractual y a los documentos del expediente que daban cuenta de haberse consultado la plataforma SICE.

Que de existir la conducta, el procesado la ejecutó con base en un conocimiento erróneo de la realidad imputable a los funcionarios que la falsearon, pues amparado en el principio de confianza suscribió los contratos, habiendo desplegado, en el corto periodo en que ejerció como gobernador todas las acciones para orientar, verificar y controlar a sus subordinados, designó a profesionales que cumplieran con los criterios de formación, conocimiento,

experiencia e idoneidad en las secretarías que intervinieron en el trámite de los contratos, prevalentemente en la secretaria de Educación y en la Oficina Asesora Jurídica, manteniendo con ellos comunicación constante, además, realizó Consejos de Gobierno en los cuales requería información sobre las necesidades de la comunidad y explicaciones puntuales de los proyectos adelantados por las diferentes carteras técnicas, sin que en algún momento sus directivos o asesores le hubieran advertido circunstancias constitutivas de culpa o dolo que lo llevaran a dudar de la idoneidad de alguno de los intervinientes en tales procesos.

Explicó que el gobernador, una vez posesionado, para robustecer los controles de todas las etapas contractuales ante la desorganización imperante en el entre territorial, el 26 de junio de 2007 expidió el Decreto 376 derogando los actos administrativos en los cuales su antecesor delegaba la ordenación del gasto y la contratación en ciertos funcionarios de nivel directivo y asesor, incluidos los secretarios de despacho, sin que ello implicara que como gobernador tramitara directamente cada una de esas fases, ya que las secretarías seguían siendo responsables y autónomas en el trámite contractual, como lo fue en este caso la secretaria de Educación, que conocía los pormenores de los estudios previos y los pliegos de condiciones.

Que también conformó un Comité Evaluador de las propuestas encargado de analizar las condiciones técnicas, jurídicas y económicas exigidas en los pliegos de condiciones,

Magdalena¹⁶. En vista de lo anterior y según las propias manifestaciones del aforado, en tal condición suscribió los contratos 346 y 347 de 23 de octubre de 2007, los cuales son materia de análisis en este juicio.

4.2. Requisitos para condenar

Según lo dispuesto en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal de 2000, que rige en el presente asunto, para proferir sentencia condenatoria se requiere que la prueba legal, regular, oportuna y válidamente recaudada en el proceso conduzca a la certeza sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, debiendo para ello dar cumplimiento a las previsiones del artículo 238 *ibidem* al valorar de manera conjunta y concatenada los medios de convicción arribados al plenario, tanto de cargo como de descargo, confrontándolos y comparándolos entre sí, de cara a dar cumplimiento a los postulados que integran la sana crítica –principios lógicos, leyes de la ciencia y reglas de experiencia–, sin desconocer que opera el principio de libertad probatoria, consagrado en el artículo 237 del mismo ordenamiento.

Para la declaración de responsabilidad penal debe acreditarse la tipicidad objetiva y subjetiva, esto es, que concurren los elementos configuradores de la descripción normativa de la conducta prohibida para cumplir con la adecuación del comportamiento y si es predicable del sujeto

¹⁶ Fl. 29, cuaderno N° 2, Fiscalía.

alguna de las formas conductuales: dolo, culpa o preterintención. Tratándose de una conducta dolosa, como las que son objeto de estudio, será menester determinar la convergencia de las aristas de conocimiento de los hechos típicos y voluntad en su realización.

Los citados mandatos se erigen en garantía del cabal cumplimiento del principio universal de presunción de inocencia¹⁷, como límite real y efectivo al poder punitivo del Estado en el que recae la carga procesal de desvirtuarla, de ahí que el inciso 2º del artículo 7º de la Ley 600 de 2000, disponga que toda duda debe resolverse en favor del procesado, expresión legal del principio universal *in dubio pro reo*, conforme con el cual, cuando el juez no alcanza el grado de conocimiento exigido para condenar, emerge ineludible la absolución del procesado.

En cuanto a los delitos en estudio contemplados en los artículos 410 y 397 del Código Penal, se precisa en primer lugar que no se tendrá en cuenta el aumento punitivo contemplado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004¹⁸, pues ésta normativa solo rige para las conductas perpetradas a partir del 1º de enero de 2005 según la implementación gradual del sistema acusatorio en los diferentes distritos judiciales, prevista en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004, y en Santa Marta solo entró a operar a partir del 1º de enero de 2008, en tanto que

¹⁷ Establecido como garantía fundamental en el artículo 29, inciso 4º de la Constitución Política, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 11.1), el Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos (Art. 14.2) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Art. 8.2), entre otros Instrumentos Internacionales, y desarrollado también legalmente en el artículo 7º de la Ley 600 de 2000.

¹⁸ Esta aclaración se hace con el propósito de contabilizar los términos de prescripción de la acción penal derivados de los delitos endilgados al enjuiciado.

los hechos ocurrieron en el año 2007, antes de que entrara en rigor allí tal sistema.

4.3. Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

4.3.1. Del Tipo objetivo

Como las actividades contractuales públicas hacen parte del armazón estatal, han de estar signadas por los principios fundantes de la función administrativa, de ahí que no solo deben estar al servicio de los intereses generales, sino que, en virtud de lo normado en el artículo 209 superior, deben ajustarse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, todo ello encaminado a cumplir los fines del Estado de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales.

Es una conducta atentatoria del bien jurídico de la administración pública que busca preservar los postulados de raigambre constitucional que la rigen y, específicamente, la descripción típica propende que los ámbitos de tramitación, celebración y liquidación de los contratos estatales se cumplan de acuerdo con las normas que los regulan.

El artículo 410 del Código Penal lo define en los siguientes términos:

El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

Para su estructuración se exige, en primer lugar, ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato y, en segundo lugar, llevar a cabo la conducta desvalorada sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales¹⁹.

Es un injusto de simple actividad o mera conducta²⁰ que se configura cuando el sujeto calificado tramita, celebra o liquida el contrato sin observancia de los requisitos legales, sin que se exija la constatación de un resultado separable de los propios comportamientos antes referidos, en otras palabras, se consume con la mera realización de las conductas allí descritas²¹.

Aunque es un delito de mera actividad, ello no es óbice para prescindir del análisis de criterios normativos, como la imputación objetiva, en aras de determinar si el sujeto con su conducta ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, si este se materializa en el resultado lesivo

¹⁹ CSJ SP, 9 feb. 2005, rad. 21547 y SP, 23 mar. 2006, rad. 21780.

²⁰ CSJ SP, 7 dic. 2011, rad. 37941 y SP, 18 ene. 2017, rad. 47100.

²¹ Cuestión distinta sería determinar el desvalor de resultado (de lesión o de peligro para el bien jurídico) que exige el referido tipo penal.

deberá ser elegido como contratista aquél que obtenga la calificación más alta en los diferentes factores señalados en el pliego de condiciones o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa.

ii) *Principio de economía* (Art. 25), exige tener documentados los estudios o análisis de conveniencia y oportunidad, los cuales acrediten la necesidad de celebrar el contrato y las posibilidades de que se pueda llevar a cabo²⁶, para asegurar la eficiencia de la administración en la actividad contractual y que los procedimientos se surtan de forma ágil y sencilla, en orden a maximizar los resultados y minimizar los costos para la administración²⁷.

Está estrechamente ligado con el *principio de planeación* (Arts. 25 y 26), el cual tiene como finalidad que el proyecto esté antecedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos necesarios para establecer su viabilidad y poder determinar la conveniencia del objeto a contratar²⁸. Lo anterior, impide la improvisación y, por ende, evita la producción del daño o perjuicio a la misma administración y/o a la sociedad²⁹.

En lo que respecta al principio de planeación, el Consejo de Estado sostiene que, antes de dar inicio al proceso de selección, es imprescindible que la entidad estatal realice un estudio serio y completo que establezca lo siguiente:

²⁶ CSJ SP, 23 nov. 2016, rad. 46037.

²⁷ CSJ SEP, 29 abr. 2021, rad. 45013.

²⁸ CE, Sección Tercera, 28, may. 2012, rad. 21489.

²⁹ CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, 10 ago. 2015, rad. 2260.

l) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; ll) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; llI) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; llV) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; llV) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; llVI) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; llVII) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar³⁰.

iii) Principio de responsabilidad (Art. 26), insta a los servidores públicos a dirigir su actividad hacia el cabal cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución del objeto acordado y actuar como garantes de los derechos de la entidad, del contratista y de

³⁰ CE, Sección Tercera, 29 ago. 2007, rad. 14834.

los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, debiendo responder por sus acciones y omisiones³¹.

4.3.2. Tipo subjetivo

El comportamiento admite exclusivamente la forma conductual dolosa, por tanto, han de converger las aristas de *conocimiento* de los hechos típicos y *voluntad* en su realización, por ello, es necesario que medie el conocimiento o conciencia de los elementos descriptivos y normativos del tipo penal que se refieren a la exterioridad de la conducta, así como el volitivo, entendido como el querer realizarlos, de ahí que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.

4.4. Del delito de peculado por apropiación

4.4.1. Del Tipo objetivo

El artículo 397 del Código Penal lo consagra en los siguientes términos:

El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000)

³¹ CSJ SEP, 29 abr. 2021, rad. 45013.

salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

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

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

Para su estructuración se requiere: i) un sujeto activo calificado -servidor público-; ii) la competencia funcional o material para disponer de los recursos; iii) la apropiación, en provecho propio o de un tercero, de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

La relación entre el servidor público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica. La disponibilidad material conforme lo ha señalado la Sala de Casación Penal de esta Corporación se asimila a la simple constatación empírica de poder usar o manipular el objeto, mientras que en lo que se refiere a la disponibilidad jurídica se requiere llevar a cabo un proceso de abstracción en virtud del cual se

analiza el dominio que el agente tiene sobre dichos bienes³².

Tal disponibilidad, como ha hecho énfasis la jurisprudencia, se predica de los servidores públicos frente a los bienes oficiales y está vinculada al ejercicio de sus deberes funcionales, que, por razón de sus competencias, los hace garantes de los recursos públicos³³.

Sobre el acto de apropiación puede ocurrir que sea o bien consecuencia de la disponibilidad directa de los recursos, o por el ejercicio de un deber funcional que faculta al servidor público para decidir sobre el destino de los bienes públicos. Esta acción puede constatarse cuando se dispone del bien como si fuera propio o se incorpora al patrimonio personal o al de un tercero, con la consecuente sustracción de dicho bien del patrimonio del sujeto pasivo.

En cuanto al momento consumativo, como se trata de una conducta punible de ejecución instantánea, se consuma cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado³⁴, en provecho suyo o de un tercero y como lo ha reiterado la Sala de Casación de la Corte, además, *«el acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público»*³⁵.

³² CSJ SP, 10 oct. 2018, rad. 52269 y CSJ SP, 1 Jul. 2020, rad. 51444.

³³ CSJ SP, 10 oct. 2018, rad. 52269.

³⁴ CJS SP, 8 nov. 2017, rad. 43263.

³⁵ *Ibidem*.

4.4.2. Tipo subjetivo

Es una conducta esencialmente dolosa, por lo mismo, requiere *conocimiento* de los hechos constitutivos de la infracción penal y *voluntad* en su realización. En tal medida, para acreditar que el procesado prevalido de esa conciencia o conocimiento conduce su voluntad a la apropiación de los bienes públicos en provecho suyo o de terceros, como son aspectos que pertenecen a su fuero interno, probatoriamente será necesario analizar los actos externos a través de los cuales puedan acreditarse uno y otro.

4.5. Del caso en estudio

La Fiscalía, tras señalar deficiencias en el trámite precontractual, acusó a INFANTE VERGARA porque como gobernador del Departamento de Magdalena (e), por ende, representante legal y ordenador del gasto, pese a tales irregularidades, tramitó y suscribió los contratos 346 y 347 de 2007 con la *Fundación Instituto Baldo para el Desarrollo de las Organizaciones* a fin de adquirir bibliotecas con destino a los municipios no certificados del departamento.

La Sala anticipa que emitirá sentencia de carácter absolutorio en favor del procesado por atipicidad objetiva, ya que, pese a corroborarse una serie de irregularidades en la tramitación de los contratos objeto de estudio, se demostró que el aforado ejecutó su conducta amparado en el principio de confianza como criterio normativo aplicado al trabajo en equipo, además cumplió sus deberes de vigilancia que como

ordenador del gasto le eran exigibles, impidiendo predicarle los defectos acaecidos en la fase precontractual resaltados en la acusación y de contera la afectación patrimonial del departamento.

