



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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado Ponente

SEP 148 - 2022
Radicación N° 49987
Aprobado Mediante Acta Extraordinaria No. 118

Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

VISTOS

Se procede a dictar sentencia dentro del proceso adelantado en contra de los ex Gobernadores de La Guajira, HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ, acusados por el concurso de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

IDENTIDAD DE LOS PROCESADOS

HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, se identifica con la cédula de ciudadanía 19.164.386, natural de Riohacha (La Guajira), donde nació el 30 de enero de 1950, con 72 años de edad, casado, padre de 5 hijos, de profesión abogado, egresado de la Universidad Externado de Colombia. Se desempeñó como Gobernador del Departamento de La Guajira¹ para el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2002 y el 20 de marzo de 2003 cuando el Consejo de Estado declaró la nulidad de su elección².

RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA, se identifica con la cédula de ciudadanía 84.036.629, natural de San Juan del Cesar (La Guajira), donde nació el 20 de septiembre de 1963, con 58 años de edad, hijo de Casimiro y Yolanda, casado, padre de 2 hijos, de profesión economista especializado en negocios internacionales de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Se desempeñó como Secretario de Hacienda en el periodo 2001 y 2003³ y Gobernador Encargado del Departamento de La Guajira, durante la administración de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE.

ÁLVARO GNECCO RODRÍGUEZ, se identifica con la cédula de ciudadanía 17.805.865, nació Riohacha el 26 de octubre de 1956, con 65 años de edad, hijo de Antonio y Mirtha Margarita, casado, padre de 5 hijos, abogado de la Universidad

¹ Como se establece de las copias del acta de posesión, la constancia expedida por la Directora de Talento Humano de la Gobernación de La Guajira, y el certificado de elección expedido por el Consejo Nacional Electoral. Fls. 99-101 c.o. 1 Fiscalía.

² Sentencia No. 1001-03-28-000 2001-0005-01 del 20 de marzo de 2003 - Sección Quinta.

³ Folios 274 y 275 c. o. 1 Fiscalía y Fls. 169-170 c. o. 3 Fiscalía.

Libre y Gobernador encargado del Departamento de La Guajira durante la administración de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE⁴.

ACONTECER FÁCTICO

Los hechos, objeto de acusación, fueron reseñados en la resolución de acusación de la manera siguiente:

«Tiene su génesis en la compulsa de copias remitidas por la Comisión Especial de Regalías de la Procuraduría General de la Nación⁵, informando presuntas irregularidades en la celebración de los contratos 004 del 5 de marzo de 2001⁶, 044 del 15 de agosto de 2001⁷ y 045 del 17 de agosto de 2001⁸ suscritos por el doctor HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE en condición de Gobernador del departamento de La Guajira, por los que se le vinculó inicialmente a la presente investigación; y, adicionó imputación⁹ con relación a los contratos 117 del 11 de septiembre de 2001¹⁰, 143 del 21 de septiembre de 2001¹¹, 211 del 5 de octubre de 2001¹², 228 del 17 de octubre de 2001¹³, 236 del 17 de octubre de 2001, 430 del 18 de diciembre

⁴ Folios 167 y 170 c.o. 3 Fiscalía.

⁵ Investigación disciplinaria No. 156-67266-02.

⁶ Celebrado con la firma ARING LTDA, por un valor de \$ 102.977.378,65. El objeto del contrato se delimitaba a la construcción de redes de acueducto en la Urbanización Almirante Padilla de Maicao. El contrato fue adicionado por \$38.264.432.00 (fl. 50-52, y 64-66 anexo 3).

⁷ Suscrito con JAIME CURVELO GARCÍA, para la construcción de las redes de acueducto de los barrios Boscán, Centro, Villa Inés, Santander, San José, por valor de \$170.245.400.00 (fl. 144-156 anexo 3).

⁸ Celebrado con la firma ARING LTDA, por un valor de \$ 164.043.000.00. El objeto fue la construcción de redes de acueducto en los barrios San José y Torres de Majayura del municipio de Maicao, adicionado en \$53.049.100.00 el 24 de octubre de 2001.

⁹ Fls. 168-170 c.o. 3

¹⁰ Celebrado con Jaime Díaz Vega, por un valor de \$127.632.234, para la rehabilitación y optimización del acueducto de la ciudad de Maicao, optimización tanque elevado barrio Loma Fresca, localizado en Maicao (fl. 99 anexo 6).

¹¹ Contrato de Interventoría celebrado con Estudios Técnicos y Construcciones Ltda., por un valor de \$168.000.000.00, para la interventoría a las obras de optimización y ampliación del acueducto de Maicao.

¹² Suscrito con Jorge Humberto Pinilla Salgado, por un valor de \$170.000.000.00, con el objeto de realizar para el Departamento el levantamiento topográfico ciudad de Maicao- Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado Sanitario de Maicao (Fl. 122 anexo 6).

¹³ Celebrado con Jairo Jiménez Camargo, por valor de \$85.850.000.00, con el objeto de construcción alcantarillado sanitario, entre cra. 26, 27 y 28, y calle 21, 22 y 23, sector de las tijeras según PMA, Municipio de Maicao (fl. 134 anexo 6).

de 2001¹⁴, 431 del 18 de diciembre de 2001¹⁵, 432 del 18 de diciembre de 2001¹⁶, 433 del 18 de diciembre de 2001¹⁷, 435 del 18 de diciembre de 2001¹⁸, 436 del 18 de diciembre de 2001¹⁹, 437 del 18 de diciembre de 2001²⁰, 438 del 18 de diciembre de 2001²¹, 439 del 18 de diciembre de 2001²², 440 del 18 de diciembre de 2001²³; y, 486 del 18 de diciembre de 2001²⁴, encontrándose un posible fraccionamiento en las mencionadas contrataciones, violando así los requisitos esenciales en el trámite y celebración de dichos contratos, frente al proceso de licitación pública exigido por el art. 24-1 de la Ley 80 de 1993.

Igualmente al doctor RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA en condición de ex gobernador encargado del Departamento de La Guajira, a quien se le vinculó con relación a los contratos números 240 celebrados el 16 de octubre de 2001²⁵, el 241 del 26 de octubre de 2001²⁶, 361 del 27 de

¹⁴ Celebrado con Carlos Julio Pedraza Reyes, por valor de \$71.478.875.00, para la construcción de redes y distribución de acueducto de los barrios Santander, Loma Fresca, y Los Cedros de Maicao (fl. 245, anexo 6).

¹⁵ Celebrado con Estudios Técnicos y Construcciones Ltda., por valor de \$165.000.000.00, para gerencia de obras proyecto del Plan Maestro Acueducto y Alcantarillado de Maicao, Primera fase, Segunda Etapa (fl. 263 anexo 6).

¹⁶ Celebrado con Delay Manuel Magdaniel Hernández, por valor de \$168.761.652.00, para la construcción de redes y distribución del acueducto del barrio Maicaíto de Maicao (fl. 269. DVD. C.o.2).

¹⁷ Suscrito con Jaime José Gómez Urbina, por valor de \$169.746.107.00, para la construcción de redes y distribución secundaria del acueducto del barrio San Martí, Municipio de Maicao fl. 269 DVD c.o. 2).

¹⁸ Celebrado con Marcos Oñate Vidal, por valor de 157.596.138.00, para la construcción de redes de distribución secundaria de acueducto Barrio San José y Los Olios del Municipio de Maicao (fl. 2 y 3 anexo 7).

¹⁹ Suscrito con Larry Sierra Robles, por valor de \$130.398.225.00, para la construcción de redes de distribución de acueducto del Barrio El Carmen y Pastrana del Municipio de Maicao (Fl. 2 y 3 anexo 7).

²⁰ Celebrado con Jorge Magdaniel Socarrás, por valor de \$153.225.202.00 para la construcción de redes de distribución de acueducto del Barrio El Carmen y Pastrana del Municipio de Maicao (fl. 25-26 anexo 7).

²¹ Celebrado con Rocio Maria Acosta Argote, por valor de \$69.361.407.00, para la construcción de redes de acueducto barrio Concepción localizado en el municipio de Maicao (fl. Fol. 47-48 anexo 7).

²² Celebrado con Carlos Arturo Robles Julio, por valor de \$133.406.775.00, para la construcción de redes de acueducto del Barrio El Bosque y Primero de Mayo del Municipio de Maicao (fl. 66 y 67 anexo 7).

²³ Celebrado con Francisco Márquez Deluque, por valor de \$158.497.807, para construcción de redes de colectores secundarios alcantarillado Barrio Los Cedros, San Martín, El Bosque, y San José de Maicao (f. 86 anexo 7).

²⁴ Celebrado con Yali Milena Espeleta, por valor de \$120.010.500.00, para la construcción de redes y distribución de acueducto sectorizado barrio Paraíso y Zonas aledañas del Municipio de Maicao (fl.107-108 anexo 7).

²⁵ Fue celebrado con la firma DICOREL Ltda., por \$169.175.304, como objeto la construcción del alcantarillado sanitario de los barrios Boseán y El Carmen del Municipio de Maicao. Adicionado por \$61.771.455.00 fl. 105 a 116 anexo 3).

²⁶ Suscrito con la firma ELECTRYCON LTDA. Por \$165.809.333.00 para la construcción de las redes de alcantarillado en los barrios San José, San Martín y el Centro de Maicao, adicionado en 60.581.928.00. (fl. 82 a 93 y 95 a 97 anexo 3).

noviembre de 2001²⁷ y 365 del 28 de noviembre de 2001²⁸, con el objeto de construcción de redes de distribución de acueducto y alcantarillado sanitario de diferentes barrios del Municipio de Maicao, sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales previstos para esta clase de contratos.

De la misma forma, se vinculó al doctor ÁLVARO GNECCO RODRÍGUEZ, en condición de exgobernador encargado del Departamento de La Guajira, por haber celebrado el contrato No. 427 del 13 de diciembre de 2001²⁹, y los contratos adicionales Nos 240 y 241 celebrados el 20 de diciembre de 2001³⁰, en los que se pone de manifiesto unidad de objeto contractual, con diferentes valores cada uno, infiriéndose un posible fraccionamiento de las mencionadas contrataciones, violando así los requisitos esenciales en el trámite y celebración de dichos contratos, frente al proceso de licitación pública exigido por el art. 24-1 de la Ley 80 de 1993.”

ANTECEDENTES

1.- Actuación procesal.

1.1.- Indagación preliminar.

Mediante Oficio 461 de 26 de marzo de 2004, la Oficina de Asesores en Contratación Estatal de la Procuraduría General de la Nación, remite a la Fiscalía General de la Nación copia del auto de cargos proferido el 10 de abril de 2003 por el presidente de la Comisión Especial de Regalías dentro del proceso disciplinario adelantado en contra de los señores HERNANDO DELUQUE

²⁷ Celebrado con Alfredo Arias Cárcamo, por \$120.309.369.00, para reposición de redes de distribución de acueducto de los barrios San José en el municipio de Maicao (fls. 206 anexo 6).

²⁸ Celebrado con la firma ARING LTDA, por valor de \$164.997.807.50, cuyo objeto era la reposición de redes de distribución de acueducto del barrio San José en Maicao, adicionado por \$53.049.100.0, el 24 de octubre de 2001 (fl. 120 a 133 anexo 3)

²⁹ Celebrado con Filemón José López Cercar, por valor de \$55.000.000.00, para la construcción del alcantarillado sanitario del Barrio Loma Fresca del Municipio de Maicao (fl. 230, anexo 6).

³⁰ No fueron suscritos, pero HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, intervino en su tramitación y liquidación.

FREYLE, SAMUEL LANAO ROBLES y RAÚL FRAGOZO DAZA, en calidad de Gobernadores de La Guajira³¹.

Se indica allí que en contra de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE se formularon los siguientes dos cargos.

El primero, *“por omitir el proceso licitatorio establecido en la ley 80 de 1993 al suscribir los contratos de obra números 004 del 7 de marzo por valor de \$141.241.810,65 y 044 del 15 de agosto de 2001 por valor de \$255.235.433.00, cuyo objeto era la construcción de redes de acueducto Urbanización Almirante Padilla y construcción de redes de distribución acueducto de Maicao Barrios Boscan, Centro, Villa Inés, San Martín y San José, dentro del proyecto “Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado del Municipio de Maicao”. Todos celebrados en forma directa, cuando la menor cuantía para el año 2001 era de \$171.600.000.00, fraccionando el objeto a contratar para evadir el proceso licitatorio. Con la anterior conducta se violó el Principio de Transparencia (art. 24 numeral 1º Ley 80/93), Economía y el de Responsabilidad establecidos en los Art. 24 Nral. 8º, Art. 30, 26 y 25 numeral 2º de la Ley 80/93”.*

El segundo, *“por haber suscrito el contrato No. 004 de marzo 7 de 2001, cuyo objeto es la construcción redes de acueducto Urbanización Almirante Padilla Municipio de Maicao, celebrado con el Contratista ARING LTDA. por un valor de \$102.977.378,65, adicionado el 5 de junio de 2001 por un valor de \$38.264.432 (folios 29 a 113 del anexo 2), sociedad no idónea para ejecutar el contrato ya que dentro de su objeto social no contempla la realización de obras sanitarias y que de acuerdo con la Cámara de Comercio la firma no se encontraba registrada en el registro único de proponentes. Con lo anterior se violó los artículos 110 del Código de Comercio, sobre especialidad, artículo 22 numeral 3º inciso 3º de la Ley 80 de 1993, en concordancia con los artículos |o numeral 2º, 3º inciso 5º y 9º numeral 2º del Decreto 92 de 1998”.*

³¹ Fls. 1 32 Cno. 1 Fiscalía.

Asimismo, que contra de RAÚL FRAGOZO DAZA, también se formularon dos cargos así:

El primero *“por omitir el proceso licitatorio establecido en la ley 80 de 1993 al suscribir los contratos de obra números 365 del 28 de noviembre de 2001 por valor definitivo de \$218.046.907, 50, 240 del 26 de octubre de 2001 por valor de \$169.175.304.00, y 241 del 26 de octubre de 2001 por un valor de \$165.809.333.00, cuyo objeto general tenía que ver con el Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado de Maicao-Guajira. Todos celebrados en forma directa, cuando la cuantía mínima autorizada se encontraba en la suma de \$171.600.000.00, fraccionando el objeto a contratar con el fin de eludir el proceso de licitación pública. Con la anterior conducta se violó el Principio de Transparencia (Art. 24 numeral 1º. Ley 80/93), Economía y el de Responsabilidad establecidos en los Art. 24 Nral. 8º, Art. 30, 26, y 25 numeral 2º de la Ley 80/93”.*

El segundo, *“por haber suscrito el contrato No. 365 de noviembre 28 de 2001, cuyo objeto era la reposición de redes de distribución acueducto de Maicao en el barrio San José, celebrado con el Contratista ARING LTDA., por un valor de \$164.997.807,50, adicionado el 24 de octubre del mismo año por un valor de \$53.049.100.00, sociedad no idónea para ejecutar el contrato ya que dentro de su objeto social no contempla la realización de obras sanitarias y al parecer la firma no se hallaba registrada en el registro único de proponentes. Con lo anterior se pudo violar los artículos 110 del Código de Comercio, sobre especialidad, artículo 22 numeral 3º inciso 3º de la Ley 80 de 1993, en concordancia con los artículos 1º numeral 2º, 3º inciso 5º y 9º numeral 2º del Decreto 92 de 1998”.*

Con fundamento en la referida comunicación, por resolución de 27 de abril de 2004, el Fiscal General de la Nación dispuso el adelantamiento de investigación previa³², durante la cual se recaudaron algunos medios de convicción.

³² Fls. 42 cno. 1 Fiscalía.

1.2.- Instrucción.

Con apoyo en las pruebas recaudadas, y habiéndose establecido la calidad de Gobernadores (titular y encargado), que ostentaban los doctores HERNANDO DELUQUE FREYLE³³ y RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA³⁴, respectivamente, el 2 de agosto de 2007³⁵ el Fiscal General de la Nación decretó la apertura de investigación formal en su contra y la consecuente vinculación mediante indagatoria³⁶.

Asimismo, a través de resolución proferida el 24 de septiembre de 2015³⁷, la Fiscalía Once Delegada ante la Corte determinó la vinculación mediante indagatoria de ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ³⁸.

1.3.- Situación jurídica.

1.3.1.- Por resolución de 20 de diciembre de 2012³⁹, la Fiscalía Octava Delegada ante la Corte definió la situación jurídica de HERNANDO DELUQUE FREYLE y RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA absteniéndose de proferir medida de aseguramiento en su contra, por estimar no reunidos los mínimos probatorios para el efecto.

³³Con la copia del acta de posesión como Gobernador, credencial emitida por el Consejo Nacional Electoral, y constancia de tiempo de servicios (fls. 100 a 118 c.o.1)

³⁴Con la copia de las Resoluciones Nos. 271 del 3 de abril de 2001, 1463 de noviembre de 2001, 155 de 12 de marzo de 2002, 592 de 24 de junio de 2002, 595 de 27 de junio de 2007, 1036 de 15 de octubre de 2002 y constancia de tiempo de servicios (fls. 110-118 c. o. 1).

³⁵Folios 163 ss. cuaderno original 1 Fiscalía.

³⁶Fls. 203 y 274 ss., cno. 1 Fiscalía.

³⁷Fls. 56 y ss. cno. Original 3 Fiscalía

³⁸Fls. 167 y ss. cno. 3 Fiscalía.

³⁹Fls. 1 y ss. cno. 2 Fiscalía.

1.3.2.- Asimismo, a través de resolución de 18 de febrero de 2016⁴⁰, la Fiscalía Once Delegada ante la Corte definió la situación jurídica de ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ absteniéndose de proferir medida de aseguramiento en su contra por considerarla innecesaria, al tiempo que resolvió complementar la definición de la situación jurídica de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE y RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA, en el sentido mantener la decisión de abstenerse de proferir medida de aseguramiento en su contra, también por estimarla innecesaria.

1.4.- Cierre de investigación.

Por resolución de 17 de agosto de 2016, la Fiscalía Doce Delegada ante la Corte decretó el cierre de la investigación⁴¹.

1.5.- Calificación del sumario

Mediante decisión de 21 de octubre de 2016⁴², la Fiscalía Doce Delegada ante la Corte Suprema de Justicia calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación en contra de los procesados HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ, como presuntos autores penalmente responsables del concurso homogéneo y sucesivo de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, definido por el original artículo 410 de la Ley 599 de 2000, sin las modificaciones introducidas por la Ley 890 de 2004 por no estar vigente al momento de los hechos, mediante

⁴⁰ Fls. 162 y ss. cno. 4 Fiscalía.