4.5.1 Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

Es claro que en la administración la complejidad de su funcionamiento demanda la intervención de varios servidores, y tratándose de un ente territorial corresponderá al gobernador la dirección o coordinación de tareas asignar, sin que por ello deba desatender o dejar de controlar o no verificar que se cumplan tales funciones o procedimientos en apego a la ley.

Por eso, en materia contractual estatal se diferencian los servidores públicos encargados de adelantar las fases previas encaminadas a la contratación, de quien como ordenador del gasto debe suscribir tales negocios jurídicos o liquidarlos comprometiendo así los dineros estatales.

Ello obedece a las figuras jurídicas a las que acuden las entidades públicas para cumplir de la mejor manera sus cometidos y misiones constitucionales y legales, v.gr a través de la delegación y desconcentración.

De raigambre constitucional, en el artículo 211 se señala la facultad delegar, y en materia de contratación el artículo 12 de la Ley 80 de 1983, —para el caso sin la modificación de la Ley 1150

de 2007, promulgada el 16 de julio de ese año, que entró a regir 6 meses después—; señala que los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos³⁶ en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

De la desconcentración se ocupa el artículo 7° del Decreto 679 de 1994, que reglamentó parcialmente la Ley 80, al señalar que los jefes o representantes legales de las entidades estatales pueden desconcentrar la realización de actos y trámites relacionados con licitaciones o concursos para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los funcionarios de los niveles directivo, ejecutivo o sus equivalentes, según las normas que regulen la distribución de funciones en sus respectivos organismos: *«la desconcentración implica la atribución de competencia para efectos de la expedición de los distintos actos en los procedimientos contractuales de licitación o concurso por parte de los funcionarios antes enunciados, y no incluye la adjudicación o la celebración del contrato»* (Subrayas ajenas al texto).

Así mismo el artículo 8° de la Ley 489 de 1998, señala que la desconcentración administrativa *«es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde*

³⁶ La citada Ley 1150 de 2007 suprimió la palabra "concursos" y adicionó el párrafo al definir la desconcentración como "la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio".

obviamente conspiraría contra el principio de estricta tipicidad, ya que se trataría de la ausencia probatoria del Decreto Departamental 376 de 26 de junio de 2007, del cual dan cuenta las declaraciones de José Eduardo Barreneche³⁸ y Joaquín Adriano Vélez³⁹ y resalta la defensa, eventualidad que arroja incertidumbre, pues se ha dicho que con tal acto, recién posesionado INFANTE VERGARA, derogó los actos administrativos de su antecesor, —entre ellos, el Decreto Departamental 1577 del 7 de abril de 2006—, en una estrategia encaminada a ejercer el control de todas las fases contractuales, ante el desorden en que se encontraba el ente territorial.

Y si bien tratándose de normas locales esta Sala podría prohijar la tesis del Consejo de Estado⁴⁰, según la cual a pesar de no haberse aportado prueba de la norma local *«el juez puede utilizar herramientas tecnológicas para consultar u obtener la normativa de alcance no nacional y proferir un pronunciamiento de fondo y así garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, en la búsqueda realizada vía por internet del citado Decreto 376 de 2007 no fue posible hallarlo, por lo mismo, arroja duda respecto de la vigencia del Decreto Departamental 1577 de 2006, enarbolado por la Fiscalía para denotar el incumplimiento de los requisitos legales por parte del aforado, ya que surge la posibilidad que éste último*

* Audiencia Pública del 28 de marzo de 2023, cd l. min: 01:32:30, Sala Especial de Primera Instancia.

* Ffs. 104 a 109, cuaderno anexo N° 3, Fiscalía y fs. 208 a 213, cuaderno original N° 3, Fiscalía.

* CE, Sección Cuarta, 7 may. 2014, rad. 19857.

no estuviera vigente para la fecha de los hechos o hubiera sido modificado parcialmente.

Al proceso sí se allegó el Decreto Departamental 1577 del 7 de abril de 2006 proferido por el anterior gobernador Trino Luna «por el cual se delegan y desconcentran funciones y se fijan procedimientos en materia de contratación administrativa en el departamento del Magdalena», que establecía lo siguiente:

ARTÍCULO 2°: DELEGACIÓN. *Salvo norma en contrario, conforme al Decreto 131 de mayo 11 de 2005 la competencia para la ordenación del gasto y la facultad de adjudicar, celebrar, terminar, adicionar, prorrogar, suspender o modificar convenios y contratos que requiera el Departamento del Magdalena, cualquiera que sea su cuantía, corresponde al Secretario de Despacho sin perjuicio de que en cualquier momento el Gobernador pueda reasumir la competencia para contratar o para revisar los actos expedidos por el delegatario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 489 de 1998.*

ARTÍCULO 3° ALCANCE DE LA DELEGACIÓN. *Corresponde al delegatario tramitar y culminar las actuaciones administrativas inherentes a la actividad contractual, tales como la expedición de actos pre-contractuales, contractuales y post contractuales.*

ARTÍCULO 4° DESCONCENTRACIÓN DE ACTOS Y TRÁMITES. *En los procesos contractuales se seguirán los trámites y procedimientos establecidos en este decreto, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 7° del decreto 679 de 1994.*

Los trámites, procedimientos y demás aspectos no contemplados expresamente en este Decreto serán adelantados de acuerdo con las normas que regulan la contratación estatal.

al vínculo entre delegante y delegatario, señaló que: «...Al delegar se establece un vínculo funcional especial y permanente entre delegante y delegatario para el ejercicio de las atribuciones delegadas. Es especial en cuanto surge a partir del acto de delegación, de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que exista entre ellos y es permanente en cuanto permanece activo mientras rija el acto de delegación. En virtud de tal vinculación, el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario y para revocar el acto de delegación (C.P., art. 211). (...) Estas particularidades se desprenden del principio de unidad de acción administrativa, de la aplicación de los principios de la función administrativa a que hace referencia el artículo 209 de la Carta y del deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al jefe de la entidad u organismo estatal»

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado que «[se] requiere de un acto formal de delegación, en el cual se exprese la decisión del delegante, el objeto de la delegación, el delegatario y las condiciones de tiempo, modo y lugar para el ejercicio de la delegación. Sobre este requisito señaló la Corte que: 'la posibilidad de transferir su competencia - no la titularidad de la función - en algún campo, se perfecciona con la manifestación positiva del funcionario delegante de su intención de hacerlo, a través de un acto administrativo motivado, en el que determina si su voluntad de delegar la competencia es limitada o ilimitada en el tiempo o general o específica'⁴¹.

Y en relación con los condicionamientos del acto de delegación enfatizó que ocurre cuando «un funcionario u organismo competente transfiere de manera expresa y por escrito, en las condiciones señaladas en el acto de delegación y en la ley, a uno de sus

⁴¹ C.E. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto 27 mar 2012. Exp. 11001032600020100002900. Citando las decisiones de la Corte Constitucional relacionadas con el acto de delegación. Sentencia C-936 de 2001. Las sentencias C-382 de 2000; y C-566 de 2000 también se refieren a la exigencia del acto de delegación.

Estudios previos

La Sala, conforme lo hizo la Fiscalía en la resolución de acusación, al analizar de forma conjunta el tópico de los estudios de conveniencia y oportunidad de los contratos 346 y 347, se constata del incumplimiento del artículo 8° del Decreto 2170 de 2002⁴⁶, en cuanto: *i*) La definición en los contratos se efectuó en forma abstracta y genérica al solo citar la Ley 715 de 2001; *ii*) no se hizo alusión al motivo concreto para adquirir las bibliotecas; *iii*) no se indicó el origen de la exigencia contractual; *iv*) se omitió advertir cómo los contratos suplirían la necesidad; y *v*) no se señaló cuál era el precio de mercado de referencia para la contratación proyectada.

Y si bien para necesidad se citó el propósito de la Ley 715 de 2001 y la competencia atribuida a los departamentos para cumplir con esa disposición normativa, así como el Plan de Desarrollo y su apuesta por la formación de los estudiantes con la entrega de textos, guías de trabajo y lecturas especializadas, ello no resulta suficiente para dar por satisfecho los lineamientos del citado precepto normativo, ya que simplemente se hizo referencia a aquellas

-
- * 1. La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.
2. La definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño.
3. Las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo.
4. El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato.
5. El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista.

disposiciones que permitían a la entidad territorial adquirir los bienes, sin indicar los verdaderos motivos que demandaban la compra de las bibliotecas con temáticas específicas. Así, extraña la Sala que la Gobernación no señalara cómo tuvo conocimiento de la necesidad de comprar bibliotecas, ni mencionara las carencias que pretendía satisfacer con las contrataciones.

Del origen de la necesidad, Joaquín Adriano Vélez Serrano, Secretario de Educación Departamental, en declaración efectuada el 16 de octubre de 2018 ante la Fiscalía, afirmó que la compra de las bibliotecas obedeció a que «muchos rectores [l]e manifestaron la necesidad de manera verbal y muchos a través de escritos (...)» y que se eligieron, particularmente, las temáticas de «apoyo a la formación escolar» y «técnicas y tecnológicas» porque, «fue producto de las orientaciones de los rectores y docentes»⁴⁷, lo que reiteró en su ampliación del testimonio de 27 de marzo de 2023, no obstante, tal información no fue incorporada en los estudios previos, por eso, no le asiste razón a la defensa al advertir que lo expuesto por este funcionario representa una manifestación de la necesidad para dar por motivados los contratos, pues no se trata de una justificación posterior. Al respecto, no se puede olvidar que todo trámite contractual debe regirse por disposiciones y estándares de conducta claros para las partes que permitan adelantar los procesos en condiciones de igualdad para todos los interesados, con las debidas motivaciones del por qué la administración va a contratar,

⁴⁷ Ffs. 208 a 213, cuaderno original N° 3, Fiscalía.

estableciendo así de antemano las reglas por las que ha de regirse tal proceso, lo cual no aconteció en este caso.

Como la Fiscalía advirtió irregular que en los estudios de conveniencia no se estableciera cómo los contratos suplirían la necesidad planteada, se tiene que para el contrato 346 la definición técnica de necesidad presentada por el secretario de educación fue la siguiente:

El departamento del Magdalena considera de gran importancia orientar a los docentes con la adquisición de material de formación escolar para lograr el mejoramiento y transformación curricular de los estudiantes para que estos respondan a las demandas de formación en competencias laborales, productivas y formación de sus estudiantes, atendiendo las apuestas de educación del Dpto. en cada subregión.

Por lo anterior se hacía pertinente dotarlos de referentes bibliográficos con temáticas acordes a su grado estudiantil. Los textos y manuales señalados en los pliegos de condiciones elaborados por esta Secretaría cumplen con esa misión de apoyo conceptual los cuales son:

| | |
|-----|--|
| 180 | Curso de orientación escolar 7 tomos + 1 cd |
| 180 | Los valores para la convivencia humana 1 tomo + 1 cd |
| 180 | Las drogas, educación y prevención 1 tomo + 1 cd |
| 180 | Manual de educación física 1 tomo + 1 cd |
| 180 | Colombia tierra de esperanza 1 tomo + 1 cd |

Y para el contrato 347:

El Departamento del Magdalena viene empeñado en la transformación curricular de los proyectos educativos

institucionales – PEI- de los colegios hacia educación (sic) para que respondan a las demandas de formación en competencias laborales y productivas de sus estudiantes, atendiendo las apuestas de educación del Dpto en cada subregión. Es así que ese rediseño de los currículos debe ir acompañado de estrategias de mejoramiento de infraestructuras y equipamientos – dotación.

Por lo anterior se hacía pertinente dotarlos de referentes bibliográficos con temáticas acordes a su grado estudiantil. Los textos y manuales que cumplen la misión de apoyo conceptual son los siguientes:

| | |
|-----|--|
| 200 | COMPUTACIÓN PARA NIÑOS 2 TMS (SIC) + 2 cd |
| 200 | MANUAL DE COMPUTACIÓN 1 TOMO + 2 cd |
| 200 | Manual avanzado de computación 1 tomo + 2 cd |
| 200 | Tecnología aplicada 1 tomo |
| 200 | Manual práctico (sic) de electricidad y electrónica 1 tomo |

El numeral 2° del artículo 8° del Decreto 2170 de 2002, reglamentario de la Ley 80 de 1993, señala que se debe plasmar «la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño», y aunque la Gobernación del Magdalena en la definición técnica de los dos proyectos adujo la necesidad de la transformación curricular en materia educativa, no podría darse por superados los lineamientos legales, toda vez que no se indicó cómo el listado de libros a adquirir suplía tal necesidad.

Claramente se observa que, sin tener en cuenta el interés general, de manera arbitraria se seleccionaron los temas de cada libro en puros intereses particulares, ya que

Fraccionamiento contractual

Esta figura consiste en que, pudiéndose compendiar todo en un solo acto contractual, es dividido por los funcionarios públicos contratantes con el fin de eludir un condicionamiento legal, es decir, de manera artificiosa destruyen la unidad natural del objeto del contrato para pactar directamente lo que en principio debió regirse por las normas de la licitación pública y seguir un procedimiento menos riguroso en reemplazo del que se imponía por el factor de la cuantía, lo cual riñe con *el principio de transparencia, igualdad y selección objetiva*.

Para el análisis del fraccionamiento es necesario determinar: *i)* si resulta predicable la unidad de objeto respecto de los contratos cuya legalidad se cuestiona, y, en caso cierto; *ii)* cuáles fueron las circunstancias que en concreto llevaron a la administración a realizar varios contratos, a fin de establecer si el actuar de la administración se fundó en criterios razonables de satisfacción del interés público, propósito al que sirve la contratación estatal, o si, en cambio, las razones esgrimidas son sólo artificiosas y dirigidas, por ende, a soslayar las reglas contractuales debidas⁵².

Para establecer el concepto de unidad de objeto, el Consejo de Estado, ha hecho énfasis en la distinción entre

⁵² CSJ, SP, 6 jul. 2005, rad. 19843; CSJ SP, 26 nov. 2007, rad. 26857; CSJ SP, 26 may. 2010, rad. 30933.

ascendido a \$518.068.000, lo que superaría los valores establecidos como menor cuantía y, por ende, imposibilitaría a la entidad territorial adelantar la selección del contratista bajo la modalidad de contratación directa.

El presupuesto del Departamento del Magdalena para el año 2007 era de \$288.577'833.721⁵⁵, lo que equivale a 665.385,82 s.m.l.m.v. para la fecha de los hechos, y de conformidad con el numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 (original), para las entidades públicas con un presupuesto anual superior o igual a 500 salarios inferior a 1.000.000, la menor cuantía corresponderá hasta 600 salarios, esto es, **\$260.220.000**, atendiendo que para el año 2007, el s.m.l.m. ascendía a \$433.700.

El contrato 346 fue por \$259.200.000 y el 347 por \$258.868.000, es decir, pactando un precio cuya diferencia con el valor máximo de la menor cuantía era insignificante, situación que evidencia la intención de no superar este monto para poder contratar por la modalidad de contratación directa, sin que tenga alguna incidencia la anotación hecha en la minuta de los contratos relacionada con que se cumplió la licitación pública, porque la prueba demuestra que se trató de una contratación directa.

De otro lado, al argumento esgrimido por la Fiscalía según el cual, al elegir la licitación pública se permitió que Hernán Chaparro Ortiz, representante legal de la *Fundación*

⁵⁵ Fla. 95 a 98, cuaderno Anexo N° 3, Fiscalía.

Instituto Baldo para el Desarrollo de las Organizaciones no se apersonara de los trámites y se diera visos de legalidad al procedimiento irregular que venía aplicando su mandatario Gabriel López, carece de sustento ya que el ente instructor no explica cómo la modalidad de selección incidió para que ese representante legal participara o no del trámite necesario para la suscripción del contrato.

Precisamente, como lo indicó el defensor en sus alegatos, los inconvenientes presentados entre el representante legal de la Fundación y su mandatario, corresponden únicamente al ámbito de competencia funcional de los mismos, situación que no puede ser imputable al aforado, teniendo en cuenta, además, que la entidad pública partía de la buena fe del contratista y de la autenticidad de los documentos allegados.

Pliegos de condiciones

Según el Informe de Policía Judicial N° 967491 de 31 de marzo de 2016³⁶, en la inspección realizada a las instalaciones de la Gobernación del Magdalena no se encontró documentación al respecto, no obstante, para la Sala no podría tajantemente aseverarse que no se elaboraron los pliegos de condiciones, porque en el plenario hay una serie de elementos probatorios que dan cuenta de su existencia, o al menos siembran duda que se hayan omitido:

³⁶ Fl. 1 a 19, cuaderno original N° 2. Fiscalía.

- En los estudios de conveniencia, particularmente, en el ítem denominado *condiciones del contrato a celebrar*, se dispuso que «El departamento elaborara (sic) un contrato de compra venta bajo la modalidad de contratación directa acorde a los (sic) señalado en la ley 80 de 1993 y decreto 2170 de 2001 (sic). Para su escogencia se tendrá lo señalado en los pliegos de condiciones elaborador (sic) por la Secretaría de Desarrollo de la Educación. Su plazo será de sesenta días y lugar de ejecución el Distrito de Santa Marta (Negrilla fuera del texto original).

- En la propuesta presentada por la *Fundación Instituto Baldo para el Desarrollo de las Organizaciones* con el propósito de participar en la contratación cuyo objeto era la adquisición de bibliotecas de apoyo a la formación escolar, se hizo referencia a los pliegos de condiciones en tres documentos:

| | |
|--|---|
| Solicitud de participación (anexo 1): | 3. Que para la elaboración de la propuesta se han estudiado los términos de referencia, sus anexos y sus adendas y que exceptemos todos los requisitos en ellos estipulados y renunciamos a cualquier reclamación por ignorancia o errónea interpretación de estos documentos ⁵⁷ . |
| Valor de la propuesta (anexo 2): | Nos comprometemos a entregar la mercancía en óptimas condiciones en el Almacén de la Secretaría de Desarrollo de la Educación Departamental, de acuerdo a los términos de referencia de la Contratación Directa ⁵⁸ . |
| Certificado de la aseguradora Condor S.A.: | De acuerdo al asunto de la referencia, según pliego de condiciones numeral 2.2.4. CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES, se permite manifestarles que está en capacidad expedir el amparo de calidad de los elementos, por el 10% del valor del contrato y por el término de duración del mismo ⁵⁹ . |

- Igualmente, la fundación en la propuesta presentada para la contratación cuyo objeto era la adquisición de

⁵⁷ Fl. 244, cuaderno anexo N° 4, Fiscalía.

⁵⁸ Fl. 51, cuaderno anexo N° 8, Fiscalía.

⁵⁹ Fl. 260, cuaderno anexo N° 4, Fiscalía.

bibliotecas técnicas y tecnológicas mencionó los pliegos de condiciones en los siguientes apartados:

| | |
|--|---|
| Propuesta técnica: | Nos comprometemos a entregar en un plazo de 30 días las obras, cuyo contenido cumplen las especificaciones técnicas, características y cantidades dadas en los pliegos o términos de referencia ⁶⁰ . |
| Valor de la propuesta (anexo 2): | Nos comprometemos a entregar la mercancía en óptimas condiciones en el Almacén de la Secretaría de Desarrollo de la Educación Departamental, de acuerdo a los términos de referencia de la Contratación Directa ⁶¹ . |
| Certificado de la aseguradora Condor S.A.: | De acuerdo al asunto de la referencia, según pliego de condiciones numeral 2.2.4. CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES, se permite manifestarles que está en capacidad expedir el amparo de Calidad de los Elementos, por el 10% del valor del contrato y por el término de duración del mismo ⁶² . |

- En el informe de verificación jurídica efectuada al proyecto que culminó en los contratos cuestionados⁶³, los firmantes advierten que *«La verificación que [presentaron] está de conformidad con los principios establecidos en el Estatuto general de Contratación Pública, Ley 80 de 1993, sus decretos reglamentarios y las consignadas en los términos de referencia de esta contratación. Además, que, [r]evisado los documentos contentivos de la propuesta se pudo verificar que el proponente, EMPRESA INSTITUTO BALDO cumplió los términos de ley y de los pliegos de condiciones, por tanto, es procedente para la evaluación.»*

- En el acta de cierre del proyecto⁶⁴ se dejó constancia de que *«una sola empresa adquirió los pliegos» en la forma prevista en los pliegos elaborados por la entidad.*

⁶⁰ Fl. 304, cuaderno anexo N° 4, Fiscalía.

⁶¹ Fl. 51, cuaderno anexo N° 8, Fiscalía.

⁶² Fl. 78, cuaderno anexo N° 9, Fiscalía.

⁶³ Fls. 240 y 242, 285 a 286, cuaderno anexo N° 4, Fiscalía.

⁶⁴ Fls. 219 y 296, cuaderno anexo N° 4, Fiscalía.

Principio de publicidad

Sucede lo mismo cuando para predicar la infracción del principio de publicidad lo basa la Fiscalía en que no se dio aviso de los procesos contractuales que se abrieron para la adquisición de las bibliotecas según lo plasmado en el informe de Policía Judicial N° 967491 de 31 de marzo de 2016, por no haber hallado documento alguno al respecto, pues reitera la Sala que, el hecho de no encontrar en las instalaciones de la Gobernación evidencia que dé cuenta de las publicaciones de los procesos contractuales, no es óbice para concluir que las mismas no se realizaron, pues, además del extravío documental que se pudiera presentar por el paso del tiempo, hay elementos probatorios que sugieren que sí se llevó a cabo esta actividad, y que desvirtúan la irregularidad señalada por la Fiscalía, ya que Joaquín Adriano Vélez Serrano, otrora Secretario de Educación, manifestó que tenía entendido que los procesos contractuales fueron publicados por la Oficina Jurídica de la Gobernación⁶⁸ y en el acta de adjudicación de los contratos⁶⁹ se dispuso que *«de conformidad a lo señalado en la ley 80 de 1993 y decreto 2170 de 2002, se publico (sic) el presente proceso en la página (sic) WEB de la entidad.»*

Evaluación de las propuestas

Partiendo de la base de la ausencia del pliego de condiciones, la Fiscalía señala que resultaron infringidos los

⁶⁸ Fls. 208 a 213, cuaderno original N° 3, Fiscalía.

⁶⁹ Fls. 4 a 7, cuaderno anexo N° 8, Fiscalía.

principios de economía, responsabilidad y selección objetiva en el proceso de evaluación de las propuestas, pues: i) No se establecieron reglas para la conformación del comité evaluador, ni parámetros de calificación de las propuestas; ii) se desconoce el baremo aplicado para la calificación de la evaluación financiera; iii) la evaluación técnica y jurídica se realizó conforme a unos pliegos de condiciones inexistentes, por ende, los estudios carecieron de soportes previos; iv) en la documentación incorporada no se encontró acto de delegación para la calificación de las propuestas, ni acta de conformación del comité; y v) en los factores de calificación de la evaluación técnica y jurídica la labor de los funcionarios se limitó a establecer si el proponente cumplía o no unos criterios, sin justificar cada ítem y sin analizarlos con la seriedad demandada.

Sobre las tres primeras irregularidades esta Sala advierte que no es posible darlas por acreditadas teniendo en cuenta que se fundaron en la ausencia de pliegos de condiciones y como ya se concluyó en líneas anteriores, en el plenario obran pruebas que dan cuenta de su existencia, o que por lo menos siembran duda al respecto.

En cuanto al vacío probatorio del acto de delegación, la Sala remite a lo ya considerado a partir de la página 41, aspecto que como ya se anotó, conspiraría incluso contra el principio de tipicidad estricta.

Y en relación con los factores de calificación técnica y jurídica de los contratos, no le asistiría razón a la Fiscalía

cuando pregona el desconocimiento de la razón de ser tales criterios, pues en el oficio que evaluó la propuesta se dispuso claramente que esta verificación obedecía a los principios de la Ley 80 de 1993, sus decretos reglamentarios y las consignaciones hechas en los términos de referencia de estas contrataciones⁷⁰.

Finalmente, la afirmación del instructor, según la cual los secretarios de la Gobernación no realizaron una «calificación seria de cada ítem», encuentra la Sala que el análisis de fondo que se extraña en la evaluación jurídica no era exigible en ese momento, ya que allí sólo pretendía verificar que dentro de la propuesta presentada por la *Fundación Instituto Baldo para el Desarrollo de las Organizaciones* se encontraran los documentos exigidos legalmente y en los pliegos de condiciones para su participación, de ahí que la calificación se anotara: «Revisados los documentos contentivos de la propuesta se pudo verificar que el proponente, EMPRESA INSTITUTO BALDO cumplió los términos de ley y de los pliegos de condiciones, por tanto, es procedente para la evaluación»⁷¹.