⁴¹ Fls. 92 y ss. cno. 5 Fiscalía.

⁴² Fls. 1 ss. cno. Original No. 6 Fiscalía.

determinación que el **14 de diciembre de 2016 cobró ejecutoria**⁴³ en esa instancia al aceptarse el desistimiento del recurso de reposición interpuesto por la defensa técnica⁴⁴.

Después de analizar los medios de prueba recaudados a la actuación, y traer a colación los alegatos de las partes, la Fiscalía consideró que el Gobernador titular de La Guajira **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE** y los Gobernadores encargados **RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA** y **ÁLVARO EVARISTO GNECCO RRODRÍGUEZ**, incurrieron en el referido concurso delictivo al suscribir en el año 2001 varios contratos de menor cuantía por la vía de la contratación directa y no mediante licitación pública pese a tratarse de una unidad material de objeto contractual, como había sido acordado con el gobierno nacional y el Municipio de Maicao en el Convenio 050 de 2000, celebrado con el propósito de aunar esfuerzos financieros para apoyar la optimización del sistema de acueducto de dicha ciudad.

Advirtió, además, que todos los contratos evidenciaron transgresión a los principios de economía, planeación, transparencia, selección objetiva, en cuanto carecían además de estudios de conveniencia, económicos, financieros, de impacto ambiental y precios de mercado, después de lo cual, entre otras cosas, señaló:⁴⁵

*Los señores ex gobernadores **Hernando David Deluque Freyle (titular), Raúl Nicolás Fragozo Daza y Álvaro Gnecco Rodríguez (encargados)** no tuvieron en cuenta las obligaciones en materia de contratación ya indicadas, y obraron en contravía de ese conocimiento*

⁴³ Fls. 149 cuaderno original 5 Fiscalía.

⁴⁴ Fls. 10 ss. cno. Original No. 7 Fiscalía.

⁴⁵ Páginas 53-56 Resolución de acusación.

indiscutible, esto es contrario a la ley; pues celebraron una serie de contratos que no se compadecían con las finalidades que busca el Estado y que obliga a las entidades a que previamente a la iniciación de un procedimiento de selección de un contratista, con base en el principio de economía, realice los estudios técnicos, los diseños y planos necesarios, la obtención de las licencias y autorizaciones establecidas por la ley, los estudios para determinar la conveniencia o inconveniencia de la contratación, los estudios económicos para determinar de dónde saldrán los recursos financieros para la ejecución del contrato. Los estudios de impacto ambiental y social de la obra, los estudios de los precios de mercado, y por supuesto, la elaboración de los proyectos de pliegos en los que se determinen todas las condiciones de ejecución del objeto a contratar. (...)

Se insiste en que tanto técnica como presupuestalmente se trató del mismo proyecto, pues, de una parte, el objeto de los referidos contratos consistió en la construcción de redes de distribución de acueducto y/o alcantarillado de diferentes barrios del Municipio de Maicao, lo que corresponde a una unidad natural de su objeto; y de otra, la imputación presupuestal es exactamente la misma: 01-3-61-20 y 01-3-64-20, en la forma como acaba de indicarse, lo cual demuestra que presupuestalmente también se trató del mismo proyecto, sólo que, para burlar la licitación, se fraccionó su objeto al dividir la construcción de redes de acueducto y/o alcantarillado, por barrios del mismo municipio e incluso, varios contratos para el mismo barrio, lo cual va en contravía del Estatuto de la Contratación Pública. (...)

Concluyendo con un tal proceder, la deliberada vulneración del principio de selección objetiva, en tanto esos contratos fueron celebrados por valores inferiores, justo en el umbral de la menor cuantía, con la finalidad de poder adjudicarlos de manera directa, acorde con la excepción a la regla general contenida en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

No sólo por la omisión de la licitación pública, sino por falta de estudios previos, de conveniencia y oportunidad, aun para la contratación directa; y también por las manifiestas irregularidades presentadas en el proceso de selección de los contratistas, por no existir fórmulas previas para la evaluación de los proponentes, ni puntajes de las ofertas en cuanto a la experiencia, capacidad jurídica, administrativa, técnica y económica, lo cual condujo a la adjudicación arbitraria y caprichosa, según se ha visto en precedencia. (...)

De otra parte, la sumatoria de las cuantías explica fehacientemente el fraccionamiento contractual en los precitados negocios jurídicos que por ende debía ser único, pues el mismo nombre lo indicaba, Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado, violando una vez más el principio de selección objetiva, pues al tener el mismo objeto, estar inscritos dentro del mismo

proyecto de desarrollo, compartir el mismo espacio geográfico y seleccionarse al mismo contratista para realizar la mitad de esos contratos, resulta palmario que tales hechos objetivamente considerados, tanto por su unidad de fin y obra, como por el monto de la sumatoria total, debían efectuarse mediante licitación pública y no por contratación directa.

El fraccionamiento de contrato es entonces, una figura que no se encuentra regulada expresamente en la ley 80 de 1993, sin embargo, ello no significa que se permita su realización; por el contrario, el actual Estatuto de Contratación Pública, de manera general, prohíbe cualquier comportamiento que tienda a la evasión del principio de transparencia, resultando evidente el fraccionamiento contractual, pues por la calidad, cantidad e idénticas especificaciones de las obras, se advierte que debieron ser realizadas por el mismo contratista para efectos de dar cumplimiento a los criterios de planeación, celeridad y economía; por lo cual, se puede afirmar se configura la existencia objetiva de la evasión del proceso de licitación pública. (...)

En resumen, además de haberse fraccionado la contratación por barrios para la construcción de redes de distribución del acueducto y para la construcción de colectores secundarios sanitarios, también se fraccionó, incluso, para la construcción de cada una de esas obras dentro de los mismos barrios, como quedó anteriormente demostrado, siendo además un factor común la adición de estos contratos después de celebrados al límite de la cuantía para la contratación directa. (...)

De todo lo anterior, se establece el principio de planeación, recurrentemente desconocido en este grupo de contratos investigados, se vincula estrechamente con el de legalidad, especialmente en el procedimiento previo a la formación del contrato. Esta tarea no puede ser producto de la improvisación, la discreción o la arbitrariedad, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado: (...)

Como quedó plasmado desde la situación jurídica, es evidente que los contratos celebrados por el Municipio de Maicao no son objeto de investigación en este proceso, empero resulta necesario cotejarlos con los celebrados por el Departamento con la misma finalidad y época en el año 2001, porque ello sin duda revela la absoluta discrecionalidad, capricho, falta de planeación e interventoría, tanto en la selección de los contratistas, como en la proyección y ejecución de las obras, máxime cuando la gerencia de obra e interventoría, también fue contratada en ambos casos con la misma empresa ESTUDIOS TÉCNICOS Y CONSTRUCCIONES LTDA, de MANUEL LEOPOLDO GÓNGORA SIERRA, resultando el hecho de que la gerencia de obras se contrató al final del período fiscal, cuando muchas de esas obras ya habían sido contratadas y tal vez ejecutadas con mucha

anterioridad, lo cual nos vuelve a poner en la órbita de una ausencia total de planeación⁴⁶.

2.- Actuación ante la Corte.

2.1.- Audiencia preparatoria.

Asumido el conocimiento del asunto por la Sala de Casación Penal de la Corte, se corrió el traslado que para pedir pruebas e invocar nulidades prevé el artículo 400 de la Ley 600 de 2000⁴⁷, el cual, una vez fenecido, por parte del Despacho del Magistrado Ponente⁴⁸, en acatamiento de lo previsto por el Acto Legislativo 01 de 2018 y el Acuerdo PCSJA18-11037 del 5 de julio anterior, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura con el cual se da paso al funcionamiento de las nuevas Salas Especiales de Instrucción y de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, se dispuso remitir el expediente a esta Sala para que avocara su conocimiento y continuara el trámite del asunto, en cumplimiento de lo cual, fue asignado por reparto al Magistrado que aquí funge como ponente⁴⁹.

El 10 de agosto de 2020⁵⁰, se llevó a cabo la primera sesión de audiencia preparatoria⁵¹ en la que se dio a conocer la decisión adoptada por la Sala el 18 de diciembre anterior⁵², por cuyo medio se pronunció sobre la solicitud de nulidad presentada por el defensor de los acusados Raúl Nicolás Fragozo Daza y Álvaro Evaristo Gnecco Rodríguez, así como

⁴⁶ Véanse contratos Nos. 143 y 431 del 21 de septiembre y 18 de diciembre de 2001, respectivamente, que contiene el DVD obrante a fol. 269, C. O. 2 Fiscalía.

⁴⁷ Fls. 12 ss. cno. Original No. 1 Corte.

⁴⁸ Fls. 251 ss. cno. Original No. 1 Corte.

⁴⁹ Fls. 265 cno. Original No. 1 Corte.

⁵⁰ Fls. 42 ss. cno. Original No. 2 Corte.

⁵¹ Fls. 42 ss. cno. Original No. 2 Corte.

⁵² Fls. 2 ss. cno. Original No. 2 Corte.

respecto de las pretensiones probatorias expuestas por la Fiscalía y la defensa. De igual modo, de oficio dispuso escuchar el testimonio de Elvin González Medina, contratado para realizar la interventoría de los contratos 004, 240 y 241, allegar los antecedentes actualizados de los acusados y la realización de dictamen pericial sobre el posible monto del detrimento patrimonial que pudo haberse ocasionado con las conductas materia de investigación y juzgamiento.

Asimismo, en la sesión de audiencia preparatoria llevada a cabo el 13 de octubre de 2020⁵³, la Sala dio a conocer la decisión adoptada el día 7 anterior⁵⁴, por cuyo medio negó la otra solicitud de nulidad presentada por el defensor de los acusados RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ.

De igual modo, a través de auto proferido el 13 de mayo de 2021, de oficio la Sala decretó el testimonio de Guadalupe Cañas de Murgas⁵⁵.

2.2.- Audiencia de juzgamiento.

La audiencia pública se llevó a cabo en varias sesiones, dentro de las cuales se practicaron algunas de las pruebas decretadas, se interrogó a los acusados y se presentaron los correspondientes alegatos de conclusión.

2.2.1.- Interrogatorio de los acusados.

⁵³ Fls. 142 ss. cno. Original No. 2 Corte.

⁵⁴ Fls. 124 ss. cno. Original No. 2 Corte.

⁵⁵ Fls. 91 ss. cno. Original No. 3 Corte.

2.2.1.1.- El procesado **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE** manifestó que, durante su desempeño como Gobernador de La Guajira, la entidad territorial a su cargo contaba con un manual de contratación, así como con uno de funciones y de requisitos mínimos para ejercer cargos dentro de la administración departamental.

No recuerda que se hubiere establecido algún método especial para verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales en el trámite de los contratos previo a la firma de los mismos, distinto a los que establecían la oficina de control interno, la oficina jurídica y los asesores, cada cual, dentro de lo establecido en el manual de funciones, pues quizá en ese entonces no se tenían las prevenciones que hoy en día se presentan en relación con la contratación estatal.

En todo caso, dice, no se dedicaba a tomar un paquete de contratación para verificar si se habían cumplido todos los requerimientos legales, porque cuando se trataba de contratos por cuantías menores, el trámite se surtía en la Secretaría de Obras Públicas que contaba con un Secretario de Obras, un abogado y había un comité de contratación, de manera que no tenía tiempo para verificar un contrato de menor cuantía, aunque siempre ilustraba a los funcionarios sobre las necesidades de cumplir la ley de contratación, pues además periódicamente se realizaban consejos de gobierno departamental para discutir los temas importantes del departamento, no para una contratación de menor cuantía.

Dijo que los contratos materia de investigación no fueron tratados en los Consejos de Gobierno que celebraba por

entonces, pues a dichos Consejos sólo iban los asuntos complejos, traumáticos, cuando había situaciones de orden público o cuando se debían tomar decisiones trascendentes.

Indica no haber sido informado por el secretario de obras públicas, ni por algún otro funcionario que hubiere participado en el trámite de estos contratos, acerca del desenvolvimiento de esta etapa precontractual.

Frente a lo descrito por la Fiscalía en la resolución de acusación, en torno a las presuntas irregularidades advertidas con respecto a los 24 contratos suscritos para ejecutar los dineros del convenio de apoyo financiero 050 de 2000 en las fases precontractual, contractual y de liquidación, lo cual condujo a que fueran adjudicados al parecer arbitraria y caprichosamente, por lo que le fue atribuido el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, señala que la Fiscalía en ese entonces tomó como parámetro las disposiciones en que adoptó la decisión y no las que se hallaban vigentes al momento de los hechos, pues en el año 2001 no existía reglamentación para contratación directa, toda vez que la que se intentó hacer conforme al Decreto 2170 de 2001, entró a regir en el año 2002 y sólo tres de los artículos se refirieron a la contratación directa.

Indica que la reglamentación a la Ley 80 de 1993 para la contratación directa sólo se viene a realizar en el año 2008, pues se hablaba de selección objetiva y de transparencia, pero realmente dichos principios no fueron desarrollados en la ley.

Sobre las razones para haber celebrado varios contratos y no uno solo como lo establecía el Convenio 050 de 2000, indica que no se trataba de un solo proyecto, ya que cada contratación que se hizo obedecía a un proyecto distinto que se hallaba inscrito en el Banco de Proyectos, con sus anexos, con su información complementaria y con su propio código.

Señala que por esa época eran pésimos los servicios de acueducto y alcantarillado en Maicao, por lo cual se hacía urgente adelantar acciones para mejorarlos, más si se trataba de una ciudad cuya población crecía muy rápidamente.

Manifiesta que en la acusación se indica que se separó el objeto del proyecto por medio de 24 contratos, incluyendo distintas obras referidas a contratos de acueducto, de alcantarillado, de interventoría y de consultoría, incluso un tanque elevado que nada tiene que ver con la construcción de tubería de distribución de agua, por ejemplo.

No recuerda que en la modalidad de contratación directa se hubiere contado con el concepto favorable del Ministerio de Desarrollo Económico, pues se trataba de un tema que se dejaba a criterio de la gobernación, tampoco que fuere requisito de legalidad el contar con dicho concepto favorable de ese ministerio.

Señala no haber intervenido en la etapa precontractual de ninguno de dichos contratos, pues debido a sus múltiples ocupaciones el gobernador no tiene tiempo para encargarse de ello.

No recuerda haber tenido conocimiento de los estudios previos y de conveniencia de los contratos celebrados con ocasión del convenio interadministrativo 050 de 2000, pues en esa época no había reglamentación sobre la materia, sino sólo una ficha técnica elaborada por Planeación Nacional y distribuida a todos los departamentos.

Tampoco recuerda que previo a la suscripción de los 24 contratos hubiera tenido conocimiento que se hicieran estudios de mercado, financieros, de suministros o ambientales respecto del objeto que se pretendía contratar, pues de lo que se trataba era precisamente de resolver un tema ambiental en el caso del alcantarillado.

Relata que la Secretaría de Obras Públicas, en cabeza de Alejandro Magno Builes, no le presentó un informe sobre los 24 contratos a que se ha hecho referencia, pues al Despacho del Gobernador no le llega tan solo la minuta del contrato, sino ésta junto con los anexos y demás documentos relativos a la etapa precontractual, relacionados por ejemplo con la selección, las invitaciones que se hicieron, el presupuesto, los anexos, los planos, etc., pero no un informe específico sobre cada uno de los 24 contratos que se celebraron ese año.

Aclara que nunca tuvo conocimiento de las propuestas presentadas en estos específicos contratos, que la tarea de gobernador es muy compleja y no daba tiempo sino para atender situaciones de mayor envergadura, a tal punto que debía viajar a la ciudad de Bogotá en misión oficial al menos dos veces por semana.

Dice no tener presentes los nombres de los funcionarios que escogieron o seleccionaron los distintos contratistas, aunque precisa que ellos declararon en este proceso y aclara que él, como Gobernador, no intervino en las fases previas, ya que sólo firmaba el contrato cuando se lo llevaban con toda la documentación del caso.

Insiste en señalar que para la época de suscripción de los contratos materia de cuestionamiento, no se hallaba reglamentado lo relativo a la experiencia de los oferentes, o la capacidad jurídica, administrativa, técnica y económica, ya que ello ocurrió posteriormente, de suerte que se entendía que en la contratación directa a lo único que había que darle prioridad era al precio, por eso no se exigían mayores requisitos para las contrataciones menores.

No recuerda si verificó o no la idoneidad y las labores ejecutadas por los interventores y supervisores asignados para los contratos, pues generalmente ellos son de la misma Secretaría de obras públicas, porque cuando el contrato es complejo normalmente se contratan interventores externos.

Asegura que las liquidaciones también se hacían en la secretaria de obras, de suerte que por facilidad correspondía realizarlas al mismo interventor, en lo cual no tuvo participación directa, pues la vigilancia sobre el funcionario encargado de dicha labor la hacía el jefe de éste, o sea el secretario de obras.

Señala que cuando visitaba Maicao verificaba cómo habían quedado las obras, y escuchaba la opinión de la

comunidad que se manifestaba conforme con las tareas realizadas, a tal punto que todas ellas se cumplieron sin que tuviera conocimiento que no se hubieran efectuado o que se hubieran contratado algunas que ya habían sido ejecutadas.

Precisa que cuando nombraba algún funcionario en encargo para reemplazarlo temporalmente, después de posesionarlo si había algún tema especial, relevante o de cierta trascendencia, le decía que pusiera empeño a dicha situación o que manejara las cosas de tal o cual manera. Es decir, le daba luces sobre el particular. Aclara que cuando retomaba sus funciones, no verificaba o revisaba las actividades realizadas por el funcionario encargado, a menos que se tratara de un asunto trascendental.

En cuanto a la razón específica para que nombrara como Gobernadores encargados a RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ en varios periodos durante 2001, indica que no sólo gozaban de su confianza, sino que se trataba de funcionarios diligentes. Añade que mientras a ÁLVARO lo conocía hacía bastante tiempo, a RAÚL lo había conocido hacía apenas 3 años pero le parecía que era buen funcionario.

No sabe si RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA o ÁLVARO GNECCO tuvieron alguna participación en la etapa precontractual, en la selección de los contratistas o la planación de las obras, porque dicha labor no les correspondía realizar en desarrollo de las funciones ordinarias a ellos asignadas.

Tampoco los mencionados tuvieron algo que ver con el Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado de Maicao, pues no estaba dentro del giro ordinario de sus deberes, aunque de pronto el doctor FRAGOZO DAZA tenía alguna relación con la parte financiera, dado que por entonces era el Secretario de Hacienda, a propósito de los recursos que giraría el Ministerio de Desarrollo para la aplicación del convenio en ese plan.

Señala que ni RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA ni ÁLVARO GNECCO RODRÍGUEZ pudieron haber tenido alguna participación en el manejo del Convenio 050 firmado con el Ministerio de Desarrollo Económico, porque ese acuerdo se celebró en el año 2000, es decir, cuando ellos aún no eran funcionarios de la Gobernación.

Precisa que el Plan Maestro era parte de la política del gobierno nacional, toda vez que había crisis sanitaria en la mayoría de los municipios de Colombia y debido a esto diseñó ese plan para tratar de mejorar la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado.

Indica que ese Plan Maestro finalmente no se materializó en un documento que pudiera ser consultado.

2.2.1.2.- El procesado **ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ**, por su parte, respecto de los controles que tenía establecidos el despacho del gobernador titular para que al momento de firmar los contratos se constatará el cumplimiento de los requisitos legales esenciales durante el trámite, expresó que se trata de un asunto complejo, debido a que la secretaria de obras se encargaba de todo durante dicha fase, pues hasta

contaba con un equipo jurídico, de tal suerte que, por ejemplo, en el caso del contrato que firmó, llegó al Despacho con todas las especificaciones, todos los requisitos incluidos formalmente en la carpeta y se veía que se habían cumplido los pasos respectivos por lo cual firmaba, pero no había ninguna indicación precisa al respecto por parte del gobernador titular.

Señala que la firma de ese contrato fue algo accidental, porque, así como él estuvo encargado del Despacho del Gobernador, también pudo haberlo firmado cualquiera otra persona. Dice no recordar que el Gobernador titular tuviera algún mecanismo para verificar el cumplimiento de todos los requisitos legales esenciales en la fase precontractual, pues cada cual cumple las funciones conforme al cargo que desempeña.

Recuerda haber firmado tan sólo un contrato de los que son materia de cuestionamiento, sin precisar cuál de todos ellos, aunque indica que cuando de la Secretaría de Obras le llegaba la carpeta del contrato, ya tenía incluidos todos los vistos buenos de los funcionarios de dicha dependencia, por lo cual después de observar y verificar que la carpeta cumplía la totalidad de los requisitos, procedía a firmar el contrato, sin que tuviera que saber que sobre ese mismo tema ya había otros convenios vigentes.

Señala que cuando se desempeñó como Gobernador encargado por la época en que firmó el contrato materia de investigación, el titular de la gobernación, doctor DELUQUE FREYLE, no le dijo que debería firmar este contrato, aunque

aclara que la selección o escogencia del contratista era realizada por el personal de la secretaría de obras públicas.

Indica que durante su desempeño como secretario privado del gobernador no tuvo conocimiento que el titular doctor DELUQUE FREYLE orientara a los funcionarios que tramitaban los contratos o los controlara para que se observaran los requisitos legales esenciales durante esa fase, pues generalmente todo gobernante, así como todo gerente de una empresa lo primero que le dice al personal subalterno es que cumpla con el ordenamiento jurídico, esto mismo sucede cuando a una persona se le da posesión del cargo, bajo la gravedad de juramento manifiesta que conoce las funciones asignadas, de manera que, en este caso, cada cual las cumplía sin necesidad de que se le estuviese recalcando dicha obligación.

Menciona que cuando estuvo encargado de la Gobernación, participó en algunos consejos de gobierno, aunque aclara que generalmente no se hacían en la misma gobernación sino en la casa de gobierno por la amplitud del lugar, aunque en ellos no se ventilaban los trámites de los distintos procesos contractuales.

Señala que dentro de las funciones asignadas no estaba verificar qué labores o actividades de vigilancia y control que para ese entonces realizaba o realizó el doctor DELUQUE FREYLE para que en el trámite de los contratos investigados se cumplieran los requisitos legales esenciales.

Con respecto a lo indicado por la Fiscalía en el pliego de cargos, menciona que firmó tan sólo un contrato sin saber nada más, porque ese día de manera accidental estuvo como Gobernador encargado sin saber de más contratos.

Y en relación con el contrato que suscribió, menciona que la situación es bien sencilla, pues el trámite de los contratos se llevaba a cabo en la secretaria de obras que contaba con un equipo jurídico. En la carpeta del contrato que firmó pudo observar que se hallaba incluido todo lo requerido para acreditar que se habían cumplido los procedimientos, por lo cual procedió a firmar, sin que sepa qué sucedió después.

Cuando se le interroga si previo a la suscripción de los contratos que firmó, tuvo conocimiento de la existencia de estudios de mercado, financieros, de suministro o ambientales respecto del objeto que se pretendía contratar, manifestó que no, que solamente se fijó en la carpeta que contenía todos los trámites, pero lo de los asuntos ambientales y demás, no era su función ni de ningún gobernador sino de la Secretaría de obras.

Recuerda que en ese entonces duró encargado un máximo de dos días y previo a la firma del aludido contrato no convocó al Secretario de Obras Públicas Alejandro Magno Builes para que le informara acerca del trámite previo que se le hubiere dado a fin de verificar que se hubiere adelantado conforme a la ley, ya que solamente vio que las carpetas tenían los procedimientos y venían con los vistos buenos de los respectivos funcionarios, por lo cual lo firmó.

Añade que previo a la suscripción del contrato, la Secretaría de obras contaba con un abogado especializado que se encargaba de dar el visto bueno para la contratación, e indica que no tuvo conocimiento en ese instante sobre cuáles fueron los criterios observados por la secretaria de obras públicas para seleccionar a los contratistas en los negocios jurídicos que firmó.

Dijo que no era su función saber cuál fue el criterio de adjudicación de los contratos, porque eso lo definía la Secretaría de Obras Públicas, lo único que revisaba era que se hubiese cumplido el procedimiento precontractual sin que tampoco fuera su función participar en el trámite de liquidación, ya que eso era de competencia de la Secretaría de obras, sin que se enterara si el gobernador titular DELUQUE FREYLE hubiese realizado actividades orientadas a verificar en qué medida y de qué manera los contratistas cumplieron las obligaciones derivadas de los mismos.

Sostiene que en todo caso los contratos se cumplieron a cabalidad, sin que se hubiese enterado de ningún otro dato de importancia para los fines del presente proceso.

2.2.1.3.- **RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA**, a su turno, dijo creer que el manual de contratación en la Gobernación de La Guajira no fue establecido por el gobernador de la época de ocurrencia de los hechos materia de investigación, sino que venía de gobiernos anteriores, pero indica que básicamente regulaba dicho tema con respecto a las Secretarías de Obras Públicas y de Planeación Departamental y se aplicaba a todo tipo de contratos, aunque no existe un documento de tal

magnitud que regule todos los aspectos en un órgano tan especial como es la Gobernación.

Indica que para efecto de su desempeño en las oportunidades que fungió como como Gobernador Encargado, en cuanto al tema de la contratación, todo se programaba en la Secretaría de Obras Públicas que contaba con un equipo interdisciplinario, incluidos abogados, que recopilaba toda la documentación conforme se establecía en la normatividad de la materia.

Aclara que de acuerdo con el manual de contratación, como Secretario de Hacienda, en los contratos materia de investigación, no tenía ninguna relación con ese tipo procedimientos que se realizaban al interior de la secretaria de obras públicas, tan sólo expedía los certificados de disponibilidad presupuestal y posteriormente hacia los registros presupuestales cuando le eran solicitados, pues todo lo que tenía que ver con el cumplimiento del marco normativo en materia de contratación se llevaba a cabo en la Secretaría de obras públicas.

Indica que el Gobernador titular del Departamento no tenía injerencia alguna en materia de contratación dentro de la Secretaría de obras públicas, ya que los contratos obedecían a unos principios y sobre todo a las neccsidades del Municipio de Maicao.

Advierde que en los Consejos de Gobierno en los que participó como Gobernador Encargado, no se trató el tema de la contratación y tampoco le fueron presentados informes por

parte de la secretaria de obras públicas sobre el trámite contractual en los contratos investigados. De lo único que se percataba al momento de suscribir los convenios era que se cumpliera la totalidad del ordenamiento jurídico, que llevara el visto bueno del Secretario de Obras Públicas, de la oficina jurídica y de planeación, que estuviera inscrito en el banco de proyectos y que llevara su certificado de disponibilidad presupuestal, al igual que su registro presupuestal, para poderlo firmar.

Sostiene que siempre se percató que los contratos llevaran todos los documentos que anota y que, estuvieran en regla para poder ejecutarse como tal. Lo único era que no podía saber si cumplía o no con los preceptos de la ley 80 o si se iba a hacer licitación, tan sólo firmaba los contratos que veía que estaban ajustados, que eran de menor cuantía, y que de acuerdo con el presupuesto que se estaba ejecutando en esos momentos.

Aclara que, en ningún momento, por parte del titular de la Gobernación, se le dio alguna indicación para suscribir los contratos materia de acusación, pese a que no cumplieran los requisitos legales esenciales. Tampoco se enteró, dice, que el titular de la gobernación doctor DELUQUE FREYLE hubiese ejercido el control del trámite precontractual para que se adjudicaran a los contratistas que finalmente fueron seleccionados, con vulneración de los principios de la contratación pública, pues dicha actividad se desarrollaba en la Secretaría de Obras Públicas.

Menos se enteró que el gobernador titular se hubiese interesado irregularmente en la adjudicación amañada de estos contratos.

Frente a los cargos formulados en la acusación, menciona que el determinar si el contrato se hacía por licitación o por contratación directa no es del resorte de la Secretaría de Hacienda o de la Gobernación, pues no tenía por qué conocer ese tipo de apreciaciones. Su responsabilidad iba hasta incluir los dineros producto del convenio en el presupuesto para que se ejecutaran, mas no la parte en cómo se debería contratar o cómo se debía ejecutar y contratar los recursos de ese convenio, toda vez que eso era una discusión de la parte jurídica y de la parte de obras públicas que debían definir cuál era el mecanismo que se ajustaba a la ley para poderlo ejecutar como tal.

Dijo desconocer las circunstancias en que se definió el sistema de contratación de los convenios objeto de cuestionamiento, es decir si se iban a ejecutar por licitación pública o por contratación directa, menos si existieron motivos de interés público que motivaran la división del objeto contractual o si existieron estudios previos sobre dicho particular, pues ello era responsabilidad de la Secretaría de Obras y tampoco se le presentaron informes sobre cómo se había adelantado el trámite de dichos contratos.

Dijo no saber cuáles fueron los criterios que se tuvieron en cuenta en la Secretaría de Obras para la selección de los contratistas en aquellos contratos que suscribió, ni por qué los contratos de obra que se investigan fueron adjudicados de

manera directa a personas jurídicas y naturales teniendo como criterio de evaluación únicamente que la propuesta fuera la de menor valor, excluyendo aspectos relevantes como la experiencia de los oferentes, su capacidad jurídica, administrativa, técnica y económica, y aclaró que no participó en la liquidación de los aludidos contratos, pues ello le correspondía a la Secretaría de Obras Públicas y a la Gobernación, aunque cree que los contratos se ejecutaron en su totalidad.

2.2.1.4.- De igual modo, se recibieron los testimonios de Carlos Jorge Caballero Guerra⁵⁶, Luis Fernando Osorio Osorio⁵⁷, Jaime Donaldó Díaz Vega⁵⁸, Martín Omar Mejía Carrillo⁵⁹, Danilo Rafael Araujo Daza⁶⁰, Idelfonso Torres Cuesta⁶¹, Alfredo Arias Cárcamo⁶², Filemón José López Cerchar⁶³, Alejandro Magno Builes Suárez⁶⁴, Carlos Julio Pedraza Reyes⁶⁵, Elvin Rafael González Medina⁶⁶, Jaime José Gómez Urbina⁶⁷, Luis Miguel Melo Guerrero⁶⁸, Delay Manuel Magdaniel Hernández⁶⁹, Hildefonso Enrique Morales Ospina⁷⁰, Guadalupe Esther Cañas de Murgas⁷¹ y Samuel Santander Lanao Robles⁷².

⁵⁶ Fls. 4 ss. cno. Original No. 3 Corte.

⁵⁷ Fls. 6 ss. cno. Original No. 3 Corte.

⁵⁸ Fls. 9 ss. cno. Original No. 3 Corte.

⁵⁹ Fls. 22 y 83 ss. cno. Original No. 3 Corte.

⁶⁰ Fls. 23 y 81 ss. cno. Original No. 3 Corte.

⁶¹ Fls. 23 y 79 ss. cno. Original No. 3 Corte.

⁶² Fls. 25 ss. cno. Original No. 3 Corte.

⁶³ Fls. 41 ss. cno. Original No. 3 Corte.

⁶⁴ Fls. 44 ss. cno. Original No. 3 Corte.

⁶⁵ Fls. 69 ss. cno. Original No. 3 Corte.

⁶⁶ Fls. 71 ss. cno. Original No. 3 Corte.

⁶⁷ Fls. 73 ss. cno. Original No. 3 Corte.

⁶⁸ Fls. 75 ss. cno. Original No. 3 Corte.

⁶⁹ Fls. 77 ss. cno. Original No. 3 Corte.

⁷⁰ Fls. 85 ss. cno. Original No. 3 Corte.

⁷¹ Fls. 150 ss. cno. Original No. 3 Corte.

⁷² Fls. 157 ss. cno. Original No. 3 Corte.

3.- Alegatos de conclusión

Culminado el interrogatorio de los acusados y la práctica de pruebas en el juicio, en acatamiento de lo previsto por el artículo 407 de la Ley 600 de 2000, en la sesión del 27 de enero de 2022⁷³ se dio curso a la intervención de las partes en la audiencia, en términos que a continuación se mencionan.

3.1.- Intervención de la Fiscalía.

El Fiscal Doce Delegado ante la Corte comienza por manifestar que las pruebas recaudadas durante las fases de investigación y juzgamiento, permiten tener por acreditada no sólo la materialidad de la conducta sino la responsabilidad penal de los enjuiciados.

Indica que las presuntas irregularidades en la contratación del Departamento de La Guajira, relacionadas con 24 contratos celebrados para ejecutar los recursos del denominado "*Convenio de Apoyo Financiero 50-2000*" celebrado entre el Ministerio de Desarrollo Económico, el Departamento de La Guajira y el Municipio de Maicao, destinados a la construcción del "*Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado del Municipio de Maicao*", 21 de los cuales correspondían a la construcción de obras de distribución de acueducto y alcantarillado sanitario a diferentes barrios del municipio de Maicao y los 3 restantes a la interventoría de las obras, la gerencia del proyecto y el levantamiento topográfico, encuentran plena demostración con las pruebas recaudadas a lo largo de la actuación.

⁷³ Fls. 235 ss. cno. Original No. 4 Corte.

Sostiene al efecto que tales contratos desconocieron los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, debido a la omisión de abrir licitación pública, pretermitir los estudios previos de conveniencia y oportunidad, la inexistencia de fórmulas para la evaluación de los proponentes y de los puntajes de las ofertas a efectos de evaluar experiencia, capacidad jurídica, administrativa, técnica y económica, lo que condujo a la adjudicación arbitraria y caprichosa, y a fraccionar los contratos por tratarse de un solo objeto, en cuantías que permitían la contratación directa y sin cumplir las exigencias de la Ley 80 de 1993.

Respecto de **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE**, precisa que en su condición de Gobernador de La Guajira para el período constitucional 2001-2003, suscribió los contratos números **004** del 5 de marzo, **044** y **045** de los días 15 y 17 de agosto, **117** y **143** de 11 y 21 de septiembre, **211** de 5 de octubre, **228** y **236** de 17 del mismo mes, **430**, **431**, **432**, **433**, **435**, **436**, **437**, **438**, **439**, **440** y **486** del 18 de diciembre de **2001**.

RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA, por su parte, como Gobernador encargado, suscribió los contratos **240** y **241** del 26 de octubre, **361** y **365** de los días 27 y 28 de noviembre y los **2** contratos adicionales **001** de 30 y 24 de octubre, respectivamente, a los contratos Nos. **044** y **045**, todos en el año 2001.

ÁLVARO GNECCO RODRÍGUEZ, a su turno, como Gobernador encargado, suscribió el contrato No. **427** del 13 de

diciembre y los **2** adicionales Nos. 001 de 20 de diciembre de 2001 a los contratos **240** y **241**.

Indica que, del cúmulo probatorio recaudado a lo largo de la actuación, se pudo establecer que la inscripción en el Registro Único de Proponentes No. 835 del 24 de octubre de 2000 que presentó la firma ARING LTDA. (contratos 004, 045, 361 y 365) no correspondía a la realidad, porque de acuerdo a la inscripción realizada a la Cámara de Comercio de La Guajira, se constató que la primera inscripción en dicho registro tuvo lugar el 25 de abril de 2002 bajo el número 00001275.

Sostiene que también se determinó que todos los contratos materia de investigación fueron liquidados unilateral o bilateralmente, pero no se encontraron en la Alcaldía de Maicao planos o diseños de las obras con los cuales se pudiera hacer una comparación en el sitio de lo realmente ejecutado versus lo liquidado, tampoco en la gobernación los planos récord de las obras, ni registros fotográficos del proceso constructivo de las mismas, ni se pudieron realizar entrevistas con posibles beneficiarios porque no se detallaron en los contratos las direcciones exactas donde debían ejecutarse.

Señala que el proyecto denominado “PLAN MAESTRO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE MAICAO”, debía cumplirse en ejecución del mencionado convenio interadministrativo 050-2000 de apoyo financiero celebrado entre el Ministerio de Desarrollo Económico, el Departamento de La Guajira y el Municipio de Maicao, que demandaba de un proceso transparente y público para la ejecución de los recursos en cuantía de \$4.500.000.000.00, de los cuales el

Ministerio aportaba \$3.000.000.000.00, el Municipio \$500.000.000.00 y lo demás por el Departamento, con una exigencia establecida en el propio Convenio, referida a un proceso de licitación pública para la selección del contratista, de acuerdo con el literal D) de la cláusula tercera.

Afirma que contrariando ese expreso mandato del acuerdo de voluntades entre la Nación, el Departamento y el Municipio, se procedió a fraccionar la contratación de dicho proyecto, ubicando *“convenientemente”*, según la Fiscalía, el valor de los contratos por debajo de la menor cuantía establecida para el Departamento de La Guajira en el año 2001, *“con el claro propósito de adjudicarlos de manera directa, evadiendo premeditadamente el proceso licitatorio exigido”*.

Después de aludir a aquello que la jurisprudencia ha dicho con respecto al fraccionamiento contractual, señala que en este caso no se acreditó la existencia de estudios o conceptos de viabilidad que dieran cuenta de razones que justificaran el fraccionamiento.