Además, debe tenerse en cuenta que Joaquín Adriano Vélez, Secretario de Educación, en diligencia del 16 de octubre de 2018, recordó que le correspondió la evaluación técnica de la propuesta⁷², agregando que en esta también participó el Secretario de Hacienda⁷³. Por su parte, Raúl Sánchez Varela, secretario General, en declaración ante esta

⁷⁰ Fls. 240, 242 y 285 a 286, cuaderno anexo N° 4, Fiscalía.

⁷¹ Fls. 240, 242 y 285 y 286, cuaderno anexo N° 4, Fiscalía.

⁷² Fl. 210, cuaderno original N° 3, Fiscalía.

⁷³ Fl. 212, cuaderno original N° 3, Fiscalía.

Sala, al ponérsele de presente el documento con su firma, manifestó desconocer las razones por las que lo firmó, estimando que lo pudo haber realizado por protocolo⁷⁴, no obstante, en ningún momento negó haberlo suscrito y, finalmente a Edgardo Díaz Hamburguer, Secretario de Hacienda no se le preguntó en su declaración respecto de la evaluación técnica jurídica, sino de la financiera, que en principio dijo no recordar⁷⁵, pero luego reconoció su firma en el documento, sin que ninguno de ellos hubiera negado haber participado en el trámite precontractual.

Pero si bien se cometieron algunas irregularidades en el trámite contractual, no es posible avalar la postura de la Fiscalía cuando pregonó la responsabilidad penal de INFANTE VERGARA basada en que como representante legal de la Gobernación del Magdalena, conoció cada una de ellas y, pese a ello, no desplegó actuación alguna dirigida a impedir los resultados ilícitos que de ellas se derivaron, en cuanto hay pruebas que denotan que actuó amparado en el principio de confianza y ejerció tal control y vigilancia sobre sus dependientes, sin que medie evidencia de haber sido informado de alguna anomalía en el trámite contractual.

Así, se tiene que los funcionarios de la Gobernación del Magdalena que ejecutaron la fase precontractual fueron: i) Joaquín Adriano Vélez Serrano, Secretario de Educación; ii) Raúl Sánchez Varela, Secretario General; iii) Paul Correa

⁷⁴ Audiencia del 28 de marzo de 2023, cd. 1, min. 20:30, Sala Especial de Primera Instancia.

⁷⁵ Audiencia del 28 de marzo de 2023, cd. 1, min. 03:19:30, Sala Especial de Primera Instancia.

Silva, Director Oficina jurídica; *iv)* Edgardo Díaz Hamburguer, Secretario de Hacienda; *v)* Claudia Pricoli Brigante, Profesional Especializado; *vi)* Alfonso Sará, Asesor del Departamento; *vii)* Aroldo Núñez Navarro, Profesional Especializado y *viii)* Alfredo Carlos Rocha, Profesional Universitario de Planeación Departamental.

La participación de las personas mencionadas se encuentra acreditada a través de los siguientes elementos de prueba:

- El 4 de octubre de 2007 fue expedido el certificado de disponibilidad presupuestal N° 1599 cuyo objeto se denominó *«dotación infraestructura educativa, mobiliario, equipos didácticos, material pedagógico, textos y equipo para establecimientos educativos (abierto)»*⁷⁶ y el 5 de octubre de 2007, fue proferido el certificado de disponibilidad presupuestal N° 1604 para la *«dotación infraestructura educativa, mobiliario, equipos y material didáctico, textos y equipo para establecimientos educativos»*⁷⁷, los dos documentos fueron solicitados por **Joaquín Adriano Vélez Serrano**,

- Los estudios de conveniencia para los proyectos que culminaron en los contratos⁷⁸, fueron suscritos también por **Joaquín Adriano Vélez Serrano**.

- En los informes de radicación y viabilidad de los proyectos denominados *«compra de bibliotecas de apoyo a la*

⁷⁶ Fl. 223, cuaderno anexo N° 4, Fiscalía.

⁷⁷ Fl. 223, cuaderno anexo N° 4, Fiscalía.

⁷⁸ Fls. 222 y 270, cuaderno anexo N° 4, Fiscalía.

y tecnológicas⁸⁶, advirtiendo que solo se había presentado uno con la intención de participar en el proceso.

- El 11 de octubre de 2007, se expidió el acta de cierre de las contrataciones directas para la adquisición de "bibliotecas de apoyo a la formación escolar"⁸⁷ y "bibliotecas técnicas y tecnológicas"⁸⁸, suscritas por los funcionarios **Alfonso Sará** y **Claudia Pricoli Brigante**.

- Los informes de verificación jurídica de las propuestas presentadas para los contratos⁸⁹ fueron suscritos por **Joaquín Adriano Vélez, Serrano, Raúl Sánchez Varela, Paul Correa Silva** y **Edgardo Díaz Hamburguer** y proyectados por **Claudia Pricoli Brigante**.

- El informe de la evaluación técnica de la propuesta presentada para la adquisición en calidad de compra bibliotecas de apoyo a la formación escolar para los estudiantes de las distintas instituciones educativas de los municipios no certificados del departamento del Magdalena fue suscrito por **Joaquín Adriano Vélez Serrano**, Secretario de Educación⁹⁰.

- El 17 de octubre de 2007, Adriana Villalba Puerta, quien ostentaba el cargo de técnico operativo, remitió a **Paul Correa Silva**, Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento, la documentación con la correspondiente evaluación financiera de la propuesta presentada por la *Fundación*

⁸⁶ Fl. 297, cuaderno anexo N° 4, Fiscalía.

⁸⁷ Fl. 219, cuaderno anexo N° 4, Fiscalía.

⁸⁸ Fl. 296, cuaderno anexo N° 4, Fiscalía.

⁸⁹ Fls. 240 y 252; 285 a 286, cuaderno anexo N° 4, Fiscalía.

⁹⁰ Fls. 238, 239 y 241, cuaderno anexo N° 4, Fiscalía.

encargado por no ser parte de la clase política del departamento del Magdalena¹¹⁰, agregando que, el aforado: «no tenía ninguna experiencia jurídica y por eso se rodeaba de abogados. Él confiaba en todos los abogados que hubiera en las diferentes dependencias, pero no creo que tuviera algún criterio para saber qué firmaba desde el punto de vista normativo¹¹¹».

Teniendo en cuenta que no era un experto en temas jurídicos, se tiene que el gobernador adelantó una serie de actuaciones para suscribir los contratos con la plena seguridad de que se ajustara a los parámetros legales, como se evidencia a continuación:

- Cuando arribó a la Gobernación del Magdalena, una de las primeras actividades que realizó como mandatario fue la reestructuración de su gabinete, para lo cual, retiró a los secretarios que venían de la administración anterior, para nombrar en esos cargos a las personas de su confianza e idóneas. En sus propias palabras: *«No quedó ninguno, yo los cambié a todos y nombré a mi gente, mi equipo. Gente técnica, gente que, si bien algunos tenían actividad política evidente, eran personas que yo escogí, yo los cambié, yo conocía la trayectoria de muchos de ellos, algunas eran recomendadas, pero eran conocidas al mismo tiempo¹¹²».*

- Así mismo, a pesar que no fue allegado al expediente, se dice que expidió el Decreto 376 de 2007, por medio del cual derogó los actos administrativos de su antecesor, específicamente, los concernientes a la ordenación del gasto

¹¹⁰ Audiencia pública del 28 de marzo de 2023, cd. 3, min: 01:39:05, Sala Especial de Primera Instancia.

¹¹¹ Audiencia pública del 28 de marzo de 2023, cd. 1, min: 01:41:40, Sala Especial de Primera Instancia.

¹¹² Fts. 31 y 32, cd. 1, min: 01:15:39, cuaderno original N° 3, Fiscalía.

y procedimientos en materia de contratación administrativa adjudicada en algunos funcionarios, esto como una estrategia para poder ejercer control sobre todas las etapas de la contratación dado el estado de desorganización en que se encontraba la entidad territorial.

Lo anterior es corroborado por José Eduardo Barreneche, cuando indicó que: *«recuerdo que en su momento existió un decreto donde el gobernador asumió las funciones, pero no como una forma de concentrar funciones, sino como un mecanismo, toda vez que llegamos a un contexto de total desorden. Acá quiero dar un contexto, cuando el gobernador Francisco Infante se posesionó, acababan de dictar medida de aseguramiento al anterior gobernador y en ese momento había un total desorden, realmente, cuando yo llegué a mí nadie me entregó una serie de documentos, que uno espera tener una organización, a pesar de haber escáner, lo que encontraron fue una serie de contratos desorganizados y en ese momento es que se saca el decreto para tomar las riendas con el fin de controlar, porque habían muchos procesos dispersos y nadie respondía por nada. Sin perjuicio de que el gobernador asumiera esas funciones cada secretario era responsable de todo el proceso a efectos de que cumpliera con todos los requisitos legales y presupuestales y que efectivamente estuviese dentro del plan de gobierno»¹¹³.*

- Según las declaraciones de José Eduardo Barreneche¹¹⁴ y Edgardo Díaz Hamburguer¹¹⁵, el aforado les insistió en que las actuaciones fueran adelantadas con

¹¹³ Audiencia pública del 28 de marzo de 2023, cd. 1, min: 01:32:30, Sala Especial de Primera Instancia.

¹¹⁴ Audiencia pública del 28 de marzo de 2023, cd. 1, min: 01:52:20, Sala Especial de Primera Instancia.

¹¹⁵ Audiencia pública del 28 de marzo de 2023, cd. 1, min: 03:08:00, Sala Especial de Primera Instancia.

transparencia, selección objetiva y buscando la optimización de recursos.

- La Oficina Jurídica de la Gobernación era la encargada de acompañar el trámite contractual de los proyectos presentados por los secretarios, realizando la validación legal y otorgando el visto bueno a los documentos antes de serle remitida al gobernador.

De ello da cuenta el Secretario General Raúl Sánchez cuando en su declaración afirmó: *«en mi caso si yo tenía algún requerimiento para el funcionamiento de mi área administrativa de la gobernación se llevaba a la oficina de jurídica, encargada de la contratación y ellos se encargaban de mirar, no sé cómo sería el proceso, quiénes serían los oferentes y ellos decidían quien era la persona adecuada para ejecutar la solicitud de cada secretaria, elaboraban los contratos, le ponían un visto bueno y pasaba a la gobernación, los asesores del gobernador firmaban y le ponían el visto bueno y firmaba el gobernador»*¹¹⁶.

- A pesar de que la revisión contractual la realizaba la Oficina Jurídica del Departamento, a cargo del Paul Correa Silva, el aforado tenía un grupo de asesores jurídicos adscritos a su despacho quienes efectuaban una nueva revisión, como lo explicó en su interrogatorio en la audiencia pública: *«había unos protocolos y a través de ellos se formaba una especie de filtro. Era mi tranquilidad, no solo había un cuerpo jurídico, sino que había otro cuerpo jurídico cerca de mí, yo lo quise que fuera así. Tengo un secretario privado que me daba, después que pasaba por Paul Correa que era el secretario jurídico, volvía a haber otro filtro en lo*

¹¹⁶ Audiencia pública del 28 de marzo de 2023, cd. 1, min: 30:40, Sala Especial de Primera Instancia.

jurídico, aquí ya habla un aspecto técnico y financiero que había sido revisado»¹¹⁷.

Esa revisión adicional a cargo de abogados adscritos al despacho del gobernador la corrobora Raúl Sánchez Varela en su declaración: *«la tramitología de las solicitudes que se hacían era la siguiente, cada secretario, si tenía algún requerimiento, hacía la solicitud con el departamento jurídico, el departamento jurídico era el que organizaba el requerimiento, el que organizaba si había alguna cotización o si había necesidad de algún contrato por el monto, organizaban esa parte y cuando ya estaba lista para la firma del gobernador lo remitían al despacho y el gobernador antes de firmar tenía en su despacho unos asesores jurídicos, no recuerdo el nombre, pero previamente debía llevar el visto bueno de la oficina jurídica, me imagino que debía llevar el visto bueno de los asesores jurídicos que estaban adscritos al despacho y luego de todo eso el gobernador firmaba»¹¹⁸.*

Todo lo anterior permite concluir que el enjuiciado no quebrantó el principio de responsabilidad, pues, pese a su escaso conocimiento en asuntos de contratación estatal, realizó una serie de actividades tendientes a asegurar que los trámites precontractuales de los negocios jurídicos 346 y 347 de 2007 se adelantaran conforme a las disposiciones legales en la materia, por ende, estaba autorizado para confiar en la gestión adelantada por sus subordinados, ya que eran expertos en tópicos técnicos y jurídicos, además, las evaluaciones de los aludidos contratos allegadas a su despacho daban cuenta de la verificación de los requisitos de cada etapa.

¹¹⁷ Fls. 31 y 32, cd. 1, min: 01:15:39, cuaderno original N° 3, Fiscalía.

¹¹⁸ Audiencia pública del 28 de marzo de 2023, cd. 1, min: 28:08, Sala Especial de Primera Instancia.

procesos contractuales cuyo objeto era la adquisición de bibliotecas¹²³.

Además, el 7 de noviembre de 2007, la Gobernación del Magdalena, en una sola transferencia, pagó a la *Fundación Instituto Baldo* los dineros concernientes a los contratos 346 y 347 de 2007 por un valor de \$483.658.662¹²⁴, monto que equivale a la sumatoria del valor neto que se dispuso en las órdenes de pago N° 4822¹²⁵ y 4823¹²⁶ y siendo consignada directamente a la cuenta de ahorros del contratista en el Banco Popular¹²⁷.

Es relevante resaltar que Ortiz Chaparro tampoco negó haber conocido de los procesos contractuales, pues al cuestionarle el instructor sobre su conocimiento al respecto, dijo que posiblemente se enteró de ello por medio de Gabriel López¹²⁸ y que éste adquirió los documentos necesarios para presentar la propuesta a la Gobernación del Magdalena a través de la misma fundación, reconociendo que él no atendía esas diligencias personalmente, porque las llevaba a cabo su asistente¹²⁹.

De lo declarado por Hernán Ortiz Chaparro se establece que Gabriel López fungía como su representante comercial en la ciudad de Santa Marta, y si bien puede surgir la

¹²³ Fls. 107 a 108, cuaderno anexo N° 8 y fls. 115 a 116, cuaderno anexo N° 9, Fiscalía.

¹²⁴ Fl. 153, cuaderno N° 1, Sala Especial de Primera Instancia.

¹²⁵ Fl. 20, cuaderno anexo N° 13, Fiscalía.

¹²⁶ Fl. 121, cuaderno anexo N° 9, Fiscalía.

¹²⁷ Fl. 31, cuaderno anexo N° 13, Fiscalía.

¹²⁸ Fl. 197, cuaderno original N° 3, Fiscalía.

¹²⁹ Fl. 197, cuaderno original N° 3, Fiscalía.

administraciones, pese a ser gobiernos diferentes y apareja conclusiones imprecisas.

Pero además, el valor probatorio de las pruebas corresponde realizarlo netamente al juzgador, sin que sea dable que un auxiliar de la justicia califique o atribuya alguna responsabilidad penal en sus apreciaciones.

Así las cosas, además de las dudas probatorias evidenciadas en cuanto a las facultades transferidas a sus dependientes, de las pruebas se deduce que INFANTE VERGARA actuó bajo el principio de confianza, pues estimó que los funcionarios de su Gobernación encargados del trámite de la etapa precontractual la ejecutaron conforme a las disposiciones normativas de la materia, desconociendo de esta manera que su comportamiento era contrario a derecho y que su actuar enmarcaba en los elementos descriptivos y normativos del tipo penal de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, por ende se le absolverá por éste ilícito.

4.5.2. Del delito de peculado por apropiación

Superada la calidad de servidor público de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA ya que fue nombrado gobernador (e) del Departamento del Magdalena, en cuyo cargo tenía el atributo de administración, tenencia o custodia de bienes del departamento y ostentaba la calidad de ordenador del gasto del ente territorial, contando así con la competencia funcional o material para disponer de los recursos, pues, como jefe del ente territorial tenía la función de administrar

su presupuesto, se advierte que las dos vertientes de detrimento patrimonial presentadas por la Fiscalía, tanto lo concerniente a los sobrecostos, como el faltante de entrega de algunos textos, no hay elementos de juicio que permitan predicar que medió para ello una conducta dolosa de su parte destinada a que el contratista se apropiara de los caudales públicos.

De acuerdo con el informe de Policía Judicial N° 11-232136 de 6 de julio de 2018¹³², los sobrecostos en los contratos 346 y 347 de 2007 ascendió a \$436.757.800, ello de comparar las facturas 21837 y 21838 de 8 de noviembre de 2007, expedidas por el *Grupo Cultural de Colombia LTDA* con ocasión de la venta de las bibliotecas a la *Fundación Instituto Baldo* con un valor neto de \$39.319.200 y \$39.271.143, respectivamente, incluido en cada una lo concerniente al costo de la retención en la fuente y de los fletes, en tanto que la citada Fundación presentó a la Gobernación del Magdalena, las facturas 531 y 532 con fecha 26 de octubre de 2007, por valor de \$259.200.000 y \$258.868.000 razón por la cual la entidad territorial realizó la respectiva erogación según las órdenes de pago 4822 y 4823 del 30 de octubre de 2007.

En tal medida se precisó que sobrecosto en el contrato 346 este ascendió a \$218.520.000 y en el 347 fue de \$218.237.800, indicando la perito que no pudo determinar el margen de utilidad debido a no hallar los pliegos de condiciones económicas de los contratos, ni información al

¹³² Fla. 266 a 279, cuaderno original N° 2, Fiscalía.

respecto y que no hizo estudio de mercado para comparar los precios frente a otras editoriales, toda vez que el *Grupo Cultural de Colombia LTDA*, era la única empresa que distribuía las obras relacionadas en las facturas de venta.

Evidentemente, de acuerdo con las facturas tanto de compra por parte de la fundación y su posterior venta a la Gobernación se tiene lo siguiente:

| Objeto de los contratos | Compra de la Fundación al Grupo Cultural Colombia | Venta de la Fundación a la Gobernación | Órdenes de pago expedidas por la Gobernación |
|-------------------------|---|--|--|
| 346 | \$39.319.200 ¹³² | \$259.200.000 ¹³⁴ | \$241.984.375 ¹³⁵ |
| 347 | \$39.271.143 ¹³⁶ | \$259.888.000 ¹³⁷ | \$241.574.287 ¹³⁸ |

Lo que corresponde a las órdenes de pago N° 4822¹³⁹ y 4823¹⁴⁰, de cada uno de los contratos fueron consignados el 7 de noviembre de 2007, en una sola transferencia, a la cuenta de ahorros que la Fundación Instituto Bako tenía en el Banco Popular, por un valor total de \$483.658.662¹⁴¹, de lo cual refulge sobrecosto, ya que el valor de estos se fijó en un 559% más del costo real de los productos.

Si bien de manera general es dable que los contratistas obtengan utilidades con ocasión a los negocios que suscriben con las entidades públicas y que al momento de fijar el precio

¹³² Fl 13, cuaderno anexo N° 13, Fiscalía.

¹³⁴ Fl 28, cuaderno anexo N° 7, Fiscalía.

¹³⁵ Siendo descontados por la administración la suma de \$17.215.625 por concepto de tasas e impuestos.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ Fl 29, cuaderno anexo N° 7, Fiscalía.

¹³⁸ Siendo descontados por la administración la suma de \$17.193.287 por concepto de tasas e impuestos.

¹³⁹ Fl 20, cuaderno anexo N° 13, Fiscalía.

¹⁴⁰ Fl 121, cuaderno anexo N° 9, Fiscalía.

¹⁴¹ Fl. 153, cuaderno N° 1, Sala Especial de Primera Instancia.

se deban analizar diferentes circunstancias como aquellos valores de costos directos, indirectos, las diferentes tasas, impuestos y retenciones que le son descontados, lo cierto es que tales ganancias han de ser razonables, situación que no se presentó en los contratos que hoy estudia esta Colegiatura, donde la utilidad ascendió a un porcentaje exorbitante, con el consecuente detrimento económico en el erario departamental del Magdalena.

Aunque la Contraloría General de la Nación en decisión en grado de consulta de 15 de marzo de 2017, revocó el fallo que declaraba responsable fiscal a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA por el sobre costo en los contratos 346 y 347 de 2007, advirtiendo que no hubo objetividad en la determinación del daño al patrimonio público al no ser posible establecerlo con la simple comparación del precio real del elemento y el valor de venta de la entidad territorial, sino que era menester contar con otros elementos, advertir ausencia de objetividad en la determinación del daño al patrimonio público en estos términos sería cohonestar la apropiación de estos dineros, pues deviene claro que un tercero se hizo suyos dineros de la entidad territorial.

Es claro que el sobreprecio deviene como consecuencia de la deficiente ejecución de la etapa precontractual, pues como quedó evidenciado en la descripción del tipo objetivo del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* desde los estudios previos se presentaron falencias que desencadenaron esta situación, pues en el estudio de conveniencia como *"soporte económico"* solo señaló que se iba

a expedir un certificado de disponibilidad presupuestal¹⁴², sin evidenciarse un estudio de mercado que hubiera permitido establecer un valor aproximado de las bibliotecas que iba a adquirir la Gobernación del Magdalena.

Además, se tiene que el 16 de octubre de 2007 la entidad territorial consultó en el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal (SICE) el precio de las bibliotecas que ofertó la contrista, sin embargo, el aplicativo arrojó como resultado que los códigos CUBS incorporados no existían¹⁴³. Pese a esta respuesta, el funcionario encargado de verificar el precio de los bienes ocultó esta información y validó el valor presentado por el oferente, máxime que la editorial Grupo Cultural de Colombia Ltda., era la única distribuidora en el país de los textos.

De otra parte, la Fiscalía presentó otra situación que generó la apropiación de recursos por parte terceros, ya que en el referido Informe de Policía Judicial N° 11-232136 se advierte que se cumplió el objeto de los contratos 346 y 347, pues los textos ingresaron con las especificaciones técnicas y las cantidades detalladas, según los comprobantes de ingreso 016¹⁴⁴ y 017¹⁴⁵ del 30 de octubre de 2007, sin embargo, los documentos que acreditaban la entrega respectiva a las instituciones arrojaban que el valor de lo

¹⁴² Fl. 230 y 270, cuaderno anexo N° 4, Fiscalía.

¹⁴³ Certificados de consulta del precio indicativo N° 2034731, 2034734, 2034739, 2034744 y 2034756.

¹⁴⁴ Fl. 40, cuaderno anexo N° 13, Fiscalía.

¹⁴⁵ Fl. 44, cuaderno anexo N° 13, Fiscalía.

entregado ascendía a \$477.052.520, con una diferencia de \$41.015.480¹⁴⁶, sin que se hayan encontrado los comprobantes que respaldaran tal diferencia.

Al respecto la Sala destaca que Lilia Hortensia Díaz de Muñoz, almacenista encargada de recibir y entregar las bibliotecas a las instituciones, advirtió en su declaración que hizo la entrega completa de los elementos, pero que podría demostrarlo ya que a su dependencia arribó la Contraloría y le desarmó los folders con la información¹⁴⁷.

La anterior situación es corroborada en el informe de policía judicial N° 11-232136 en el sentido que: *no fue posible establecer cuáles instituciones educativas de los municipios no certificados del Departamento del Magdalena, resultaron beneficiadas con el suministro de los elementos contratados mediante los contratos de compra venta Nos. 346 y 347 del 23 de octubre de 2007¹⁴⁸. Por lo tanto, no hay certeza de que las 32 actas de egreso referenciadas por el perito contable correspondan a la totalidad de bibliotecas entregadas a las instituciones del Magdalena, aún más si se tiene en cuenta que por el paso del tiempo, esto es, 11 años, contados desde la entrega de los libros hasta la práctica de la inspección, pudieran haberse extraviado.*

Sin embargo, en lo relativo a los sobrecostos no es posible predicar la tipicidad objetiva, toda vez que se probó que el enjuiciado ejecutó la conducta con la confianza de que

¹⁴⁶ Pues el valor de las bibliotecas fue de \$518.068.000.

¹⁴⁷ Fl. 206, cuaderno original N° 3, Fiscalía.