En este caso, dice, acorde con el abundante material probatorio recaudado, se estableció que tanto técnica como presupuestalmente, los contratos objeto de cuestionamiento, hacían parte del mismo proyecto, relativo a la construcción de redes de distribución de acueducto y/o alcantarillado en diferentes barrios de Maicao, lo que da cuenta de una unidad material de objeto correspondiente a una misma imputación presupuestal y sólo para evadir el trámite de la licitación pública que implicaba la sumatoria de los valores de cada contrato, se dividió su objeto en varios para adjudicarlos de

manera directa, teniendo cuidado de que el valor de cada uno no superara la menor cuantía establecida para el Departamento de La Guajira en el año 2001, cuyo tope estaba en \$171.600.000.00; de allí que varios de los contratos cuestionados se ubican en el rango entre 150 y 170 millones de pesos.

Indica que se pretendió justificar dicho fraccionamiento con el argumento que se iba contratando a medida que se fuera dando la disponibilidad de los recursos en el departamento para el año 2001, situación que, en criterio de la Fiscalía, fue desvirtuada en el proceso por haberse establecido que desde el comienzo de la vigencia fiscal 2001 se contaba con una apropiación presupuestal de \$2.000'000.000.00 (rubro 01-3-61-20) para ejecutar obras de rehabilitación y optimización del sistema de acueducto del municipio de Maicao, recursos con los que contaba el departamento desde el año 2000, toda vez que esta partida fue incluida en el proyecto de presupuesto presentado a la Asamblea Departamental en octubre de ese año, así como una apropiación presupuestal inicial de al menos \$1.000.000.0000.00 (rubro 01-3-64-20) para la construcción, optimización y mantenimiento de acueductos y alcantarillados urbanos y rurales, es decir, contaba desde un comienzo con la suma de \$3.000.000.000.00, fuera de los recursos aportados por el Ministerio de Desarrollo Económico y el Municipio de Maicao.

Señala que, si bien los procesados reconocen haber celebrado los contratos objeto de cuestionamiento, pretendieron atribuir las irregularidades que se les endilgan a la buena fe y la confianza depositada en las dependencias

encargadas de cada uno de los trámites o a los transitorios encargos como gobernadores, lo cual dista de la realidad advertida en el proceso, relativa al desconocimiento pleno de los principios básicos de la contratación estatal.

Considera que las declaraciones de los contratistas, quienes dijeron desconocer las razones por las que no se adelantó licitación pública y que los Gobernadores se mostraban ajenos a dicha situación, ya que sólo se entendían con el Secretario de Infraestructura o con el personal adscrito a dicha dependencia y no con aquellos, no desvirtúa la responsabilidad que les competía a los enjuiciados, que como se indicó, en su calidad de ordenadores del gasto contaban con plenas facultades para celebrar los contratos, sin que se hubiese delegado tal acto en la Secretaría correspondiente o en algún otro funcionario del departamento.

Indica que a varios contratistas les fue adjudicado más de un contrato y alternativamente algunos de aquellos también presentaron propuestas con leves diferencias de tiempo para otros trámites en que no resultaron favorecidos por ser más costosas frente a la ganadora y respecto del presupuesto oficial, de lo cual deduce que de manera artificial, porque no existe razón lógica que explique que quien desee obtener un contrato de la administración presente una oferta que supera dicho presupuesto oficial, situación que se presentó en 22 de los 24 contratos cuestionados, amén de que el único criterio de evaluación que se pudo establecer fue el de menor valor, que a criterio de la Fiscalía constituye un indicio grave de que el único propósito era el de contratar directamente, vulnerando

así los principios de la contratación estatal y los acuerdos a los que se habría arribado en el convenio de apoyo financiero.

Sostiene que las irregularidades que la Fiscalía atribuye en los procesos contractuales que menciona, no solo se refieren a la omisión de adelantar los procesos de licitación pública correspondientes, sino también por la falta de estudios previos, de conveniencia y oportunidad, aplicables también a los procesos de contratación directa, y por las manifiestas irregularidades en el proceso de selección de los contratistas, porque además de lo relativo a los precios de las ofertas, no existían fórmulas para evaluar otros aspectos de las propuestas como la experiencia, capacidad jurídica, administrativa, técnica, y económica de los oferentes, lo que se tradujo en la adjudicación arbitraria y caprichosa de los contratos.

Adicional a lo expuesto, observa que varios de los contratos fueron celebrados para desarrollar el mismo objeto, como así dice haber sucedido con los números 436 y 437 del 18 de diciembre de 2001, para la *“construcción de redes de distribución acueducto de Maicao Barrios El Carmen y Pastrana localizados en el municipio de Maicao”*, aunque con diferentes contratistas y por diversos valores, el primero con Larry Sierra Robles por la suma de \$ 130.398.225.00 y el segundo con Jorge Magdaniel Socarrás por \$153.225.202.00.

Sostiene que los contratos y sus adiciones celebrados con una misma empresa contratista, ARING LTDA., representada por Carlos Jorge Caballero Guerra, ascendieron a \$523.334.344.00, superando el tope de la menor cuantía para

contratar directamente, que correspondía a \$ 171.600.000.00 en el Departamento de La Guajira para el año 2001.

Señala que dicho tope también fue superado en el contrato 044 de agosto de 2001 para la construcción de las redes de distribución de acueducto en los barrios Santander, San Martín y San José, por un valor inicial de \$170.245.400.00, adicionado apenas dos meses y medio después, el 30 de octubre siguiente, en la suma de \$84.990.034.00, para un total de \$255.235.434.00.

Indica que para los mismos barrios Santander, San Martín y San José se celebraron los contratos 430 y 433 del 18 de diciembre de 2001 por la suma de \$71.478.875.00 y \$169.746.107.00 para un total de \$241.224.982.00 y también los contratos 045 del 17 de agosto de 2001 por \$164.045.625.00, adicionado el 24 de octubre siguiente por \$53.049.100.00; el contrato 365 del 28 de noviembre de 2001 por \$164.997.808.00 y el 435 del 18 de diciembre de 2002 por \$130.398.225.00, para la construcción de redes principales y o secundarias del barrio San José.

Agrega que también se celebró el contrato 117 de 11 de septiembre de 2001, para la construcción del tanque elevado en el barrio Loma Fresca y el 430 del 16 de diciembre siguiente para la construcción de las redes de distribución de la misma localidad.

Asimismo, dice, se celebró el contrato 241 del 26 de octubre de 2001 por la suma de \$165.809.333.00 para la construcción del alcantarillado sanitario del Barrio San José,

el cual fue adicionado en \$60.581.928.00 el 20 de diciembre siguiente, para un total de \$226.391.261.00 y para la construcción de redes de colectores secundarios del mismo barrio se celebró el contrato 440 del 18 de diciembre del mismo año por la suma de \$158.497.807.00.

Señala que para la distribución de las redes de acueducto en el barrio Boscán, se celebró el contrato 044 del 15 de agosto de 2001 por una valor inicial de \$170.245.400.00 adicionado el 30 de octubre siguiente en \$84.990.034.00 para un total de \$255.235.434.00 y para la construcción del alcantarillado sanitario del mismo barrio se celebró el contrato 240 del 26 de octubre por 169.178.170.00, adicionado el 20 de diciembre de 2001 en \$62.777.072.00 para un total de \$231.955.242.00.

En cuanto al barrio el Centro, indica que se firmó el contrato 044 del 15 de agosto de 2001 para la construcción de redes de distribución de acueducto y el 241 del 26 de octubre para las de alcantarillado, como similares situaciones advierte en los contratos celebrados para acueducto y alcantarillado en los barrios los Cedros y el Bosque, entre otros.

Concluye, entonces, que además de haberse fraccionado la contratación de las obras por barrios, también se fragmentó la construcción de las obras dentro de los mismos barrios, en varios de los casos adicionándose los mismos en valores que superaban ampliamente el límite de las cuantías para la contratación directa en el departamento.

Estima que de las declaraciones rendidas en el curso del proceso así como de otros medios de convicción, se establece

que la topografía del municipio de Maicao es completamente plana y que los barrios no se hallan distanciados unos de otros, como para que justificara que por los diferentes niveles del terreno o las distancias de las obras a ejecutar, resultara indispensable realizar el elevado número de contratos que hacían parte del mismo proyecto y que conformaban un mismo objeto en su unidad, el cual no se explica ni siquiera con el argumento de ser distintos los contratos de acueducto con los de alcantarillado, toda vez que para las redes de acueducto se celebraron 16 contratos, en tanto que para alcantarillado se suscribieron 5, habiéndose podido signar dos licitaciones diferentes si ese era el caso.

Señala que los acusados se escudan en que hubo delegación, al dejar al criterio de sus subalternos la potestad ordenadora del gasto, en cuanto a la pertinencia, conveniencia y legalidad de los procedimientos contractuales que debieron acogerse para la ejecución del Plan Maestro, con lo cual, a criterio de la Fiscalía, de esta manera desconocieron sus deberes como gobernadores, ordenadores del gasto y máxima autoridad administrativa del departamento.

Considera que no es de recibo el argumento defensivo, en el sentido que para la época de los hechos investigados no existían normas claras que regularan la contratación directa, por cuanto el estatuto contractual se hallaba vigente desde 1993.

Asimismo, estima inaceptable el argumento según el cual ese tipo de contratos carecían de la envergadura necesaria para merecer la atención de los gobernadores de turno, más aun

tratándose de contratos cuyo objeto era la satisfacción de necesidades básicas, tales como de acueducto y alcantarillado.

Precisa que los procesados que ejercieron como gobernadores encargados, no pueden excusarse en el hecho de que sus encargos eran apenas circunstanciales y carecían de la posibilidad de conocer el fondo de los contratos que en esa condición celebraban.

Señala que, tanto desde el punto de vista objetivo, como subjetivo, se satisfacen los presupuestos procesales para proferir sentencia de condena en contra de los acusados por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, conforme lo solicita.

3.2.-Intervención del Ministerio Público.

La Procuradora Segunda Delegada para la Investigación y Juzgamiento Penal, considera que todos los contratos celebrados por los acusados, tienen como denominador común la existencia de protuberantes irregularidades constitutivas de desconocimiento del contenido del artículo 24.1.a de la Ley 80 de 1993, que establece la obligación de adelantar procesos de licitación pública, en cuanto que cada uno de los contratistas fue seleccionado mediante la modalidad de contratación directa, atendiendo la cuantía fijada para estos efectos.

Señala que, si bien cada uno de dichos contratos no superaba el tope fijado para la menor cuantía, lo cual permitía adelantar un proceso de contratación directa, se tiene que para eludir el proceso de licitación pública se fragmentó de manera

ilegal la contratación. Ello si se parte de considerar que, entre el Departamento de La Guajira, el Municipio de Maicao y el Ministerio de Desarrollo Económico, celebraron el Convenio No. 050-2000, destinado al mejoramiento y construcción de la red de acueducto y alcantarillado de la población de Maicao, pues era una necesidad apremiante que requirió el concurso de dichas entidades en orden a elaborar y desarrollar un Plan Maestro para su satisfacción, dejando plasmada la obligación de adelantar procesos licitatorios.

Afirma que pese a tener un objeto común y un presupuesto único para ello se derivaron varios y cuantiosos contratos individuales, adjudicados a contratistas seleccionados de manera discrecional por quienes fungieron como Gobernador titular o como Gobernadores encargados, bajo la justificación de que cada uno de los contratos no superaba el tope de la menor cuantía. Señala que, sin embargo, debe tenerse en cuenta que según el objeto de cada uno de los contratos, todos tienen por finalidad mejorar la red de acueducto y alcantarillado de los barrios de Maicao, por lo que bien ha debido adelantarse un único proceso licitatorio al existir una unidad de objeto contractual, una misma población beneficiada, y todos tenían una misma fuente de financiación.

Considera que dicha maniobra utilizada por los acusados riñe con los principios de transparencia, economía y responsabilidad, propios y esenciales de la contratación estatal, por lo que desde el punto de vista objetivo se realiza el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales atribuido en la acusación, previsto en el código penal de 1980, el cual resulta aplicable en este caso a los contratos suscritos

antes del 24 de julio de 2001, fecha a partir de la cual entró en vigencia la Ley 599 de 2000.

Señala que el análisis de las carpetas que contienen el trámite y celebración de cada uno de los contratos, permite afirmar que de manera discrecional se seleccionó a los contratistas, los cuales, incluso en algunos casos no cumplían los requisitos, como es el de la compañía ARING Ltda. que no contaba con experiencia en la construcción de redes de acueducto y ni siquiera aparecía en el Registro Único de Proveedores. Además, entre la documentación de las carpetas no obra la forma de calificación y evaluación de las propuestas, pudiéndose concluir que el contratista seleccionado en cada caso fue el que presentó la propuesta de menor valor, para lo que no se valoraron factores como la experiencia, la organización y el aseguramiento de la calidad que aparecen como aspectos a considerar en los términos de referencia.

Tampoco obran los estudios de conveniencia y oportunidad que determinaran la necesidad de la contratación, por lo que se considera vulnerado el principio esencial de planeación. De igual modo, no se encontraron planos y diseños de la obra, lo que originó la suspensión de varios contratos y que no se pudieren ubicar beneficiarios de las obras ya que en los contratos no se detallaron las direcciones exactas de ejecución contractual. Asimismo, no fue posible contrastar el avance de las obras por no existir registros sobre el proceso de construcción.

Considera que dichas irregularidades permiten concluir la efectiva vulneración de los principios de planeación,

transparencia y selección objetiva, que revisten el carácter de esenciales conforme así lo determina el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, conducta típica atribuible a los aquí acusados, que además resulta antijurídica por transgredir el bien jurídico administración pública, el cual vela porque los servidores públicos cumplan con probidad y honestidad el servicio que les fuera encomendado.

En este caso, dice, la antijuridicidad se soporta en el ejercicio indebido de la función pública, utilizada para desconocer los principios de la contratación estatal y favorecer a determinados contratistas, generando un comportamiento arbitrario y discrecional, lo cual resulta censurable, independientemente de que se haya cumplido el propósito para el cual se tramitaron y celebraron los contratos.

En opinión de la Procuradora Delegada, la actuación informa que los acusados actuaron de manera voluntaria, y que con conocimiento de la ilicitud se apartaron del cumplimiento de sus obligaciones como ordenadores del gasto, de suerte que ninguna duda cabe de que cada uno actuó en forma dolosa y con plena capacidad de obrar conforme a derecho, situación que los hace merecedores del reproche penal.

En razón de lo expuesto, la Procuradora Delegada solicita proferir sentencia de condena en contra de los procesados HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ, como consecuencia de ser encontrados responsables del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales tipificado

por los artículos 147 del Código Penal de 1980 y 410 de la Ley 599 de 2000.

3.3.- Intervención de los defensores.

Los defensores de los procesados solicitan a la Corte proferir sentencia absolutoria en favor de sus defendidos y ordenar el archivo definitivo de este proceso, en términos que a continuación se precisan.

3.3.1.- Defensor de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE.

Comenzó por manifestar que en la actuación no se satisfacen los requisitos previstos en la ley para proferir sentencia de condena, por lo que procede la absolución de su asistido.

Indica que deviene atípica la conducta atribuida a su representado, toda vez que bajo la normativa de contratación vigente para el año 2001 no estaban establecidos los requisitos que la Fiscalía exige, tales como los factores de experiencia, organización, aseguramiento de calidad, *“de manera que es imposible generar reproche alguno por la ausencia o no cumplimiento de los mismos”*.

Indica que la Ley 80 de 1993 no se ocupó de regular lo relativo a la contratación directa y difirió este asunto a una posterior reglamentación que debía expedir el Gobierno Nacional en el término de 6 meses, y justo antes de vencerse

este plazo, emite el Decreto 855 de 1994 pero sin desarrollar los principios señalados en la ley.

Precisa que acorde con la referida disposición, la menor cuantía era una excepción al principio general de contratar mediante licitación o concurso públicos, con lo cual se ratifica la excepcionalidad, pero también la plena validez de la contratación directa como, según dice, lo ha señalado el Consejo de Estado, para concluir que en los procesos contractuales materia de este proceso por ser de menor cuantía, no se utilizó el procedimiento correspondiente a la licitación.

Añade que en los procesos de menor cuantía no era requisito de obligatorio cumplimiento que se estuviera inscrito en el Registro Único de Proponentes, por lo que el reproche que en tal sentido se formula queda sin respaldo legal.

Y precisa que el principio de selección objetiva basado en el principio de economía, no es otra cosa que la propuesta más favorable a los intereses de la entidad, de tal suerte que frente a proponentes que eran similares en cuanto a aspectos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio, el factor que iba a marcar la diferencia era el precio.

Indica que el requisito de experiencia, capacidad jurídica, operacional, administrativa y financiera, no se exigió sino hasta el 1º de enero de 2003 con el Decreto 2170 de 2002, vigente a partir del 1º de enero de 2003, como requisito de cumplimiento, pero no de calificación, en el cual, además, se implementó la definición precisa de oferta más favorable.

Aclara que las pautas o indicaciones que para los procesos contractuales debían seguirse en el departamento de La Guajira, quedaron plasmadas en el documento que venía operando en la Secretaría de Obras Públicas denominado términos de referencia, mediante los cuales se formuló invitación para que se ofertase en los distintos procesos contractuales.

Añade que la Fiscalía atribuye una posible colusión entre los distintos proponentes, pero en ello no hay nada ilegal, cuya explicación la dieron los mismos oferentes que presentaron las respectivas propuestas.

Sostiene que sólo en el Decreto 2170 de 2002 se precisaron los estudios previos que la Fiscalía exige, cuya definición se concretó en el Decreto 2478 de 2008, por lo que mal se podían hacer exigencias incluidas en disposiciones reglamentarias posteriores a los hechos materia de investigación. Lo que se acreditó en la investigación fue que los contratos cumplieron con la normativa vigente para el año 2001 en lo relativo a diseños previos, conveniencia y oportunidad, así como el de planeación, pues la Gobernación debía ajustarse a los lineamientos enviados desde el nivel central tanto por el Ministerio de Desarrollo como por la Dirección Nacional de Planeación. Situación distinta es que no se hubieron podido ubicar las fichas respectivas para los contratos objeto de cuestionamiento, si se tiene en cuenta que 12 años después se realiza inspección judicial en la sede de la Gobernación.

Considera que al contrario de lo señalado por la Fiscalía, de ninguna forma el Convenio 050 celebrado entre el Ministerio de desarrollo, el Municipio de Maicao y la Gobernación, obligaba a ésta hacer procesos licitatorios, sino que dicha exigencia era para el Municipio, menos aun cuando no existía unidad de objeto.

Tampoco existe un solo estudio que indicase que dichos contratos debían adjudicarse en uno solo. *“Por el contrario, lo que se desprende de toda la probanza testimonial recaudada al cartulario, es que el interés de todos los concernidos, Gobernación, Alcaldía, Ministerio, operador del acueducto, gerencia de proyectos, interventoría, comunidad, es que se empezara a dar solución inmediata a las apremiantes necesidades que en materia de acueducto y alcantarillado presentaba la ciudad de Maicao para el año 2001, hasta entonces dependiente de carrotanques, ciudad que crecía día a día en población y en necesidades”.*

Sin embargo, dice, la Fiscalía desconoció una serie de circunstancias que descartan de plano el supuesto fraccionamiento y, por el contrario, incluyó dentro de su listado de contratos supuestamente fraccionados de consultoría, de gerencia de proyectos, de levantamiento topográfico, con lo cual, según el defensor, infló artificialmente el número de contratos objeto de escrutinio.

Indica que no todos los acuerdos de voluntades objeto de cuestionamiento fueron firmados por HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, pues uno de ellos fue suscrito por ÁLVARO GNECCO RODRÍGUEZ y cuatro por RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DÍAZ.

Añade que los contratos fueron firmados en diferentes momentos, y con más de 10 meses de diferencia entre el primero (marzo) y el último (diciembre), en tanto que la legislación anterior en materia de contratación (decretos leyes 150 de 1976 y 222 de 1983) establecían lapsos de entre 3 y 6 meses para poder configurar el fraccionamiento.

Censura que la Fiscalía se empeñe en proclamar que existió unidad material de objeto, cuando en realidad los conceptos de agua potable y saneamiento básico comprenden muchas unidades, modalidades y subconceptos. Así, indica que acueducto es algo muy distinto de alcantarillado, redes matrices son diversas de redes secundarias y tanques elevados, construcción es algo diverso a reposición, mejoramiento y optimización. *“Ni qué decir de los términos “interventoría”, “gerencia” y “levantamiento topográfico”.*

Indica, igualmente, que los contratos no aluden al mismo rubro presupuestal, pues mientras unos afectan el identificado con el número 01-3-61-20 denominado *“Aporte Convenio Ministerio de Desarrollo Económico –Maicao- Departamento de La Guajira, rehabilitación y optimización acueducto de Maicao”*, otros afectan el rubro No. 01-3-64-20 denominado *“Construcción, optimización y mantenimiento acueducto y alcantarillado urbanos y rurales”*, de tal suerte que incluso los mismos nombres de los rubros permiten identificar los distintos objetos contractuales.

Precisa que *“la presente investigación se originó con fundamento en los contratos cargados al rubro 01-3-64-20 que alude al pluricitado Convenio 050, de manera que no entendemos por qué motivo es que, como*

en suerte de labor de auditoría a la gestión integral de una administración departamental, se vienen a investigar los contratos cargados al rubro 01-3-64-20 que refiere, no a los contratos del convenio 050, sino de manera general a “Construcción, optimización y mantenimiento acueducto urbanos y rurales...” de todo el departamento. Siendo Maicao municipio integrante del departamento, naturalmente se iban a encontrar contratos relativos a sus distintas redes, pero, se reitera, este rubro nada tenía que ver con el Convenio 050”, de tal suerte que si se eliminan de la presente investigación los contratos cargados al rubro 01-3-64-20, de la cifra quedarían tan sólo 12 de ellos.

Después de aludir a la geología y morfología del municipio de Maicao, dedica espacio a explicar cada uno de los diversos contratos objeto de cuestionamiento por parte de la Fiscalía, a los cuales resta los relativos a los de consultoría/interventoría, gerencia de proyectos y levantamiento topográfico, así como los que no fueron suscritos por su asistido, quedando en su criterio sólo 16.

De estos deja sólo aquellos que se refieren a la construcción de redes de acueducto, quedando sólo 13, y a éstos les resta los referentes a redes de distribución secundaria, en los que sólo se repiten las firmas ARING Ltda. y Estudios Técnicos, pero cada uno con contratos de diferente objeto y distinta fecha, con lo que a su criterio el fraccionamiento atribuido queda sin sustento.

Señala que, al contrario de lo sostenido en la acusación no se presentó falta de planeación, ya que los contratos celebrados obedecen al Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado de Maicao o a su etapa inmediatamente anterior,

por cuanto el referido Plan aún no estaba implementado en dicha ciudad.

Sostiene que todos los contratos se ejecutaron a cabalidad y cumplieron el objeto contratado, lo que indica que su etapa de planificación fue exitosa y se satisfizo el interés público; 4 de los contratos estuvieron por debajo de los 100 millones de pesos, 3 entre los 100 y 120 millones, 3 entre 120 y 140 millones, cuatro entre 140 y 160 millones, 8 entre 160 y 170 millones y solo dos sobrepasaron los 170 millones, con lo cual queda sin sustento la apreciación de la Fiscalía en el sentido que la mayoría se ubican entre 150 y 170 millones de pesos.

Estima que no son punibles las distintas adiciones que se realizaron, toda vez que forman parte de la fase de ejecución contractual, no cobijada por el tipo penal cuya realización se endilga.

Alude, de otra parte, a la prueba testimonial practicada tanto en la instrucción como en el juzgamiento para concluir que de la misma no se establece la realización delictiva que la Fiscalía le atribuye a su asistido.

Indica, igualmente, que la Fiscalía confunde los conceptos relativos a presupuesto, ejecución presupuestal, disponibilidad en tesorería y recaudo en efectivo, y sostiene que le asiste razón a su prohijado en las explicaciones que brinda en torno a que no era posible hacer una licitación por cuanto las sumas presupuestadas no estaban disponibles en tesorería al momento de la adopción del presupuesto.

Concluye, que en el caso de su asistido no se acredita el aspecto subjetivo de la responsabilidad toda vez que operó el principio de confianza legítima, hubo ausencia de dolo en la conducta endilgada, y, en todo caso, se halla proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Con apoyo en lo expuesto, solicita de la Sala proferir sentencia absolutoria en favor del doctor HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, por razón de los cargos que le fueron formulados.

3.3.2.- Defensor de RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ.

El profesional del derecho en cita, solicita se absuelva a sus patrocinados de los cargos que les fueron endilgados, pues, en su sentir, no tuvieron dominio del hecho y mucho menos capacidad de decisión en la ejecución de la conducta; subsidiariamente, sostiene, hubo ausencia de dolo o atipicidad subjetiva; también subsidiariamente, en su criterio operó el principio de confianza que ellos depositaron en la actuación realizada por la Secretaría de Obras Públicas y los asesores jurídicos de la Gobernación; asimismo subsidiariamente, afirma se presenta imposibilidad jurídica de condenarlos por hallarse proscrita la responsabilidad objetiva; y, finalmente, también de manera accesoria, sostiene que se presenta falta de prueba que genere certeza para dictar sentencia de condena.

Señala que los contratos de obra pública adicional No. 001 al contrato 044; adicional 001 al contrato 045; 240; 241; 361; 365; 427; adicional 01 al contrato 240 y adicional 01 al

contrato 241, si bien fueron suscritos por los doctores RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ, ello tuvo lugar en fechas en las cuales no ostentaban la calidad de gobernadores encargados, según lo certificó la Directora Administrativa de Talento Humano, en documento que obra a folio 136 del cuaderno original No. 4 de la Fiscalía.

De esta suerte, aduce, no hay la menor duda que los doctores RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ, no fungían como los ordenadores del gasto por no estar ejerciendo el cargo de Gobernador Encargado del Departamento de La Guajira, para las fechas en que se firmaron los contratos objeto de esta investigación.

Anota que esta situación fue advertida por la Fiscalía en la resolución de acusación, sin embargo, argumentó que ello posiblemente obedeció a que el encargo se terminó el día viernes y los días sábado y domingo no eran laborables, para haber puesto mediante sello la fecha de la firma de los contratos, por lo cual considera que se presenta atipicidad objetiva en el caso de sus asistidos.

Después de aludir a algunas declaraciones allegadas al proceso, refiere que ninguno de dichos testigos manifestó que los acusados hubiesen intervenido en las etapas de la contratación o tuvieron que ver con el manejo de las políticas de contratación en el departamento de La Guajira.

Precisa que *“el único compromiso de los doctores RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ, es haber firmado los contratos por los que se les investiga y le corresponde al señor Magistrado establecer jurídicamente, si ese acto de firmar en un encargo máximo de tres (3) días, reviste las calidades de una conducta dolosa”*, máxime si de acuerdo con las declaraciones de Guadalupe Cañas y Alejandro Magno Builes, no eran sus asistidos quienes ordenaban y establecían la política de contratación.

Reitera que sus representados han manifestado que la responsabilidad por la puesta en ejecución de los aludidos proyectos le compete a las Secretarías de Planeación y de Obras Públicas, siendo los titulares de dichas dependencias quienes deben brindar las explicaciones correspondientes.

A continuación, el defensor dedica espacio a formular particulares cuestionamientos a la resolución de acusación, para sostener que el hecho de no haberse encontrado planos, registros fotográficos y que no se hubiere podido establecer la forma como se realizaron las obras, no es responsabilidad de sus patrocinados quienes fungieron los encargos por un término máximo de tres días.

Anota que el presunto fraccionamiento tampoco era asunto de la responsabilidad de sus asistidos, toda vez que no fueron ellos quienes tomaron la decisión de contratar de esa manera.

Indica que, si la conducta realizada por los señores RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ corresponde a un error o descuido, y que para

precaver su ocurrencia han debido ascensorarse primero, en su criterio la Corte debería declararlos inocentes porque su actuación no fue dolosa.

Considera que de acuerdo con las resoluciones por cuyo medio se encargó a FRAGOZO DAZA de las funciones de Gobernador no podía ejercer el dominio del hecho que se le atribuye, toda vez que para las fechas en que se firmaron los aludidos contratos no fungía como Gobernador encargado como así lo colige de los documentos allegados al proceso.

De igual modo, asevera, las actuaciones llevadas a cabo en la etapa precontractual, que comenzaba con la publicación de los avisos de invitación a contratar y continuaba con los términos de referencia, las propuestas de los oferentes, la escogencia del contratista, la designación del evaluador, la recomendación para contratar, la carta sobre la propuesta escogida, y las actas de inicio, de avances de obra, de recibo final, y de liquidación del contrato; escapaban al control del señor FRAGOZO DAZA, dado que en las mencionadas fechas no fungía como Gobernador encargado, pues, además, las políticas de contratación del departamento no son del resorte de un funcionario encargado sino responsabilidad del Gobernador elegido en propiedad.

Señala que el convenio 050 de 2000 fue suscrito el 6 de octubre de ese año, en tanto que RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA ingresó a laborar el 4 de enero de 2001, de tal suerte que desconocía el contenido del referido acuerdo y sólo tenía claro el tema de los recursos para el mismo, pues ingresaban por la Secretaría de Hacienda donde fungía como secretario.

Estima que esta misma suerte corrió con respecto a ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ, pues no aparece que fuera encargado un solo día del mes de diciembre de 2001 y, sin embargo, los tres contratos por los que se le investiga fueron suscritos los días 13 y 20 de diciembre de 2001, de modo que *“si no fungió un solo día como Gobernador encargado de La Guajira, en el mes de diciembre de 2001, por sustracción de materia no podía dominar, ser el señor del hecho y cumplir o hacer cumplir con lo ordenado en los principios de la Ley 80 de 1993, la Constitución Nacional y el Convenio Interadministrativo 050”*.

Sostiene que la conducta de sus asistidos pudo constituir un error, un acto de ligereza e incluso de impericia, pero jamás fue realizada a título de dolo.

Subsidiariamente pregona que en el caso de sus asistidos operó el principio de confianza que depositaron en la actuación de la Secretaría de Obras Públicas y los Asesores Jurídicos de la Gobernación de La Guajira, pues está demostrado que toda la contratación de menor cuantía se realizaba en la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, tal como fue declarado por Alejandro Magno Builes Suárez y Guadalupe Cañas, sin que existiera una sola razón para que los procesados no confiaran en lo que hacía la Secretaría Especializada en materia de contratación y además porque muchos otros contratos de la misma categoría los firmaba el Gobernador sin ningún reparo.

Plantea la imposibilidad de que los procesados puedan ser condenados debido a la proscripción de la responsabilidad

objetiva, pues el solo hecho de haber firmado los contratos no les atribuye culpabilidad en la conducta.

También de manera subsidiaria plantea que en la actuación no obra prueba que genere la certeza que la ley exige para condenar a sus representados por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, y, antes, por el contrario, los testimonios y documentos recaudados generan dudas que deben ser resueltas en su favor.

Con fundamento en estas y otras consideraciones orientadas en el similar sentido, el defensor solicita a la Sala declarar inocentes a los señores RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ, y consecuentemente disponer el archivo del diligenciamiento.

3.4.- Intervención de los procesados.

Mientras los procesados Hernán David Deluque Freyle y Raúl Nicolás Fragozo Daza declinaron intervenir, sólo hizo uso de este derecho Álvaro Evaristo Gnecco Rodríguez.

Manifiesta que lo que aquí se está investigando es si se cometió la falta en la etapa precontractual hasta la adjudicación de los contratos. Él firmó tan solo un contrato y dos adicionales, los cuales suscribió 7 u 8 meses después de adjudicado, de suerte que no pudo haber intervenido en ninguna etapa precontractual o de adjudicación. Y dicho contrato lo suscribió porque accidentalmente ese día concurrió a la oficina como Gobernador Encargado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- La competencia

La Sala es competente para conocer del juzgamiento de los señores HERNÁN DAVID DELUQUE FREYLE, RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ, según la resolución de acusación proferida en su contra por la Fiscalía Doce Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° del Acto Legislativo No. 001 de 2018, modificatorio del 235 de la Constitución Política.

Al efecto es de señalarse que el fuero de juzgamiento a que alude el numeral 5° de esta última disposición, es una garantía de carácter constitucional que obliga a un procesamiento especial radicado en determinadas y específicas autoridades judiciales, y de la cual se goza desde el momento en que se asume el cargo, de tal suerte que *“basta la sola objetividad de comprobar la vinculación con el cargo para que los operadores judiciales especiales adelanten la investigación y juzgamiento”*⁷⁴.

En lo que atañe a los señores DELUQUE FREYLE, FRAGOZO DAZA y GNECCO RODRÍGUEZ, se acreditó que por la época de ocurrencia de los hechos, entre los años 2001 y 2003 se desempeñaron como Gobernadores del Departamento de La Guajira, el primero de los mencionados en calidad de

⁷⁴ CSJ SCP, 11 de julio de 2012, Rad. 39218.

titular⁷⁵, y los dos siguientes como encargados⁷⁶ quienes ejercían la titularidad de la Secretaría de Hacienda⁷⁷ y la Secretaría Privada del Despacho del Gobernador⁷⁸ respectivamente, conforme se acredita con la documentación allegada sobre dicho particular, lo que determina que la competencia para adelantar el juicio y proferir el fallo correspondiente concierne a esta Sala, teniendo en cuenta que las conductas que se les atribuyen guardan relación con las funciones desempeñadas en el ejercicio de los referidos cargos, y que durante ese período tramitaron, celebraron o liquidaron contratos con transgresión de los requisitos legales esenciales por cuyas conductas son objeto de censura penal.

A este respecto es de señalar, en el caso de los señores RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ, que si bien la Directora Administrativa de Talento Humano de la Gobernación, certificó que el primero de ellos no fungió como Gobernador encargado los días 24, 26 y 30 de octubre de 2001⁷⁹, y que el segundo no se desempeñó como Gobernador Encargado de la Guajira los días 13, 20, 21 y 22 de diciembre de 2001, de lo cual se ha pretendido aducir por parte de la defensa tanto técnica como material que la conducta a ellos atribuida deviene atípica, es de decirse, de una parte, que tanto las fechas como las firma plasmadas en los documentos que dan cuenta de los contratos por cuya suscripción han sido convocados a responder en juicio criminal informan lo contrario, esto es, que realmente fueron firmados

⁷⁵ Sentencia No. 1001 03 28-000-2001-0005-01 del 20 de marzo de 2003 – Sección Quinta.

⁷⁶ Folios 167 y 170 c.o. 3 Fiscalía.

⁷⁷ Folios 274 y 275 c. o. 1 Fiscalía y Fls. 169-170 c. o. 3 Fiscalía.

⁷⁸ Folios 167 y 170 c.o. 3 Fiscalía.

⁷⁹ Fls. 218 y ss. cno. 3 Fiscalía.

por las referidas personas en las fechas allí indicadas, pero además, en el cuerpo mismo se precisa que quienes figuran como contratantes a nombre del Departamento de La Guajira, se desempeñan como gobernadores encargados según las resoluciones que allí se mencionan.

Pero aun si lo anterior no fuere suficientemente ilustrativo de la sinrazón de la propuesta, es de advertirse que ninguno de los propios procesados osa negar haber suscrito los documentos contractuales por los cuales se dispuso su vinculación jurídica al proceso mediante diligencia de indagatoria, como para suponer que no actuaron en las calidades mencionadas en los referidos documentos, máxime si en el curso de sus intervenciones admiten haber actuado como tales en los aludidos contratos.

Así entonces, no cabe duda que la responsabilidad que la Fiscalía atribuye a todos los acusados, surge de la función de los Gobernadores para celebrar contratos de acuerdo con el literal *b)* num. 3 del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, y, por ende, como ordenadores del gasto público departamental con capacidad de comprometer el erario de la Guajira.

De esta suerte, cabe señalar que la conducta materia de investigación y juzgamiento, fue llevada a cabo de manera directa por cada uno de los procesados al momento de suscribir los contratos y sus adiciones, independientemente de que en la Secretaría de Obras Públicas e Infraestructura del Departamento de La Guajira se hubieren adelantado algunos trámites también viciados en la legalidad, concretados posteriormente en la celebración contractual irregular por

parte de los funcionarios acusados, pues acorde con lo dispuesto en los artículos 2 y 11 del referido Estatuto de contratación, así fuere en momentos distintos, sin perjuicio del análisis que la Sala individualmente hará de la conducta de cada cual, todos ellos ejercieron la función como ordenadores del gasto público departamental, en la celebración de contratos que incumplieron los requisitos legales esenciales, en la medida, que fundamentalmente y sin perjuicio de reconocer la existencia de múltiples irregularidades en el trámite de cada uno de los negocios que celebraron, fraccionaron la unidad natural del objeto contractual para eludir el mecanismo de la licitación pública, dando lugar a la suscripción de múltiples contratos por la vía de la contratación directa que resulta siendo menos exigente frente a aquella, entre otras muchas situaciones de trascendencia penal advertidas por la Fiscalía.