¹⁴⁸ Fl. 277, cuaderno original N° 2, Fiscalía.

la labor desarrollada por los funcionarios de su departamento se ajustaba a los lineamientos normativos de la época y, por ende, que no se presentarían apropiaciones del erario en favor de terceros. Además, cumplió con sus deberes de vigilancia que como ordenador del gasto le eran exigibles lo que le permitió llegar a esa conclusión.

Para la Sala es clara la diferencia y autonomía de los dos ilícitos en estudio, esto es, el *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* del *de peculado por apropiación en favor de terceros*, pero aquí puede vislumbrarse la relación ya que al no poderse establecer el compromiso penal de enjuiciado en el ilícito contractual, se refleja en el de carácter patrimonial, si se tiene en cuenta que, como se destacó anteriormente en el trámite de los contratos 346 y 347 de 2007 el enjuiciado actuó bajo el principio de confianza, no tuvo conocimiento de las irregularidades a su interior, pues contrariamente, sus fases contaron con el aval de los secretarios, la oficina jurídica y el grupo de abogados adscritos al Despacho del gobernador, de ahí que los suscribió bajo el convencimiento de que la tramitación se ajustó a las disposiciones legales de la materia una vez llevó a cabo una conducta diligente en procura de vigilar, supervisar y controlar las tareas adelantadas por sus dependientes cumpliendo así con el principio de responsabilidad.

Del solo hecho de haber pagado las sumas ofrecidas por la *Fundación Baldo* no es posible atribuirle jurídicamente que se apropió en favor de terceros de los dineros que resultan de

endilgadas en calidad de gobernador (e) del Departamento del Magdalena.

SEGUNDO. - CANCELAR, una vez en firme esta decisión, todas las anotaciones emitidas en contra de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, con ocasión de este proceso.

TERCERO. - DISPONER, que por Secretaría se libren las comunicaciones a que haya lugar.

CUARTO. - PRECISAR, que contra esta sentencia procede el recurso de apelación, en el efecto suspensivo, ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

QUINTO. - ARCHIVAR definitivamente el expediente, una vez en firme esta decisión-

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado
Salvamento de voto

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada

JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario

347 de 23 de octubre de 2007 con la Fundación BALDO, sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, a sabiendas de que carecían de estudios previos y que se había fraccionado su objeto para evadir la licitación pública, vulnerando los principios de planeación, transparencia y responsabilidad de la Ley 80 de 1993. Ilícito que fue el medio empleado para permitir que la contratista acrecentara ilegalmente su patrimonio, pues según lo acreditado el acusado realizó la conducta fundamentalmente para favorecerla; fundado en los siguientes argumentos:

1. En relación con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, el fallo concluyó que en este evento existe atipicidad objetiva ya que pese a demostrarse la concurrencia de una serie de irregularidades en la tramitación de los contratos, se demostró que el aforado ejecutó su conducta amparado en el principio de confianza, por cuanto cumplió con sus deberes de vigilancia y control, de modo que no se le puede atribuir jurídicamente los defectos acaecidos en la fase precontractual.

Contrario al parecer de la Sala mayoritaria, en mi criterio la prueba evidencia que el acusado creó un riesgo jurídicamente desaprobado al no cumplir con los deberes derivados de la desconcentración del trámite, al no dirigir, vigilar y controlar que los subordinados adelantaran dicha fase precontractual observando los requisitos legales esenciales, descartando el amparo del principio de confianza, como paso a evidenciar.

1. En primer lugar, debo afirmar, opuesto al parecer de la mayoría, que si bien no se encontró el texto del Decreto 376 de 2007, ello no impide darlo por acreditado, ya que en el desarrollo del fallo se da por probado que el trámite estaba desconcentrado en la secretaria del ramo y en otras dependencias, además, debido al sistema de valoración probatoria que nos rige los demás medios probatorios pueden demostrar su existencia.

Vigencia ratificada en la ampliación del testimonio de JAOQUÍN ADRIANO VÉLEZ SERRANO, Secretario de Educación, al leer apartes del Decreto 376, de cuya existencia también hay constancia en la investigación penal que se sigue en su contra, cuyas piezas procesales fueron trasladadas a este proceso (indagatoria y resolución que definió su situación jurídica)¹; hecho admitido por el procesado en la indagatoria al asegurar que derogó la normatividad sobre delegación contractual de la administración anterior para controlar las etapas contractuales ante las irregularidades que se presentaban².

En consecuencia, se demostró que la fase precontractual estaba desconcentrada, por lo que era un imperativo legal del acusado velar porque los funcionarios que intervenían en ella, la impulsaran respetando los requisitos legales esenciales.

Pues bien, la prueba documental permite concluir que el líder de la etapa precontractual fue VÉLEZ SERRANO,

¹ Cfr. Cuaderno anexo n°. 3 original de instrucción.

² Cfr. Indagatoria. 3 de agosto de 2018.

Secretario de Educación, fase en la que participaron las Secretarías General, de Hacienda, de Planeación y la Oficina Jurídica, según se observa en el CD donde consta el trámite de cada contrato³.

Así lo ratifica los testimonios de VÉLEZ SERRANO, Secretario de Educación, RAÚL SÁNCHEZ VARELA, Secretario de General, PAUL CORREA SILVA, Jefe de la Oficina Jurídica, EDGARDO DÍAZ HAMBURGER, Secretario de Hacienda, CLAUDIA PRICOLI BRIGANTE, Profesional Especializada, ALFONSO SARÁ IBÁÑEZ, asesor del departamento, AROLDO NÚÑEZ NAVARRO y ALFREDO CARLOS ROCHA NORIEGA, profesionales de Planeación departamental; quienes pregonaron que el trámite precontractual se adelantaba en esas dependencias, circunstancias de las cuales el acusado tuvo conocimiento como en efecto lo admitió⁴.

Ahora bien, como la Sala mayoritaria da por probado, en ello estoy de acuerdo, que los estudios de conveniencia y oportunidad de los contratos investigados incumplieron el artículo 8° del decreto 2170 de 2002, porque se hicieron de manera abstracta, no refieren el motivo concreto que condujo a adquirir las bibliotecas, ni indican el origen de la exigencia contractual, pretermitieron señalar cómo los contratos suplirían la necesidad, además, no determinaron cuál era el precio del mercado de referencia para la contratación proyectada; deficiencias que considero el enjuiciado las habría

³ Cfr. Folio 137 a 138 del cuaderno original de instrucción n°. 2.

⁴ Cfr. Indagatoria. 3 de agosto de 2018.

detectado fácilmente si hubiese revisado las minutas al momento de suscribir los contratos, ya que avaló previamente la compra y los estudios previos.

En efecto, es palmario que la necesidad se presentó en los estudios previos de manera abstracta y genérica, ya que no refleja un motivo en concreto que llevara a autorizar la compra, en consecuencia, ninguna dificultad conllevaba detectar que no se describía el origen de la supuesta necesidad de la compra de las bibliotecas, y que no contenía como anexo las cotizaciones o estudios de mercadeo que soportaran el valor de los contratos.

De la misma manera, era detectable al revisar la carpeta de los contratos una vez pasaron para su firma, que anexo a los estudios previos no obraban las peticiones escritas presentadas por algunos rectores, o constancia de las postulaciones verbales a las que alude el testigo VÉLEZ SERRANO; por lo tanto, que la necesidad de la compra aparecía ayuna de respaldo. Ausencia que habría percibido el acusado con la sola lectura de los anexos de las minutas previo a firmarlas, como era su deber legal.

Las anomalías destacadas en las páginas 49, 50 y 51, insisto, eran de fácil descubrimiento y conocimiento del procesado, con la lectura simple de los estudios previos que hacían parte de la carpeta que le fue entregada para suscribir los contratos.

Los estudios previos en ambos contratos constan de media página sin que se requiriera de conocimientos profundos en contratación para concluir que no había ilustración sobre la conveniencia y oportunidad⁵ y que se trataba de un simple formato con los mismos errores ortográficos⁶, en los que solo se cambió el objeto contractual.

Sobre el particular la prueba documental acredita (CD de los contratos) que los antecedentes administrativos de los contratos aluden a que se aplicó el artículo 8° del Decreto 2170 de 2002, empero, ello fue solo formalmente⁷ porque en la definición de la necesidad se consignó abstractamente que su fundamento era la Ley 715 de 2001 (sobre el Sistema General de Participaciones), es decir, no se expuso el motivo por el cual se debían adquirir las bibliotecas, el origen de esa necesidad, el por qué se escogieron las instituciones educativas y cuál era el precio del mercado para la contratación de los objetos contractuales, omisiones de elemental entendimiento, y que cualquier persona que hubiese revisado las carpetas lo habría notado.

⁵ Cfr. Anexo original de Fiscalía n°. 13.

⁶ *Ibidem*. Por ejemplo, en la palabra "ley" sin mayúscula al referirse a la Ley 80 de 1993; "elaborador" por elaborados.

⁷ Cfr. Artículo 8. "De los estudios previos. En desarrollo de lo previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios en los cuales se analice la conveniencia y la oportunidad de realizar la contratación de que se trate, tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección y deberán contener como mínimo la siguiente información: 1. La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación. 2. La definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño. 3. Las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo. 4. El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato. 5. El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista".

Si dichas irregularidades las debió advertir el acusado, con mayor razón debió notar el fraccionamiento de los contratos. Bastaba leer los argumentos que el fallo ofrece en las páginas 54 a la 56 para concluir que de haber revisado la carpeta y leído los estudios previos, habría percibido que los objetos de los dos contratos eran similares y que había unidad, lo que forzaba a su contratación mediante licitación pública y no directa como se hizo fraccionando el objeto en dos por valores un poco menos de la menor cuantía, recuérdese que el valor del contrato N°. 346 fue de \$259.200.000 y el N° 347 de \$258.868.000, montos que estaban solo unos pesos por debajo de la menor cuantía (\$260.220.000), circunstancias que es elemental conociera el acusado, y de las que se deduce que sabía que en el trámite se habían incumplido los requisitos legales esenciales, razón por la cual no verificó su cumplimiento y procedió a firmarlos.

Nótese que sobre las cuantías el procesado admitió conocerlas, afirmando que según estas se aplicaban las reglas de la contratación directa o de la licitación pública, diferenciando los trámites⁸, conocimiento que adujo lo adquirió porque fue contratista "público y privado" antes de ser gobernador.

Dicho en otras palabras, es claro, que si el procesado no revisó las minutas y sus anexos antes de firmarlas ello obedeció a que era consciente que en el trámite se habían incumplido

⁸ Cfr. Indagatoria. 3 de agosto de 2018.

los requisitos legales esenciales, por lo que el tipo objetivo como subjetivo se reunían en este caso para condenar.

2. Que el trámite estuviera desconcentrado con participación de múltiples subalternos para nada exonera de responsabilidad al acusado porque debía, así contara con ellos, verificar personalmente el cumplimiento de los requisitos legales esenciales previo a la firma de los contratos y no atenerse a los avales presentados por ellos, su función no era de autenticador o tramitador, debía velar porque las atribuciones desconcentradas se cumplieran obligatoriamente.

Sobre el particular esta Corte tiene establecida una línea jurisprudencial consolidada, relativa a que la función de un gobernador no se agota con un examen formal, ni con la firma mecánica de los contratos. Comprensión de la que se extraen las siguientes reglas:

El ordenador del gasto no puede escudarse en el principio de confianza y buena fe argumentando que no revisó el contrato antes de firmar porque esa labor la hizo una de las dependencias a su cargo, dado que su obligación es la de verificar el cumplimiento de los requisitos legales y la única forma de hacerlo es leyendo al menos integralmente el documento, dando cumplimiento de esta forma a sus deberes legales⁹.

Si bien la administración pública es compleja pues requiere la intervención de diversos funcionarios, no por ello

⁹ Cfr. CSJ SP 21 junio 2010, rad. 30677

puede aducirse como excusa el principio de confianza, dado que la función del ordenador del gasto no se agota con el examen formal de la actuación, ni con la firma mecánica de los contratos, su deber es observar o verificarlo actuado por sus subalternos.