2.- Requisitos para condenar.

2.1.- Conforme ha sido reiteradamente indicado por la Sala, a términos de lo previsto por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal de 2000 que rige el presente asunto, a diferencia del grado de conocimiento que la ley exige para proferir medida de aseguramiento (posibilidad) y para convocar a responder en juicio criminal al sindicado (probabilidad), para emitir en su contra sentencia de carácter condenatorio se requiere que la prueba válidamente recaudada en las diversas fases de la actuación procesal, lleve al grado de certeza en la realización de la conducta definida en la ley como delito y la responsabilidad del procesado.

Acorde con lo anterior, el estatuto procesal penal que rige el caso dispone que el cúmulo probatorio, válida y oportunamente recaudado durante el decurso procesal deberá ser apreciado en conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, esto es las leyes de la ciencia, los principios de la lógica y las reglas de experiencia, asignándole el mérito que a cada cual corresponda (art. 238 Ley 600 de 2000) a fin de establecer las adecuadas consecuencias jurídicas que de allí se deriven.

Estos presupuestos la Sala los estima satisfechos sólo en relación con HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, como con acierto es puesto de presente por la Fiscalía y la Procuradora Delegada en sus alegatos finales presentados en la audiencia pública, cuyo criterio, en general, la Sala comparte (*salvo las precisiones que en su momento habrán de realizarse en cuanto hace a los procesados RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ respecto de quienes no se cumplen tales requisitos*), apartándose, por su puesto de los argumentos en sentido contrario expuestos por la defensa tanto técnica como material, ya que la ponderación conjunta de los medios de prueba, válida y oportunamente recaudados, sin asomo alguno de duda conduce a dicha conclusión.

3.- De los delitos imputados.

A este respecto, vale la pena recordar cómo, mediante resolución de acusación proferida en el marco del procedimiento regulado por la Ley 600 de 2000 el 21 de octubre de 2016⁸⁰, la cual cobró ejecutoria el 22 de diciembre siguiente cuando se admitió el desistimiento del recurso de reposición

⁸⁰ Fls. 1 y ss. cno. Original No. 6 Fiscalía.

oportunamente interpuesto por la defensa técnica de sindicados⁸¹, la Fiscalía Doce Delegada ante la Corte Suprema de Justicia acusó a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ como presuntos autores responsables del concurso homogéneo de delitos de **contrato sin cumplimiento de requisitos legales** definido en el original artículo **410** del Código Penal de 2000, sin las modificaciones introducidas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, en razón a que los hechos materia de investigación y juzgamiento tuvieron lugar en el año 2001, es decir, con anterioridad a su vigencia.

3.1.- El delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

La disposición vigente para la época de los hechos, art. 410 de la Ley 599 de 2000, figura redactada de la siguiente manera:

“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”.

Acorde con la definición normativa de la conducta atribuida a los ex Gobernadores del Departamento de La Guajira HERNÁN DAVID DELUQUE FREYLE, RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ, para que la misma encuentre realización resulta indispensable establecer probatoriamente que el servidor público (sujeto agente cualificado), durante el desempeño del cargo, tramitó

⁸¹ Fls. 10 y ss. eno. Original No. 7 Fiscalía.

contrato sin observar el cumplimiento de los requisitos esenciales establecidos en la ley, o lo celebró o liquidó sin verificar que se hubieren cumplido.

Sobre dicho particular, esta Sala⁸² ha indicado:

“El supuesto de hecho descrito encierra el actuar de un servidor público que entre sus atribuciones deba intervenir en el proceso de contratación, y haya incumplido los presupuestos sustanciales en el trámite o liquidación, u omitido verificar su concurrencia en las etapas de trámite, celebración o liquidación⁸³.

Encierra dos modalidades alternativas de ejecución: la primera, incumplir los presupuestos legales sustanciales en el trámite, lo que involucra todos los pasos hasta su celebración y, la segunda, omitir la verificación del cumplimiento de los condicionamientos legales para su perfeccionamiento, incluso los concernientes a la fase precontractual y los relacionados con la liquidación⁸⁴.

De esta forma la ley distinguió la conducta ejecutada por los servidores públicos competentes para tramitar el contrato, de la que cumple el representante legal o el ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación⁸⁵.

La primera modalidad alude al trámite del contrato sin observar los requisitos legales esenciales, en tanto que en la restante el contenido de la prohibición se hace consistir en no comprobar el acatamiento de las exigencias legales esenciales en dicha fase al momento de firmarlos. Distinción fundamentada en la forma desconcentrada como actualmente se cumple la función pública en las entidades estatales⁸⁶.

Es decir, a través de esta figura las etapas previas y de ejecución están asignadas al personal de nivel ejecutivo y las de celebración y liquidación al ordenador del gasto. Labor que éste ejecuta verificando el cumplimiento de las formalidades legales en la etapa previa, por ser el funcionario autorizado por la Carta Política y la ley para disponer de los recursos del ente territorial⁸⁷.

⁸² Cfr. CSJ SEP. SP 0057-2021. 10 Jun. 2021. Rad. 00026

⁸³ Cfr. CSJ SP-18532-2017, rad. 43263; reiterada en CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

⁸⁴ Cfr. *Ibidem*. Reiterado en CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

⁸⁵ Cfr. *Ibidem*.

⁸⁶ Cfr. *Ibidem*.

⁸⁷ Cfr. CSJ SP18532-2017, rad. 43263; reiterada en CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

Los artículos 12⁸⁸ y 25-10 de la Ley 80 de 1993⁸⁹, preceptúan que los jefes y representantes legales de las entidades estatales, podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos con sujeción a las cuantías señaladas en las respectivas juntas y consejos directivos, y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. En todo caso, la delegación y desconcentración no derivan en ausencia de responsabilidad del encargado de la contratación⁹⁰, pues la función de adjudicación está a su cargo⁹¹.

El elemento normativo del tipo denominado “requisitos esenciales”, hace alusión al respeto y cumplimiento integral de los principios que rigen la contratación pública, como son: los de planeación, economía, responsabilidad, transparencia y deber de selección objetiva, contenidos en el artículo 209 de la Carta Política, en la Ley 80 de 1993⁹², normativa aplicable a la fecha de los hechos, y las disposiciones que la desarrollan⁹³.

Lo anterior deviene de una interpretación constitucional y sistemática con los valores y fines del Estado. Según el preámbulo y el artículo 2º de la

⁸⁸ **ARTÍCULO 12. DE LA DELEGACIÓN PARA CONTRATAR.** <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> 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 concursos~~ en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> <Inciso adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual. **PARÁGRAFO.** <Parágrafo adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.

⁸⁹ **ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA.** En virtud de este principio: [...].

10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento.

⁹⁰ La Ley 489 de 1998 define las figuras de delegación y desconcentración en el entorno de la organización y funcionamiento de las entidades estatales, como la transferencia de funciones de un órgano o cargo a otro, ocurrida por regla general al interior de la misma entidad. En la delegación, la transferencia se realiza únicamente por el titular de la función a través de un acto administrativo expreso, a veces de manera general otras de manera específica, para lo cual debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia. Sobre la desconcentración determina que la atribución de competencia se realiza directamente por el ordenamiento jurídico y se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía, transfiriendo en forma exclusiva, es decir, la competencia debe ser ejercida por el órgano desconcentrado y no por otro y el superior no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal. Cfr. CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

⁹¹ Cfr. CSJ SP4413-2019, rad. 55967; reiterada en CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

⁹² Al respecto CSJ SP4463 2014, reiterado en CSJ SP, 25 sep. 2013, rad. 35344; CSJ SP15528 2016, rad. 40383; y, CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

⁹³ Cfr. Entre estas, el Decreto 2170 de 2002; y, la Ley 1150 de 2007.

Carta corresponde al Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en su texto⁹⁴.

Así mismo, el mandato superior (canon 209) prescribe que la función pública está al servicio del interés general, la cual se debe desarrollar con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones⁹⁵.

Ahora, de los artículos 1º y 2º de la Carta Política y 3º de la Ley 80 de 1993 se desprende que la contratación administrativa es una función pública al servicio del interés común, por lo tanto, sujeta a los fines esenciales del Estado y sus trámites regidos por tales principios⁹⁶.

De otro lado, los artículos 1⁹⁷, 3⁹⁸, 23⁹⁹, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, disponen que el estatuto de la contratación pública tiene por objeto diseñar las reglas y principios que rigen la contratación de las entidades estatales¹⁰⁰.

En otras palabras, tal preceptiva indica el marco jurídico de los procesos contractuales a observar por los servidores públicos al tramitar y celebrar los contratos, siendo razón fundamental para que en su ejecución las entidades cumplan no solo los fines estatales sino la eficiente prestación de los servicios públicos a la comunidad, y garanticen los derechos e intereses de los administrados¹⁰¹.

El principio de planeación debe irrigar todas las fases contractuales, mecanismo con el cual se impide la improvisación, pues prevé una gestión

⁹⁴ Cfr. CSJ SP15528-2016, rad. 40383; reiterada en CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

⁹⁵ Cfr. CSJ SP15528-2016, rad. 40383; reiterada en CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

⁹⁶ Cfr. CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

⁹⁷ **ARTÍCULO 1o. DEL OBJETO.** *La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.*

⁹⁸ **ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.** *Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.<Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, [...], colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.*

⁹⁹ **ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES.** *Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.*

¹⁰⁰ Cfr. CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

¹⁰¹ Cfr. *Ibidem* El principio de planeación se encuentra consagrado en los artículos 25-7; 26-3; y, 30-1 de la Ley 80 de 1993.

preventiva del daño antijurídico, lo cual refleja la importancia del establecimiento de criterios de selección, definición de las partidas presupuestales, diseños, pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado¹⁶².

El Consejo de Estado, ha sostenido sobre el particular:

«El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden¹⁶³.»

De ahí la importancia de la selección del contratista, la celebración de los correspondientes contratos respetando el régimen jurídico a aplicar; su ejecución y posterior liquidación deben estar ajenos a la improvisación, ser el resultado de una tarea programada y planeada que permita regir la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden, diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado¹⁶⁴.

Por su parte, el principio de transparencia (artículo 24 de la Ley 80 de 1993¹⁶⁵), resguarda la imparcialidad y la selección objetiva del contratista, en consecuencia, su escogencia por regla general debe hacerse mediante licitación pública, salvo los casos previstos en la norma¹⁶⁶.

Quiere decir lo anterior que el principio de transparencia está ligado al de selección objetiva, del cual deriva que la elección del contratista debe

¹⁶² Cfr. *Ibidem*.

¹⁶³ Cfr. CE 070012331000199900546-01, 28 mayo 2012, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Citada en CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

¹⁶⁴ Cfr. CE 15001233100019880843101-8031, 5 junio de 2008, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Citada en CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

¹⁶⁵ **ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.** En virtud de este principio: [...] 8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

¹⁶⁶ Cfr. C.E. 15234, 29 de agosto de 2007, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Cfr. CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

*obedecer a razones de interés general asegurando la oferta más favorable para la entidad, dejando de lado criterios subjetivos como la amistad, la conveniencia o el interés político*¹⁰⁷.

*El artículo 24 de la Ley 80 de 1993 determina las excepciones para apartarse de la licitación o concurso públicos, entre ellas la menor cuantía, establecida de acuerdo con los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos legales mensuales y los contratos para la prestación de servicios en salud*¹⁰⁸.

*Para el caso de estos últimos, si bien la administración tiene la posibilidad de celebrar este tipo de contratos sin acudir a licitación o concurso público, esa libertad no es absoluta toda vez que en la selección del contratista se deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y, en especial, el deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993*¹⁰⁹.

*Es decir, la contratación directa está sujeta al cumplimiento de requisitos y procedimientos*¹¹⁰, razón por la cual, de acuerdo con los artículos 2° y 3° del Decreto 855 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, se requiere la obtención previa de por lo menos dos ofertas, solicitadas en forma verbal o escrita con la información necesaria del contrato, evento en el cual el jefe o representante de la entidad estatal o el funcionario en que hubiere delegado, garantizará el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y, en especial, el deber de selección objetiva¹¹¹. Adicionalmente, en materia de servicios de salud los oferentes debían estar inscritos en el registro especial nacional del Ministerio de Salud, según los Decretos 2170 y 2309 de 2002.

Por su parte, el parágrafo del artículo 39 ibidem exceptúa de las formalidades plenas en la celebración de contratos a aquellos que no superan las cuantías allí delimitadas de cara a los presupuestos anuales de las entidades, evento en el cual las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el

¹⁰⁷ Cfr. CSJ SP, 26 mayo 2010, rad. 30933; reiterado en CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

¹⁰⁸ Para la fecha de los hechos, estaba vigente el numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, literal l) que disponía: «1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: «[...] l) Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios». Este canon fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

¹⁰⁹ Cfr. CSJ SP3963-2017, rad. 40216.

¹¹⁰ Cfr. C.E. 15234, 29 de agosto de 2007, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

¹¹¹ Cfr. CE 2500023260001995 00867-01 (17767), 31 de enero de 2011, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Cfr. Reiterado en CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599. Cfr. CSJ AP 25 septiembre 2013, rad. 42276.

*jefe o representante legal de la entidad, o el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto*¹¹².

Criterio reiterado por la Sala de Casación Penal de la Corte¹¹³ al precisar que:

*“La estructura del tipo penal está compuesta por un sujeto activo calificado, esto es, un servidor público que dentro de sus funciones tenga la facultad «para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del convenio, y que, en el desarrollo de la actividad, se sustraiga de verificar los **requisitos esenciales para su validez**»¹¹⁴, entonces no es suficiente ostentar la condición de servidor público, sino que debe verificarse el nexo entre esa condición y la posibilidad de comprometer los intereses de la administración mediante la celebración de contratos.*

*Adicionalmente, la conducta reprochable se refiere a **tres modos alternativos de ejecución** al «incumplir los **presupuestos legales sustanciales en el trámite**, lo que implica todos los pasos hasta su celebración, y **omitir la verificación** de la concurrencia de los condicionamientos legales para su perfeccionamiento, inclusive los atinentes a la fase precontractual, y los relacionados con la liquidación»¹¹⁵.*

*El elemento normativo del tipo tiene unos **requisitos esenciales**. La Sala¹¹⁶ ha sostenido que **son el respeto y cumplimiento integral de los principios que rigen la contratación pública, como planeación, economía, responsabilidad, transparencia y deber de selección objetiva**, contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que la regulan.*

Afirmación que proviene de una interpretación constitucional, frente a los valores y fines del Estado, pues con arreglo al preámbulo y el canon 2 de la Carta Política, corresponde al Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Así mismo, el artículo 209 ibídem dispone que la función pública está al servicio de los intereses generales y se desarrollará con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, a través de la descentralización, delegación y desconcentración de funciones.

¹¹² Cfr. CSJ SP15528-2016, rad. 40383; reiterada en CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

¹¹³ CSJ SCP, SP2682-2018, jun. 27 de 2018, Rad. No. 48509.

¹¹⁴ CSJ SP14992-2015, Rad. 39754.

¹¹⁵ CSJ SP 16 mar 2009, Rad. 29089.

¹¹⁶ CSJ SP, 25 sep. 2013, Rad.35344.

Teniendo en cuenta que los artículos 1 y 2 de la Constitución y 3 de la Ley 80 de 1993, prescriben que la contratación administrativa es una función pública al servicio del interés común y sujeta a los fines esenciales del Estado, las etapas del proceso se encuentran regidas por esos principios de la función pública, como son el de **igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad**.

La Ley 80 de 1993, en los apartados 1, 3, 23, 24, 25 y 26 dispone que el estatuto de la contratación pública tiene por objeto diseñar las reglas y principios que rigen la contratación de las entidades estatales y que los servidores públicos deberán tener en cuenta para celebrar los contratos y ejecutarlos, por eso las entidades buscan cumplir los fines estatales, la continua prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con los propósitos.

En razón a lo anterior, así lo ha señalado el Consejo de Estado¹¹⁷, el **principio de planeación** debe estar presente en todas las etapas contractuales, en la selección de contratistas, definición de partidas presupuestales, pliegos de condiciones, estudios de mercadeo, ejecución, y liquidación.

Por su parte, el **principio de transparencia**, establecido en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, desarrollado por el Consejo de Estado, preserva la imparcialidad y la objetiva selección del contratista, por tanto, la regla general es que debe hacerse por licitación pública o concurso, con base en la igualdad, objetividad, neutralidad y claridad de las reglas, publicidad, contradicción, motivación expresa y precisa del informe de evaluación y escogencia objetiva del contratista idóneo que brinde las condiciones más favorables para la administración.

Y, el principio de **selección objetiva**, desarrollado por la Sala¹¹⁸ y el Consejo de Estado¹¹⁹, conlleva la elección del contratista que ofrezca criterios de interés general.

Las excepciones a la norma las precisa el mismo artículo 24 de la Ley 80 de 1993, como las de menor cuantía, las que se determinan en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos mensuales y requieren, por lo menos, dos ofertas.

Se exceptúan de formalidades conforme al apartado 39 de la misma Ley, los contratos que no superan las cuantías allí delimitadas, en función de los presupuestos anuales de las entidades.

¹¹⁷ CE 5 de jun. 2008, rad. 15001233100019880843101-8031.

¹¹⁸ CSJ. SP, 26 may. 2010, Rad. 30933.

¹¹⁹ CE. SP, 29 ago. 2007, Rad. 15324.

La conducta consciente y voluntaria debe vulnerar el bien jurídico tutelado, esto es, la administración pública, la cual es entendida por esta Corte, en sentido lato como: «toda la actividad del Estado; en ella quedan cobijadas las tres funciones del Estado: la legislativa, la jurisdiccional y la denominada actividad jurídica que comprende específicamente la actividad puramente administrativa»¹⁻²⁾ (negritas no originales).»

En esta ocasión, es importante recordar que el principio de transparencia de que trata el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, tiene por finalidad preservar la imparcialidad y la objetiva selección del contratista, por cuya virtud prevé que en su elección ha de privilegiarse el mecanismo de la licitación pública o concurso, salvo casos especialmente previstos en la norma, entre los que se destacan los contratos de menor cuantía a determinar en razón al objeto del contrato a celebrar, y al monto de los presupuestos anuales de las entidades estatales expresados en salarios mínimos legales mensuales.

Este apotegma de la **transparencia** halla concreción en el cumplimiento de las normas relacionadas con la selección objetiva del contratista, como la del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, lo cual habrá de ocurrir cuando se logra escoger la oferta más favorable a los intereses de la entidad, no sólo desde el punto de vista económico sino también a los fines perseguidos por ella, y se dejan de lado factores de afecto o interés particular y, en general, todo tipo de motivación subjetiva y perversa, distante, en todo caso, de la delicada misión de administrar bienes ajenos, en este caso del conglomerado social.