Función que demanda una estricta labor de supervisión inexcusable, con ello se garantiza la legalidad de la actuación en consideración a que con su actuar compromete dineros públicos¹⁰. Rol que no se contrae a estampar su firma en la minuta, sino que trasciende en tanto es su responsabilidad que todo el trámite se haya adelantado conforme a la ley; de ahí la exigencia de los controles cuando exista desconcentración, pues ésta no convierte a sus representantes en meros tramitadores de las labores desarrolladas por los subalternos¹¹, ya que el principio de confianza está limitado por el de responsabilidad que tienen los ordenadores del gasto, y por la vigilancia que deben ejercer sobre los roles de sus subalternos, lo cual no hizo el aforado¹².

Tesis que esta Sala prohíja¹³, pues considera que es inadmisibile que un gobernador se desligue de las obligaciones inherentes a su función para convertirse en simple tramitador o avalador de las actividades desplegadas por el personal

¹⁰ Cfr. CSJ SP. 7 julio 2010, rad. 28508.

¹¹ Cfr. CSJ 9 febrero de 2005, rad. 21457.

¹² Criterio reiterado en la sentencia CSJ SP15528-2016, rad. 40383: *"Es más, la desconcentración en las diferentes fases contractuales, implica que los funcionarios que intervienen en ellas adopten decisiones vinculantes, por lo que si cada uno con sus acciones u omisiones incurre en conductas antijurídicas debe responder, y en el caso de quien suscribe los contratos, su responsabilidad deriva de la constatación del cumplimiento de cada uno de los requisitos en todas las etapas, pues al firmarlos está avalando las fases previas para comprometer el presupuesto.*

¹³ Cfr. CSJ SEP 00065-2029, rad. 41817, CSJ SEP105-2023, rad. 00242 y el sentido del fallo del radicado CSJ, AEP123-2023, rad. 50618.

subalterno. Su función no es solamente la de firmar los contratos mecánicamente, debe verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

Recientemente esta Sala adujo¹⁴:

Tercero, lo que el proceso demostró fue que el convenio ..., se tramitó y celebró con múltiples irregularidades de trascendencia penal, porque: i) se acudió a la contratación prevista en el artículo 355 de la Constitución Política para eludir la licitación pública¹⁵, ii) la entidad contratante no cumplía el requisito de idoneidad para desarrollar el objeto del contrato, pues no reunía las condiciones ni aptitudes para haber sido seleccionada en el proceso de licitación pública, presupuesto que tampoco ostentaba en el convenio de cooperación de interés público¹⁶, si en gracia de discusión se hubiese escogido correctamente la tipología del contrato; iii) los estudios y documentos previos no fueron serios ni completos¹⁷ y, iv) el proceso y sus actos no se publicaron en el sistema electrónico para la contratación pública -SECOP-¹⁸, anomalías que el acusado pudo advertir si hubiera ejercido un solo acto de dirección, control o vigilancia, incluso, desde antes de suscribir los estudios previos, pero no fue así.

Aceptar la postura diversa sería tanto como pregonar que A.C. en el proceso precontractual y contractual era un convidado de piedra, un simple tramitador de las labores desarrolladas por sus subalternos o que solamente le competía firmar las minutas de los contratos, cuando en realidad era su responsabilidad que todo el trámite se adelantara conforme a la ley; empero, en este proceso contractual no llevó a cabo ningún control o labor de vigilancia, razón por la que no le es posible escudarse en el principio de confianza con sus subalternos para trasladarles a ellos el compromiso penal que le corresponde asumir en este asunto, por lo que le es atribuible la acción típica.

3. Que el procesado no hubiese sido informado de algún error en el trámite por quienes en él intervinieron no significa

¹⁴ Cfr. CSJ AEP123-2023, 50618.

¹⁵ Artículo 24 y 30 de la Ley 80 de 1993.

¹⁶ Artículo 1° del Decreto 777 de 1992 (que reglamentó la celebración de los contratos a que se refiere el inciso 2° del artículo 355 de la Constitución Política).

¹⁷ Artículo 3° del Decreto 2474 de 2008 (normatividad que reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva).

¹⁸ Artículo 5° *ibidem*.

que hubiese cumplido con el deber de vigilancia y control, ya que el principio de confianza operaría siempre y cuando hubiese adelantado acciones tendientes a constatar que las atribuciones desconcentradas se cumplieran acorde a la ley y no cuando como aquí sucede, que se plantea su reconocimiento con base en una omisión total como si el procesado cumpliera funciones notariales, ya que se admite que ni siquiera revisó los anexos ni las minutas previo a firmarlas.

Que los funcionarios JOAQUÍN ADRIANO VÉLEZ SERRANO, Secretario de Educación, RAÚL SÁNCHEZ VARELA, Secretario General, PAUL CORREA SILVA, Director de Oficina Jurídica, EDGARDO DÍAZ HAMBURGUER, Secretario de Hacienda, CLAUDIA PRICOLO BRIGANTE, Profesional Especializado; ALFONSO SARÁ IBÁÑEZ, asesor del departamento, AROLDO NÚÑEZ NAVARRO, Profesional Especializado y ALFREDO CARLOS ROCHA NORIEGA, profesional universitario de Planeación departamental; sostengan que no hubo irregularidades y que no informaron de la presencia de anomalías al aforado, ello es obvio ya que de aceptarlo reconocerían su responsabilidad penal.

Ello lo que acredita, en mi entender, es que el trámite estaba desconcentrado, no que el acusado hubiese vigilado y controlado su legalidad para poder aducir en su favor el principio de confianza.

Según dichos testigos existían tres filtros antes de la firma del gobernador (Secretaría de Educación, la Oficina Jurídica de contratación del departamento y el asesor de confianza del

gobernador -secretario privado-), sin embargo, resulta contrario a la experiencia y a las reglas de la lógica aceptar que ninguno de los profesionales expertos en contratación y derecho administrativo hayan advertido las irregularidades, las cuales no eran un tema de difícil comprensión, incluso el acusado afirmó que se rodeó de profesionales versados en temas contractuales y de derecho público.

La mera existencia de los informes y documentos señalados en las páginas 64 a 70 (constancia de radicación y viabilidad de los proyectos de compra de bibliotecas, la lista de posibles oferentes, el acta de cierre de las contrataciones directas, las evaluaciones financiera y técnica e informes de verificación jurídica de los contratos, entre otros), se erigen como un rito formal para dar la apariencia de legalidad, pues como lo afirma la Fiscalía y se constata en la actuación, son meros formatos cuyo examen habría arrojado que no estaban los estudios de necesidad y que el objeto contractual fue fraccionado.

Argumentos también predicables respecto a las afirmaciones hechas por los asesores adscritos al despacho del gobernador (entre estos, ALFONSO SARÁ IBÁÑEZ), ya que si este omitió revisar los anexos no fue porque confiara en la realizada por sus subalternos, sino porque de aceptar que lo hizo le impediría explicar de manera convincente por qué no detectó las evidentes irregularidades del trámite.

Que existieran asesores que revisaban previo a su firma tampoco lo exoneraba de examinar si cumplieron o no los requisitos legales.

4. La valoración conjunta de los testimonios de VÉLEZ SERRANO, SÁNCHEZ VARELA, DÍAZ HAMBURGER y ROCHA NORIEGA, quienes en el trámite intervinieron, lo que evidencia es que faltaron a la verdad al aseverar que no hubo irregularidades, pues es obvio que si hubieran cumplido con su labor por ser ellas evidentes y groseras en los estudios previos y tan notorio el fraccionamiento de los contratos lo hubieran detectado y habrían informado al gobernador, si no lo hicieron fue porque conscientemente dieron su aval, y en sus testimonios mienten para no reconocer su responsabilidad penal.

En efecto, los Secretarios VÉLEZ SERRANO, SÁNCHEZ VARELA y DÍAZ HAMBURGER, afirmaron que no detallaron pormenores de la etapa precontractual sino aspectos vagos sobre la necesidad de dotar a las instituciones educativas y su inclusión en el plan de compras, mostrándose ajenos a las irregularidades.

VÉLEZ SERRANO no supo dar noticia de cómo se desarrolló la fase precontractual pese a que fue el líder del proceso; SÁNCHEZ VARELA ni siquiera se acordó del trámite no obstante admitir que algunos requerimientos contractuales se hacían desde la Secretaría General, sin embargo, señaló que la "revisión jurídica" del trámite era de la oficina jurídica del departamento y luego de estos vistos buenos el gobernador

firmaba. En últimas, aseguró, solo certificaba la existencia del plan de compras, incluso cuando se le puso de presente la firma de la evaluación técnica reconoció que se parece a la suya sin entender por qué suscribió esa clase de documentos.

Por su parte, DÍAZ HAMBURGER indicó que como Secretario de Hacienda no era el encargado de otorgar avales para la evaluación técnica pues cada Secretaría era autónoma.

ROCHA NORIEGA dijo no recordar nada por carecer de competencia sobre temas contractuales, ya que como funcionario de planeación solo apoyaba el trámite del banco de proyectos. Si bien su firma aparece en el informe de radicación y viabilidad del proyecto, reconoció que ello fue un ritual de una "metodología mecánica" sin explicar en qué consistía¹⁹.

JOSÉ EDUARDO BARRENECHE ÁVILA, Secretario Privado del despacho del gobernador, no recordó haber dado el visto bueno o firmado algún documento relacionado con los contratos. Señaló que la revisión previa le correspondía a cada secretaria y en el caso concreto a las de Educación y Hacienda, ritual que culminaba con la firma del gobernador. Agregó que cada unidad ejecutora se encargaba de los estudios, de la disponibilidad presupuestal, es decir, hacía la revisión legal; además, adujo, la existencia de una interacción entre la secretarías con el despacho del gobernador para efecto de la "validación de los temas", admitiendo que esa revisión era formal pues los controles de fondo correspondían a la oficina jurídica.

¹⁹ Cfr. Etapa de juzgamiento.

debía hacerse a través de licitación. Pese a ello rubricó los contratos permitiendo la vulneración de los requisitos legales esenciales, a sabiendas que el trámite precontractual fue una fachada o medio para adjudicarlo directamente sin licitación pública a la fundación.

Así las cosas, el actuar intencional del exgobernador es evidente, puesto que para la fecha de los hechos (octubre de 2007), conocía sus deberes legales como gobernador y la responsabilidad que le imponía ser el ordenador del gasto. Sabía que en la tramitación de los contratos se había omitido cumplir con las exigencias establecidas en la ley, no obstante, de manera voluntaria se apartó del proceso contractual y decidió suscribirlo, en razón a:

-La condición de ingeniero civil, constructor y especialista lejos de mostrarlo como una persona neófita en la materia, lo exhibe como conocedor de los trámites y etapas contractuales, con mayor razón si ya llevaba meses al frente de la gobernación y que era de su conocimiento las cuantías para determinar la modalidad de la contratación; consideraciones que en la sentencia son valoradas de manera opuesta.

No se puede soslayar que INFANTE VERGARA, tenía experiencia en el área de la construcción reconocida por él en la indagatoria y en el interrogatorio de la audiencia pública, por lo que sabía la naturaleza de los estudios previos, de los pliegos de condiciones, de las evaluaciones técnicas, jurídicas y financieras de las propuestas, de la obligación de publicidad de los procesos contractuales, así como de las cuantías para

contratar directamente o por licitación, como lo infirió la Sala demostrado en otro fallo que dictó en contra del acusado²⁰, así el contrato no fuera de obra.

Así también lo ratifica el contenido de su indagatoria, al admitir conocer las etapas contractuales, las cuantías, los términos de los pliegos de condiciones, la necesidad de la publicidad del proceso contractual y los mecanismos para buscar un mejor precio, entre otros:

"... a mí me parece que todo se hacía conforme manda la Ley 80... como yo no tenía, digamos formación jurídica, mi formación es muy técnica, ingeniero civil, pero mi equipo siempre tenía muy claro lo que era la contratación pública en la Ley 80, entonces, creo que había cosas que se sometían a procedimientos de una cosa u otra, por los montos; pero yo creo que allí en eso no se fallaba, había claridad en lo que era una oferta pública y en las páginas web se abrían las convocatorias o cuando era provisión, o suministro o era un contrato de a todo costo. Eso sí claridad absoluta. Además, como contratista fui privado, fui público, pero sí sabía de la Ley 80, algo no en detalle, pero digamos se tenía claridad que era lo que tenía que ir a una convocatoria pública, o una adjudicación directa o a un concurso pequeño"²¹.

"... Mi casi nula experiencia como servidor público, yo armé un equipo que me generó confianza. Yo, reitero, insisto en eso, yo no podía con mi experiencia como funcionario público o empleado público, yo no podía sino tener un buen equipo y así lo hice ..."²².