El deber legal de selección objetiva en los trámites de licitación pública y de contratación directa dependiendo de la

¹⁾ CSJ SP, 15 may. 2008, Rad. 29206.

cuantía, lo que pretende es evitar que la administración adjudique varios contratos a una sola persona cuando se trata de objetos distintos, o a un grupo determinado de éstas a través de varios contratos pese a tratarse de un objeto materialmente unitario que debió ser adjudicado tan sólo a una de ellas, e impedir que por medio del fraccionamiento del objeto contractual a través de celebrar varios contratos se contrarién los principios que rigen la contratación y asegurar al tiempo el interés general como fin esencial del Estado.

3.1.1.- Constatación de la convergencia de los elementos del delito.

La Sala ha de comenzar por recordar, conforme ha sido dicho de antiguo por la jurisprudencia¹²¹, que a partir de los principios y valores establecidos en la Carta Política, el Estado colombiano se prefigura como social y democrático de derecho, participativo y pluralista, fundado en la prevalencia del interés general y como fines esenciales, los de satisfacer las necesidades de la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Los servidores públicos, en consecuencia, no sólo están al servicio del Estado y de la comunidad, sino que deben ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

De esta suerte, en cuanto los gobernadores de departamento como representantes legales y ordenadores del gasto se hallan cobijados por los mandatos superiores, tienen por deber orientar sus actuaciones al servicio de los intereses

¹²¹ CSJ SCP, 22 Sep. 2005, Rad. 18029.

generales y desarrollarlas con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, incluso cuando actúan a través de la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (art. 209 de la C. N.)

A estos principios se halla subordinada la Ley 80 de 1993, al establecer en el artículo 3° que los servidores públicos tendrán en consideración que con la celebración y ejecución de contratos, las entidades persiguen cumplir los fines estatales, garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos de los administrados, debiendo desarrollar sus actuaciones con arreglo a transparencia, economía y responsabilidad (art. 23 ejusdem).

De esta suerte, en cabeza del Gobernador Departamental radica la posición de garante del respeto íntegro por las previsiones del ordenamiento jurídico en el trámite, celebración y liquidación de los contratos que de acuerdo con la órbita de su competencia debe realizar, y, en consecuencia, el cumplimiento tanto de los principios que rigen la función de las autoridades como aquellos referidos a la contratación estatal. Asimismo, dicho funcionario tiene por obligación custodiar y administrar los recursos del erario departamental con apego absoluto a la Constitución y la ley.

En razón del rol de Gobernador de Departamento, representante legal de la entidad territorial y ordenador del gasto, por cuyas calidades precisamente ha sido elegido popularmente para ostentar dicha investidura, y que presuponen en él la existencia de conocimientos y capacidades

adecuados para el cabal ejercicio de las funciones asignadas, tiene la obligación de adaptar su comportamiento a aquello que de él espera no sólo la comunidad que lo elige, sino la sociedad de la que forma parte, pues en caso contrario, defrauda las expectativas sociales, transgrede la norma impuesta para la evitación de lesiones a bienes jurídicamente tutelados, e ingresa en el campo de acción del derecho penal en tanto su conducta crea riesgos jurídicamente desaprobados por desbordar el ámbito de lo permitido que se realizan y concretan en resultados relevantes.

Si bien la normatividad vigente autoriza que los gobernadores departamentales puedan delegar, descentralizar o desconcentrar alguna de sus funciones en orden a garantizar la efectiva satisfacción de los intereses generales y la observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 de la Carta Política), como asimismo se establece del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es lo cierto que dicha delegación, en este caso particular, como el mismo procesado Deluque Freyle lo admitió en su indagatoria, no tuvo lugar, pero aún de haberse presentado con fundamento en los principios de confianza y de distribución de la actividad administrativa, dicha circunstancia no indefectiblemente excluye la posible realización de conductas sancionadas por el ordenamiento, ni exime de responsabilidad penal, disciplinaria, o fiscal, al ordenador del gasto.

Esto si se considera que cuando las funciones de vigilancia, supervisión y decisión final en materia de contratación se conservan en el gobernador del departamento

dada la función normativamente atribuida de ser el ordenador del gasto público del ente territorial, por no haber sido adscritas o delegadas en otro funcionario, es su deber verificar y controlar la forma como se desarrollan las actividades que, siendo inherentes a su cargo, fueron transferidas por virtud de delegación o de la desconcentración en otro, a fin de colmar las expectativas sociales que su alta investidura representa, y garantizar que con, la delegación, la descentralización o la desconcentración de funciones, no crea riesgos jurídicamente desaprobados, y la efectiva realización de éstos.

A dicho efecto es de indicar que el principio de confianza que como legitimante del comportamiento excluye la tipicidad, no tiene operancia cuando de las pruebas recaudadas se advierte que el funcionario delegado o encargado por razones de organización del trabajo de adelantar parte del trámite contractual o la totalidad del mismo, no cumple con su rol, y el administrador del riesgo, en este caso el gobernador, tampoco asume los deberes que las normas le imponen, pues, en dichos eventos el comportamiento del autor deja de ser permitido, precisamente por omitir la obligación de verificar el cumplimiento los mínimos procedimientos de seguridad establecidos por el ordenamiento para que su conducta se considere socialmente adecuada.

De esta suerte, si el gobernador del departamento no lo hace, y por parte de los delegados o por el mismo delegante no solo se crean situaciones de riesgo jurídicamente desaprobadas y éstas configuran resultados dañosos para los bienes jurídicos, ellos han de serle objetivamente imputados en cuanto se derivan del incorrecto ejercicio de la delegación, de

la desconcentración o la descentralización, de la falta de orientación, vigilancia y control sobre la gestión realizada por el delegado o encargado de adelantar el trámite encomendado.

Es así que cuando la función de celebrar contratos normativamente radica en un específico servidor público y no ha sido expresamente delegada en otro, sino que, como en este caso, el gobernador del departamento sólo ha desconcentrado en funcionarios de menor rango el deber de adelantar los trámites previos a la celebración de los contratos que le compete suscribir, el ordenamiento exige que despliegue la máxima diligencia y cuidado al momento de adoptar la decisión final que le corresponde con compromiso de los recursos públicos del Departamento, pues en ese instante reasume la administración del riesgo y por ende, se hace responsable por realizar una conducta prohibida, ya que la normatividad exige que sus actuaciones estén presididas por el cumplimiento de los principios y valores constitucionales, los fines de la contratación, la protección de los derechos de la entidad que representa, las reglas sobre administración de bienes ajenos, y los postulados de la ética y la justicia.

Según se indicó párrafos arriba, en la resolución de acusación la Fiscalía Doce Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, atribuyó al entonces Gobernador Titular de la Guajira señor HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, y a los Gobernadores Encargados RAFAEL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ, la realización del concurso de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, en tanto que so pretexto de dar desarrollo al denominado Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado del

municipio de Maicao, celebraron o adicionaron varios negocios jurídicos con desconocimiento de los requisitos legales esenciales que deben regir todo contrato celebrado con la administración pública, en cuya actuación se afirma resultaron transgredidos los principios de planeación, transparencia, economía y el deber de selección objetiva, advirtiendo fraccionamiento del objeto contractual para celebrar varios contratos cludiendo el mecanismo de la licitación pública; ausencia de estudios previos de conveniencia y oportunidad, así como la transgresión al principio de selección objetiva de los proponentes, aún de admitirse la posibilidad de llevar a cabo la contratación directa.

Al proceso se allegó la documentación que acredita que el doctor HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE fue elegido Gobernador del departamento de La Guajira para el periodo constitucional 2001 -2003, cargo del que tomó posesión el 1º de enero de 2001, encontrándose en ejercicio de sus funciones para las fechas de suscripción de los contratos por cuya celebración fue convocado a responder en juicio criminal.

En este sentido es de destacar el Acta de posesión del 29 de diciembre de 2000¹²², para el periodo constitucional del 01 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2003 como Gobernador del Departamento de La Guajira. De igual modo, la constancia del 19 de enero de 2005¹²³ en el sentido que el señor Deluque Freyle laboró al servicio del Departamento de La Guajira, desde el 1º de enero de 2001 hasta el 04 de julio de 2003 desempeñándose en el cargo de Gobernador departamental.

¹²² Folios 98 y ss. c.1 Fiscalía

¹²³ IBID, folio 102

Asimismo, como ha sido visto, el doctor RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA, para el año 2001 se desempeñaba como Secretario de Hacienda Departamental de La Guajira, habiendo sido designado en varias oportunidades Gobernador encargado por parte del Titular, así:

Constancia del 19 de enero de 2005¹²⁴, en donde se indica que laboró al servicio del Departamento de La Guajira desde el 04 de enero de 2001 al 04 de julio de 2003, desempeñándose en el cargo de Secretario de Hacienda del Departamento.

- Resolución 271 de 2001¹²⁵, por la cual se le encargan las funciones del Despacho del Gobernador Titular por los días 04, 05 y 06 de abril de 2001.

- Resolución 1463 de 2001¹²⁶, por cuyo medio se le encarga de las funciones del Despacho del Gobernador, por los días 9, 10, 11 y 12 de noviembre de 2001.

- Resolución 1574 de 2001¹²⁷, en la cual se le encargan las funciones del Despacho del Gobernador, por los días 22, 23 y 24 de noviembre de 2001.

- Resolución 1671 de 2001¹²⁸, en la que se le encargan las funciones del Despacho por los días 9 y 10 de diciembre de 2001.

¹²⁴ IBID, folio 118

¹²⁵ IBID, folio 110

¹²⁶ IBID, folio 111

¹²⁷ IBID, folio 112

¹²⁸ IBID, folio 113

- Resolución 155 de 2002¹²⁹, se le encargan las funciones del Despacho por los días 13, 14, 15 y 16 de marzo de 2002.

- Resolución 592 de 2002¹³⁰, encargándosele las funciones del Despacho, por los días 25 y 26 de junio de 2002.

- Resolución 595 de 2002¹³¹, donde se le encargan las funciones del Despacho del Gobernador titular por los días 28 y 29 de junio de 2002.

Indica esto, ni más ni menos, que no fueron una, sino varias las veces que el señor FRAGOZO DAZA fue encargado de las funciones de Gobernador, lo cual, aunado al hecho de desempeñarse como Secretario de Hacienda departamental, le permitía tener un conocimiento claro tanto de las funciones como de las responsabilidades a su cargo.

De igual modo, ÁLVARO GNECCO RODRÍGUEZ, durante el año 2001 se desempeñó como Secretario Privado de la Gobernación y en algunas ocasiones fungió como Gobernador encargado, como se confirma con el propio texto de los contratos que celebró, y por medio de constancia del 6 de noviembre de 2015¹³² expedida por la Directora Administrativa de Talento Humano de la Gobernación de La Guajira, quien certificó que prestó los servicios al Departamento de La Guajira entre los días 4 de enero de 2001 y el 4 de julio de 2003, desempeñándose en los siguientes cargos:

¹²⁹ IBID, folio 114

¹³⁰ IBID, folio 115

¹³¹ IBID, folio 116

¹³² IBID, folios 224 s.s.

-Con el Decreto N°001 del 02 de enero de 2001, fue nombrado para desempeñar el cargo de Secretario Privado, adscrito al despacho del Gobernador, posesionado el 04 de enero del mismo año.

-Con el Decreto N°129 del 19 de junio de 2002, nombrado para desempeñar el cargo de Asesor del Despacho del Gobernador, posesionado el 01 de julio del mismo año.

-Con la Resolución 271 del 03 de abril de 2001, estuvo encargado de las funciones del Despacho del Gobernador durante los días 4, 5 y 6 de abril de 2001.

-Con la Resolución 1059 del 06 de septiembre de 2001, estuvo encargado de las funciones del Despacho del Gobernador durante los días 8, 9, 10, 11 y 12 de septiembre de 2001.

-Con la Resolución 1161 del 12 de septiembre de 2001, estuvo encargado de las funciones del Despacho del Gobernador durante los días 13, 14 y 15 de septiembre de 2001.

-Con la Resolución 1240 del 01 de octubre de 2001, estuvo encargado de las funciones del Despacho del Gobernador el 01 de octubre de 2001.

-Con la Resolución 1254 del 04 de octubre de 2001, estuvo encargado de las funciones del Despacho del Gobernador durante los días 04, 05 y 06 de octubre de 2001.

-Con la Resolución 1265 del 11 de octubre de 2001, estuvo encargado de las funciones del Despacho del Gobernador durante los días 12 y 13 de octubre de 2001.

-Con la Resolución 1287 del 17 de octubre de 2001, estuvo encargado de las funciones del Despacho del Gobernador durante los días 18 y 19 de octubre de 2001.

-Con la Resolución 1466 del 13 de noviembre de 2001, estuvo encargado de las funciones del Despacho del Gobernador, durante los días 13, 14 y 15 de noviembre de 2001.

Al igual que en el caso de FRAGOZO DAZA, se tiene que GNECCO RODRÍGUEZ ejerció no sólo el cargo de Secretario Privado del Gobernador, lo que le permitía tener un claro conocimiento de las funciones a cargo de éste, sino de las responsabilidades que asumía cuando en varias ocasiones voluntariamente aceptó la responsabilidad del encargo encomendado.

En cualquier caso, dada la inconsistencia advertida por la defensa respecto de la certificación expedida por la Directora de Talento Humano de la Gobernación en torno a las fechas en que se produjeron y se cumplieron los encargos, la misma resulta irrelevante si se toman como ciertas las firmas y fechas de los contratos celebrados por los referidos gobernadores, Titular y Encargados, no desconocidas por éstos, así como los inocultables efectos jurídicos que éstos produjeron.

3.1.1.1.- De los contratos celebrados.

La documentación recaudada durante las fases de indagación preliminar, instrucción y juzgamiento, permite afirmar que en la actuación se encuentra acreditado, lo siguiente:

3.1.1.1.1.- DEL CONVENIO 050 DE 2000.

Merece ser destacado que con anterioridad a su suscripción, en el mismo se tuvo en cuenta el Plan de Obras de Inversión de Maicao presentado el 10 de diciembre de 1999 por la Firma Ingetec al Ministerio de Desarrollo Económico¹³³, documento éste obtenido en la diligencia de inspección practicada a la firma Aguas de la Península S..A. ESP¹³⁴, en donde se identifica no solo la problemática del Acueducto y Alcantarillado de dicho municipio, sino la necesidad de acometer la intervención del Gobierno Nacional para resolver la situación que se advierte, de donde surge que al contrario de lo sostenido por la Fiscalía en la acusación, los estudios de necesidad y conveniencia de la contratación, en verdad sí se habían realizado de manera completa y con la debida antelación.

Con este antecedente, es necesario recordar algunos aspectos relevantes que constan en el documento de que trata el Convenio 050 de 2000¹³⁵ de apoyo financiero suscrito entre el Ministerio de Desarrollo Económico, el Municipio de Maicao – Guajira y el Departamento de La Guajira, cuyo objeto

¹³³ Fls. 206 y ss. cno. 2 Fiscalía.

¹³⁴ Fls. 206 y ss. cno. 2 Fiscalía.

¹³⁵ Cn. Anexos No. 5 Fiscalía. Folios 43 y s.s.

consistía en aunar esfuerzos en orden a aportar recursos para apoyar financieramente la ejecución del proyecto “Optimización del sistema de acueducto del Municipio de Maicao – Guajira”.

En la cláusula Tercera, se detallan las obligaciones del Municipio y del Departamento, de donde se extraen las siguientes del **Municipio**:

“D) (...) se deberán garantizar, mediante procedimientos licitatorios ágiles, cuyos pliegos de condiciones o términos de referencia deberán contar con el concepto favorable del MINISTERIO, y cumplir con los principios de libertad de concurrencia, publicidad y transparencia, necesarios para este tipo de procesos, en consecuencia de lo cual los pliegos de condiciones y términos de referencia atenderán como mínimo los siguientes requisitos: 1. Aviso de prensa para invitación con no menos de 15 días calendario de antelación a la apertura. 2. Participación del MINISTERIO con voz y voto en el comité evaluador. 3. Establecimiento de reglas objetivas de evaluación y factores de ponderación. 4. Presentación de los resultados de la evaluación ante los proponentes, para atender las aclaraciones que se soliciten”.

En cuanto a las **Obligaciones del Departamento** enunciaron las siguientes:

*“II. Son obligaciones del Departamento las siguientes: A) Aportar las sumas que se establece en la cláusula sexta del presente convenio, en especial las contempladas en el párrafo primero de la misma cláusula. Una vez se tenga la disponibilidad presupuestal correspondiente se realizará otro sí al convenio adicionándolo en dicho valor. B) Invertir los recursos propios y de apoyo del Gobierno Nacional destinados para el proyecto objeto del presente Convenio en las obras definidas para ellos, **en el tiempo y monto establecido en el plan financiero aprobado por el MINISTERIO para el mismo.**”.*

La duración del convenio sería de doce (12) meses. No obstante, de común acuerdo podría terminarlo anticipadamente o prorrogarlo.

En cuanto a los aportes y forma de pago:

"A) EL MINISTERIO se compromete a aportar la suma de tres mil millones (\$3.000.000.000,00) de pesos para el desarrollo del proyecto objeto del presente convenio de Apoyo Financiero, esta suma se aportará con cargo al presupuesto de la vigencia del año 2000, según certificado de disponibilidad presupuestal No. 536 de fecha agosto 31 de 2000, suscrito por la Jefe de Presupuesto del MINISTERIO.

B) El MUNICIPIO aporta como contrapartida la suma de quinientos millones (\$500.000.000,00) de pesos, según convenio marco de cooperación técnica y financiera suscrito entre el Municipio de Maicao y la Gobernación de La Guajira el 27 de abril del 2000, y según certificación de la jefe de presupuesto del MUNICIPIO de fecha 18 de enero del año 2000. El MUNICIPIO, garantizará la oportunidad y disponibilidad de los recursos comprometidos según el plan financiero del proyecto. **PARÁGRAFO PRIMERO:** Respecto de los aportes contenidos en el literal B) de la cláusula sexta, el MUNICIPIO se compromete a aportar la suma de seis mil quinientos millones (6.500.000.000,00) de pesos provenientes de la venta de la empresa Telemaicao según el acuerdo número 023 de 1999 "Por el cual se autoriza al Alcalde municipal para enajenar activos y se dictan otras disposiciones".