"... era un contrato de suministro de biblioteca y de libros para entregárselas a las escuelas no certificadas, escuelas de los pueblos del Magdalena, recuerdo perfectamente, por una convocatoria que se abrió a través de la página WEB, en la Secretaría de Educación, creo que la elaboración de los pliegos estuvo a cargo, si no estoy mal, del doctor JOAQUÍN VÉLEZ la parte técnica como Secretario de Educación e hizo parte también de ese proceso el Secretario General que era el doctor RAÚL SÁNCHEZ, allí se elaboraron pienso que con ayuda de la Secretaría Jurídica, del doctor PAÚL CORREA, allí se estructuraron los pliegos con la ayuda obviamente en ese entonces, que después desapareció una ayuda que había que era como un centro de Bogotá, llamado SICE, era una plataforma virtual que permitía que los funcionarios públicos pudiera tener un marco de referencia seguro para que lo que tuviera que ver con precios

²⁰ Cfr. CSJ SEP105-2023, rad. 00242.

²¹ Cfr. Indagatoria. 3 de agosto de 2018. Récord: 37:43.

²² Cfr. Indagatoria. 3 de agosto de 2018. Récord: 39:21.

de insumos, eso de su precio...²³.

(...) y la parte financiera con DÍAZ HAMBÜRGER, entonces, se estructuró, lo que fueron los pliegos y toda la licitación...lo recuerdo perfectamente, eran los funcionarios de ese momento.

(...) uno como gobernador no participa en el detalle de la estructuración de esas ofertas públicas, uno simplemente imparte instrucciones y el equipo trabaja y entonces uno recibe toda información, que todo está correcto, la parte de hacienda, la parte financiera y que el proponente tenga todo los requisitos, cumpliendo en la cuantía, la capacidad e idoneidad...y el de la parte técnica esté todo confrontado todo coherente con la Ley 80 y uno simplemente después de todos los vistos buenos firma el contrato y uno lo adjudica.*

**(...) yo tenía algo de conocimiento en que se estaba estructurando encada una de las ...sobre todo en la secretaría de educación se estaba estructurando la apertura de esa licitación, pero digamos que en detalle lo que a mí respecta lo que le decía al secretario era que tuviese todo bajo el control de ...no solo el control, sino que estuviera todo dentro del marco regulatorio y sobre todo en orden (...).*

5. El hecho de haber cambiado la planta de personal una vez se posesionó y que hubiese ordenado adelantar los trámites cumpliendo con los principios de la contratación pública no significa que su finalidad era evitar actos de corrupción, pues lo que se infiere de la prueba es que todos ellos cohonestaron el trámite y celebración irregular de los contratos avalados por el procesado.

No otra valoración puede hacerse al contenido de los testimonios de VÉLEZ SERRANO, SÁNCHEZ VARELA, HAMBURGER DÍAZ y BARRENECHE ÁVILA, servidores de confianza del acusado, pues su apreciación conjunta de cara las reglas de la sana crítica, indican que de haber cumplido con sus funciones habrían notado a primera vista las irregularidades que presentaba el trámite de los contratos,

²³ Cfr. Indagatoria. 3 de agosto de 2018. Récord: 40:45.

tanto en los estudios previos como en el fraccionamiento de su objeto, de suerte que si no hubiesen actuado en connivencia habrían informado de inmediato al inculcado sobre las mismas, y que éste no hubiese revisado los anexos lo que denota es que las conocía.

Reitero, la prueba acredita que el acusado conocía sus deberes legales como gobernador y la responsabilidad que le imponía ser el ordenador del gasto, por tanto, sabía que en materia contractual le correspondía vigilar y controlar las funciones desconcentradas.

Insisto, la ausencia de estudios previos y el fraccionamiento contractual son hechos que no podía desconocer porque no era ajeno a los requisitos esenciales en los contratos estatales sea por licitación pública o contratación directa; una revisión simple del contenido de la etapa precontractual con sus anexos previo a rubricar los contratos le bastaba para advertir que los estudios de conveniencia no estaban y que la suma de los contratos superaba la menor cuantía, por lo tanto, que la escogencia del contratista debía hacerse por licitación pública.

Estos elementos de prueba indican no solo que el acusado al momento de firmar tenía conocimiento de las irregularidades en el trámite contractual, sino que por no haber cumplido con los deberes de vigilancia y control sabía que el principio de confianza no lo cobijaba, razón por la cual se abstuvo de vigilar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales en el trámite.

En suma, debió condenarse a INFANTE VERGARA al encontrarse acreditada la tipicidad objetiva y subjetiva del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Del peculado por apropiación

Al igual que la conducta penal analizada en precedencia, soy del criterio de que en conjunto los medios suasorios acreditan en grado de certeza que el procesado es responsable del delito de peculado por apropiación consagrado en el artículo 397 del Código Penal.

La Fiscalía endilgó al acusado la comisión de la aludida conducta, porque con ocasión de los contratos n°. 346 y 347 de 2007 el departamento del Magdalena pagó a la Fundación BALDO como contraprestación las sumas de \$259.200.000 y \$258.868.000, entidad que para cumplir el objeto contractual subcontrató con la editorial Grupo Cultural de Colombia, lo que generó sobrecostos por 637% en cada uno, sumados estos, el valor total fue de \$436.757.800. Adicionalmente, existe un faltante de 420 textos dado que no se halló constancia de la entrega de estos cuyo valor asciende a \$41.015.480.

1. Respecto a la primera fuente del daño patrimonial no comparto la conclusión de la sentencia, en cuanto a que en lo relativo a los sobrecostos no es posible predicar la tipicidad objetiva, fundada en que se probó que el enjuiciado ejecutó la conducta amparado en la confianza de que la labor desarrollada por los funcionarios de su departamento se ajustaba a los lineamientos normativos de la época y, por ende,

que no presentarían apropiaciones del erario en favor de terceros, además, porque cumplió con los deberes de vigilancia que como ordenador del gasto le eran exigibles.

La Sala mayoritaria da por probado el principio de confianza y la conducta diligente del aforado en procura de vigilar, supervisar y controlar las tareas adelantadas por sus dependientes cumpliendo el principio de responsabilidad; no obstante, estimo que según la prueba allegada ello no está probado, pues lo que se afirmó en las páginas 64 a 71 fue la descripción del proceso precontractual en cabeza de otras dependencias, trámite dentro del cual se detectaron irregularidades en los estudios previos y que se fraccionó el contrato como lo demuestra la evidencia documental, sin que se advierta prueba de controles ejercidos por el aforado.

Por el contrario, como ya expliqué para el delito anterior, el acusado admitió no haber revisado los antecedentes de la contratación porque confió en que los servidores públicos en los que estaba desconcentrada la fase previa habían cumplido la ley contractual²⁴, lo cual significa que no cumplió con su deber de vigilancia y control, y como ya lo expuse el principio de confianza no se demostró, por el contrario, lo que acreditó la actuación fue que no cumplió con los deberes legales derivados de la desconcentración del trámite precontractual.

Ahora, la sentencia encierra una incongruencia por cuanto en las páginas 81 y 82, sostiene que respecto al

²⁴ Cfr. Indagatoria 3 de agosto de 2018.

detrimento patrimonial²⁵ no hay elementos de juicio que permitan predicar que medió una conducta dolosa del acusado destinada a que el contratista se apropiara de dineros públicos, concluyendo que los sobrecostos fueron el resultado de las irregularidades precontractuales, sosteniendo que los dos delitos atribuidos son autónomos; sin embargo, para absolver si acepta que tienen relación, cuando para mí si existe conexión clara entre los dos delitos pues al establecer la responsabilidad penal del enjuiciado en el contrato sin cumplimiento de requisitos legales, ello se refleja necesariamente en el peculado por apropiación, dado que del mismo fallo emergen razones para afirmar que el sobrecosto derivó de la inexistencia de los estudios de conveniencia y oportunidad, lo cual se puede deducir, fue el resultado del proceso amañado para obviar la selección objetiva del contratista y permitir que terceros se apropiaran indebidamente de los recursos públicos del departamento.

De acuerdo a lo hasta ahora sostenido por mí el acusado no fue ajeno a las irregularidades contractuales, pues es palmario que suscribió irregularmente los contratos para que una fundación adquiriera con sobrecosto los libros a través de una subcontratación con una empresa que era distribuidora exclusiva, siendo fácil inferir que comprarlos a estas directamente iba a representar menor costo para el departamento; aspectos que no fueron abordados por la Sala mayoritaria.

²⁵Aducidos por la Fiscalía (sobre costos y faltantes de entrega de los textos).

de la almacenista LILIA HORTENSIA DÍAZ MUÑOZ (investigada por la Fiscalía en otra actuación y con marcado interés en manifestar que no hubo irregularidad en la entrega del material), quien adujo que los libros fueron entregados en su totalidad, lo cual contradice los hallazgos del CTI de no encontrar los documentos que soportan la entrega del material calculado en \$41.015.480, oo (420 textos).

La afirmación de esta testigo en cuanto a que el desorden en el archivo fue el producto de la actuación de la Contraloría que desarmó los fólderes, es insular porque el informe de policía judicial n°. 11-232136 nada dice al respecto, lo que concluye es que no fue posible establecer cuáles instituciones educativas fueron beneficiadas con los textos escolares adquiridos con los contratos n°. 346 y 347 de 23 de octubre de 2007, de lo cual no se puede deducir duda probatoria sobre la inexistencia de los soportes, ya que en el almacén fueron hallados 32 actas de entrega de los libros que fundamentan el recibido físico con independencia de los colegios.

3. Conforme a los anteriores argumentos, no alberga duda que la conducta se consumó con la apropiación ilegal de los recursos de los contratos sin reparar en los sobrecostos y que se pagó la cifra sin que hubiese entregado la totalidad de los textos, rubros que se habían dejado en administración, tenencia o custodia del enjuiciado por razón de sus funciones, y en virtud de ello se apropió a favor de terceros de \$483.658.662.

No comparto la conclusión de la Sala mayoritaria respecto

a que no hay prueba para aseverar que INFANTE VERGARA de forma consciente y voluntaria suscribió los contratos para apropiarse en favor de un tercero del erario; pues es claro que tuvo total incidencia al avalar las irregularidades precontractuales suscribiendo los contratos, con los cuales contribuyó conscientemente a legalizar unos acuerdos de voluntades con violación de la ley con el propósito de que la Fundación BALDO se apropiara de los recursos del departamento.

No desconozco que los textos (a excepción de los que faltaron por entregar) se entregaron a las instituciones educativas beneficiadas, sin embargo, el punto censurado fue la forma como fueron adquiridos, esto es, recurriendo a artificios para defraudar el erario público, siendo incontrovertible lo desproporcionados que resultaron los precios con los que se compraron de contado recurriendo a otra empresa, con evidente detrimento patrimonial.

El análisis contextual de la prueba enseña que el proceso contractual no fue fruto de la casualidad ya que las irregularidades en el trámite de los contratos fue una cadena dolosa para favorecer a la contratista, permitieron el sobrecosto y que se pagara por la totalidad de los textos cuando faltaban 420 por entregar, sumado a la suscripción de las minutas de los contratos sin verificar los requisitos legales, actos ilícitos para favorecer intereses particulares en detrimento del erario.

La comisión del delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales constituyó el medio empleado para

permitir que la Fundación BALDO acrecentaran ilegalmente su patrimonio, gracias al conocimiento y voluntad de INFANTE VERGARA.

Corolario de lo anterior es que la conducta del aforado encuadra en el tipo penal de peculado por apropiación, al disponer jurídicamente de los recursos en el monto de \$483.658.662 en favor de terceros, bienes del Estado cuya administración le fue confiada con ocasión a sus funciones como gobernador.

Del contexto fáctico se infiere que el procesado sabía de su responsabilidad como ordenador del gasto y comprendía que de apropiarse en favor de terceros de los recursos invertidos en los contratos incurriría en el delito de peculado, a pesar de ello no se detuvo y a sabiendas de lo que implicaba su actuar permitió destinarlos en la cuantía señalada.

De acuerdo con lo anterior, se configuran tanto el tipo objetivo como el subjetivo del peculado por apropiación por el que se le acusó en calidad de coautor.

Estas son las razones que me llevan a disentir de la mayoría.

Con toda consideración,

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado

Página 26 de 26