C) **EL DEPARTAMENTO:** Según convenio marco de cooperación técnica y financiera suscrito entre el Municipio de Maicao y la Gobernación de La Guajira el 27 de abril de 2000, LA GOBERNACIÓN aporta la suma de mil millones (\$1.000.000.000,00) de pesos respaldada con el certificado de disponibilidad presupuestal 598 del 27 de abril de 2000.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Respecto de los aportes contenidos en el literal C) de la cláusula sexta, la gobernación se compromete a aportar la suma de dos mil millones (\$2.000.000.000,00) de pesos de la vigencia del año 2001, para lo cual el gobernador se compromete a incluir esta partida en el presupuesto a ser presentado en la asamblea en el mes de octubre del año 2000.

PARÁGRAFO TERCERO: El primer desembolso del MINISTERIO por ochocientos millones (\$800.000.000,00) de pesos, se realizará una vez se haya dado cumplimiento a lo establecido en las cláusulas decimoctava y vigésima del presente convenio y por solicitud del MUNICIPIO, previo visto bueno por parte del MINISTERIO por intermedio de la Dirección General de Agua Potable y Saneamiento Básico, **siempre y cuando se haya realizado la apertura de la licitación para contratar la operación y administración de los sistemas de acueducto y alcantarillado, de acuerdo con los resultados que haya arrojado la consultoría contratada por el MINISTERIO;** se hayan contratado la totalidad de las

obras y/o suministros a ser financiados con los recursos del MINISTERIO, contratación que se considera como el bien o servicio que el MINISTERIO espera recibir en el año 2000: se haya diligenciado la ficha FSE-01 de programación física y financiera del proyecto y se haya firmado y perfeccionado el Otrosí establecido en la Cláusula Tercera Numeral II, literal A) del presente Convenio.

PARÁGRAFO CUARTO: El aporte del MINISTERIO correspondiente al segundo desembolso por dos mil doscientos millones (\$2.200.000.000,00) de pesos, se desembolsará contra el rezago presupuestal del año 2000, previo haber contratado la operación y administración de los sistemas de acueducto y alcantarillado, haber presentado el contrato de compraventa de Telemaicao cuyo aporte debe realizarse a más tardar dentro del mes siguiente de celebrada la venta de Telmaicao; y evidenciar ante el MINISTERIO, el cumplimiento de las metas físicas y financieras programadas en la ficha FSE-01. Si durante la vigencia fiscal del 2000 existiera el PAC y la situación de fondos que permita algún desembolso, éste se realizará previo cumplimiento de las condiciones establecidas por el MINISTERIO en el documento de justificación técnico - económica, el cual hace parte integrante del presente Convenio. Para todos los desembolsos el MUNICIPIO deberá presentar la solicitud de desembolso correspondiente. El Municipio deberá adoptar las medidas necesarias, tales como utilizar recursos propios, reprogramar pagos o ajustar el cronograma de ejecución cuando el PAC o la situación de fondos no le permitan al MINISTERIO realizar los desembolsos de acuerdo con el plan financiero del proyecto. De tal manera, el beneficiario acepta que no habrá lugar a reclamación de perjuicios ante el MINISTERIO por este concepto.

PARÁGRAFO QUINTA. Cuando fuere el caso, el MUNICIPIO, podrá colocar los recursos desembolsados por el MINISTERIO que no se utilicen en forma inmediata, en inversiones que garanticen seguridad y rendimiento. Dichos rendimientos deberán ser girados a la Dirección del Tesoro Nacional, de conformidad con los procedimientos previstos para el efecto en el Estatuto Orgánico de Presupuesto.

PARÁGRAFO SEXTA. El MINISTERIO podrá abstenerse de efectuar cualquier desembolso en el evento en que el MUNICIPIO incumpla cualquiera de las obligaciones consagradas en el presente Convenio de Apoyo Financiero, hasta tanto sean subsanadas. La anterior atribución se ejercerá con fundamento en lo contenido en la metodología de presentación de proyectos y evaluación y seguimiento en la fase de inversión definida por el MINISTERIO y demás determinaciones que emita el MINISTERIO, que la aclaren o modifiquen.”

Con respecto a la responsabilidad por los diseños y la interventoría del proyecto, señaló el Convenio:

“NOVENA. DISEÑOS E INTERVENTORÍA DEL PROYECTO. Los diseños y la interventoría del proyecto estarán a cargo del MUNICIPIO, el cual se encargará de velar para que la calidad de las obras que se ejecuten cumpla con las especificaciones técnicas y de ingeniería mínimas requeridas. PARÁGRAFO. Los recursos de apoyo financiero del MINISTERIO no podrán ser utilizados para financiar los componentes de interventoría, consultoría, reajustes, mayores cantidades de obra u obras adicionales. Estos componentes deberán ser financiados con otras fuentes de recursos y deberán quedar claramente establecidos en el Plan de Inversiones”.

En cuanto al régimen aplicable, se indicó que dicho Convenio de Apoyo Financiero se rige por la Ley 80 de 1993, Ley 142 de 1994, Ley 99 de 1993 y sus decretos reglamentarios, y las normas civiles y comerciales aplicables a la materia.

Varias conclusiones se pueden extraer de dicho documento, la primera, que la responsabilidad por la situación sanitaria que atravesaba el Municipio de Maicao debido a las deficiencias en la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, era exclusivamente del referido Municipio y que si bien tanto la Nación como el departamento de La Guajira se comprometieron a aunar esfuerzos para resolverla, el apoyo de estos dos entes hacia Maicao sería estrictamente financiero mediante el aporte de los recursos que con dicha finalidad se incluirían en sus respectivos presupuestos, bajo las precisas condiciones allí establecidas,

Esto tiene su razón de ser en que de conformidad con la Carta Política (Arts. 286 y 287) administrativamente la Nación, los departamentos y los municipios son entes territoriales autónomos e independientes desde los puntos de vista presupuestal, financiero y administrativo, sin perjuicio de las

funciones administrativas, de coordinación, de complementariedad de la acción municipal, de intermediación entre la Nación y los Municipios y de prestación de los servicios que tanto la Constitución como la ley establezcan (art. 298 C.P).

La segunda conclusión a que puede arribarse es que según los términos del Convenio, la celebración de los contratos con ocasión del apoyo financiero para la optimización de los sistemas de acueducto y alcantarillado de Maicao, era responsabilidad del Municipio al cual se le habrían de girar los recursos que tanto la Nación como el Departamento de La Guajira se comprometieron aportar, para lo cual previamente el municipio debía haber contratado mediante licitación pública la administración y operación de los referidos sistemas.

No obstante la claridad y precisión de los términos plasmados en el convenio, so pretexto de atender las necesidades más urgentes, en absoluta muestra de la falta de coordinación y de planeación para la ejecución de los citados recursos, sin existir aún el denominado Plan Maestro del cual para entonces era apenas una idea por desarrollar según fue puesto de presente por el Ingeniero LUIS FERNANDO OSORIO¹³⁶ Presidente de la compañía Aguas de la Península, y sin haber comenzado aún actividades la empresa contratada mediante licitación pública por el municipio para la operación y administración de los sistemas de acueducto y alcantarillado de Maicao, el gobierno departamental de La Guajira en lugar de adelantar un solo proceso licitatorio para contratar *“la totalidad de las obras y/o suministros a ser financiados con los*

¹³⁶ Fls. 6 y ss. cno. 3 Corte.

recursos” comprometidos a través del convenio, deliberadamente fraccionó su objeto y se dedicó a celebrar más de una veintena de contratos sin obedecer a plan o programación de actividades alguna, sino sólo al capricho o la intuición del Gobierno Departamental de turno, secundado por los empleados subalternos de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de La Guajira, pues incluso el propio Alejandro Magno Builes Suárez¹³⁷, dijo no tener precisión respecto de quién o cuál funcionario provino la idea de suscribir varios contratos por la vía de la contratación directa, no obstante que el Convenio de Apoyo Financiero tenía previsto que debía desarrollarse mediante licitación pública.

Que si pese a lo anterior la Gobernación en lugar de optar por entregar los recursos financieros al Municipio conforme se había comprometido decidía unilateralmente celebrar sus propios contratos, debía sujetarse no sólo a la normativa de contratación que como departamento le era aplicable, sino también integrarse al plan de acción diseñado por el Municipio, nada de lo cual encontró realización.

En este sentido, bastante ilustrativa de la situación que la Sala viene de advertir, resulta la declaración del ingeniero sanitario LUIS FERNANDO OSORIO¹³⁸, Presidente de Aguas de la Península, al indicar que: *“En su momento cuando llegamos a operar a Maicao no encontramos un Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado totalmente diseñado, encontramos algunas obras y algunos diseños específicos de algunas partes del acueducto y algunas partes del alcantarillado, pero no obedecía a un Plan Maestro general como tal, eran algunas actividades que se venían desarrollando con base en algunas*

¹³⁷ Fls. 44 y ss. cno. 3 Corte.

¹³⁸ Fls. 6 y ss. cno. 3 Corte.

consultorías que estuvieron a cargo del departamento y del municipio en días anteriores”.

Y, aclaró que: *“Bueno en su momento eso era independiente para cada uno de los proyectos, había proyectos ejecutados por el municipio, otros proyectos que los ejecutaba el departamento y otros que eran ejecutados por la nación, cada uno pues tenía su digamos su trámite y su forma de, de ejecución y de cada uno de los proyectos, pero en particular como tal no tuve conocimiento de cómo era el proceso interno”.*

Al preguntársele si el Gobernador HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE participó en la etapa previa a la celebración de los contratos suscritos en desarrollo del convenio de apoyo financiero celebrado entre la Nación, el departamento y el Municipio de Maicao, indica que: *“el gobernador pues obviamente era el representante ante el comité del convenio por parte del departamento de la Guajira pues allí existía el alcalde de Maicao, la dirección de agua potable y saneamiento del ministerio en su momento y el gobernador del departamento como tal eran las cabezas de, del convenio, de la celebración del convenio como tal”.*

Así, salta a la vista, cómo, siguiendo en parte lo acordado con la Nación y el Departamento, el Municipio de Maicao celebró la licitación pública que dio como resultado la adjudicación del Contrato de Concesión 003 de 28 de diciembre de 2000 a la empresa Aguas de la Península, suscrito por ÁLVARO LUIS GUERRERO GARRIDO, Alcalde Municipal, con ANDRÉS ALBERTO CARDONA LAVERDE, en condición de Representante Legal de AGUAS DE LA PENÍNSULA S.A., E.S.P., entidad que con ocasión del referido convenio, asumió en forma temporal por su cuenta y riesgo **“la financiación, operación, administración y prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado y sus actividades complementarias,**

así como la construcción, rehabilitación, optimización, expansión, reposición y mantenimiento de los sistemas destinados a la gestión y prestación de los mismos servicios públicos, de conformidad con el régimen jurídico aplicable al Contrato, los términos y condiciones que se establecen, la oferta aceptada por el CONCEDENTE y los Pliegos de condiciones de la Licitación Pública No. 007 de 2000".

Es de anotar, que, según la documentación allegada, el Acta de toma de posesión de los bienes a partir de la cual el contrato comenzaba su ejecución se llevó a cabo el 14 de marzo de 2001, lo cual indica que a partir de ese momento, según los términos de la licitación, cualquier contrato que se quisiese celebrar con particulares y que estuviese vinculado con los sistemas de acueducto y alcantarillado de la ciudad de Maicao debía someterse al mecanismo de la licitación pública, conforme los términos del contrato de concesión, según la cláusula 11, literal qq.

En razón de ello, el Municipio de Maicao también celebró la Licitación Pública No. 001 de 2001, adjudicada el 13 de diciembre de 2001 a las empresas PAVCO SA (\$546.969.677.00) y METALURGICA CONSTRUCEL COLOMBIAS.A. (\$394.624.969.00), para el suministro de materiales, tuberías y accesorios para la terminación de la construcción de la red de conducción del acueducto Municipal de Maicao.

De igual manera, la Alcaldía Municipal de Maicao el 13 de diciembre de 2001, adjudicó a la firma Unión Temporal Península, la Licitación 002 de 2001 para la "construcción e instalación de la red de conducción de Acueducto de Maicao" en cuantía de \$755.605.388.00.

Pero aún si lo anterior no fuere suficientemente ilustrativo de la falta de razón en los acusados, sus defensores y la casi totalidad de los testigos que en calidad de contratistas o servidores públicos intervinientes en la contratación que comparecieron al proceso, para señalar subjetivamente que en los contratos celebrados se respetaron los principios que rigen la contratación estatal, que se trataba de objetos contractuales distintos, ubicados en diversos lugares y que hacían posible la contratación directa; es de advertirse que en el Acta No. 004 de revisión de Gerencia de Obra suscrita por ALEJANDRO BUILES SUÁREZ, en representación de la secretaria de Obras Públicas y Vías Departamentales, el Ingeniero Elvin González Medina en representación de la Subsecretaría de agua potable del departamento, en su calidad de interventor, y el Ingeniero José R. Melo Peña. en representación de la Firma estudios Técnicos y Construcciones Ltda. como Consultor, con el fin de revisar las actividades realizadas por la gerencia de Obra, dieron cuenta, no sólo de las dos licitaciones que vienen de mencionarse, sino de los varios contratos suscritos por el Municipio en el año 2001, con la misma finalidad y objeto de los que también fueron suscritos por el Departamento, incluso con contratistas que también habían celebrado contratos de acueducto y/o alcantarillado con éste, todo lo cual patentiza la transgresión de los principios de legalidad, planeación, transparencia y selección objetiva en la contratación por parte de los acusados.

Tal es el caso de los siguientes contratos de que da cuenta el “acta No. 0004 de Revisión de Gerencia de Obra” de 19 de marzo de 2002, levantada por José Rodrigo Melo Peña, de la

firma Estudios Técnicos y Construcciones Ltda., Elvin González Medina de la Subsecretaría de Agua Potable y Alejandro Builes Suárez, Secretario de Obras Públicas y Vías departamental, con ocasión del “Contrato de Gerencia de Obra No. 431/2001” obtenida por el Investigador Víctor Malaver Peña¹³⁹:

3.1.1.1.1.1.- CONTRATOS CELEBRADOS POR EL MUNICIPIO DE MAICAO.

3.1.1.1.1.1.1.- Procesos Licitatorios

Se evidencia que el Municipio de Maicao adelantó dos procesos licitatorios, así:

3.1.1.1.1.1.1.1.- Licitación Pública N° 001 del 2001

El Municipio de Maicao ordenó la apertura de la Licitación Pública 001 el 28 de agosto de 2001 y la cerró el 14 de septiembre de 2001, con el siguiente objeto: *“SUMINISTRO MATERIALES TUBERÍAS Y ACCESORIOS PARA LA TERMINACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA RED DE CONDUCCIÓN DEL ACUEDUCTO MUNICIPAL DE MAICAO”*.

En dicho informe mencionaron que se presentaron los siguientes proponentes:

¹³⁹ Fls. 254 y ss. cno. 2 Fiscalía.

PROPONENTE	VALOR	
	GRUPO I	GRUPO II
ETERNIT COLOMBIANA SA	613.458.158,40	405.041.728,00
PAVCO S.A.	546.969.677,00	-
PAM COLOMBIA S.A (PAMCOL)	598.624.969,28	-
METALURGIA CONSTRUCEL COLOMBIA S.A.	-	394.560.097,00
ACCESORIOS Y VÁLVULAS S.A. (AVA S.A.)	-	407.576.823,00

Luego de la evaluación y las observaciones de los oferentes, indicaron que por medio de resolución número 562 del 13 de diciembre de 2001, el Municipio de Maicao adjudicó a Pavco S.A. el Contrato de Suministro Grupo I y, a Metalúrgica Construcel Colombia S.A. (Metacol) el Contrato de Suministro Grupo II.

3.1.1.1.1.1.2.- Licitación Pública N°2 del 2001

El Municipio de Maicao ordenó la apertura de la Licitación Pública número 002 con el objeto de la *“CONSTRUCCIÓN E INSTALACIÓN DE LA RED DE CONDUCCIÓN DEL ACUEDUCTO DE MAICAO”*, aperturada el 28 de agosto de 2001 y cerrada el 14 de septiembre de 2001.

Participaron los siguientes proponentes:

PROPONENTE	VALOR
CONSORCIO JESÚS DARÍO LÓPEZ Y OTROS	746.216.702,40
UNIÓN TEMPORAL PENÍNSULA *	755.605.388,00

* Valor corregido

El municipio de Maicao, mediante Resolución número 562 del 13 de diciembre de 2001, adjudicó a la Unión Temporal Península el Contrato de Obra.

Resulta importante mencionar que a más de lo expuesto en la citada acta, en la actuación no se encuentra información de estas licitaciones ni soportes de las mismas, lo cual se explica por el hecho de que la administración municipal de Maicao no era objeto de investigación por dichos procesos contractuales.

Asimismo es de destacar, que en medios abiertos tampoco se halló referencia alguna a las aludidas licitaciones 001 y 002 de 2001, que hacen referencia a la construcción de redes de distribución del acueducto de Maicao, por tratarse de documentos anteriores al momento en que se implementó el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP el cual garantiza que se cumplan los principios de publicidad y transparencia en la gestión contractual, y que demandaba la publicación en diarios físicos, como el Diario Único de Contratación y las gacetas departamentales.

3.1.1.1.1.1.2.- Contratos Realizados por el Municipio

A su vez en el informe en mención se relacionaron veintidós (22) contratos realizados por el Municipio de Maicao, así:

3.1.1.1.1.1.2.1.- Contrato 108 del 05/12/2000

Objeto: Construcción e instalación de la red de conducción del acueducto de Maicao

Valor: \$573.980.235.

Contratista: Unión Temporal Tayrona

Adicional 1: del 06/12/2000 por valor de \$157.656.803,00.

Adicional 2: del 06/08/2001 por valor de \$131.637.038,00.

Adicional 3: del 11/02/2002 por valor de \$104.797.509,81.

3.1.1.1.1.2.2.- Contrato 004 del 19/09/2001

Objeto: Interventoría para la ampliación y optimización estación de bombeo

Valor: \$78.157.800.

Contratista: Ingeniería Económica Consultores Ltda

3.1.1.1.1.2.3.- Contrato 017 del 06/11/2001

Objeto: Optimización edificio Planta de Tratamiento localizaciones (zona de bodega, laboratorios y cerramiento) plan maestro de acueducto.

Valor: \$32.000.000.

Contratista: Emilcen Zabaleta Romero

3.1.1.1.1.2.4.- Contrato 024 del 27/11/2001

Objeto: Puesta en funcionamiento del pozo perforado denominado Loma Fresca, ubicado al lado del tanque elevado, municipio de Maicao.

Valor: \$21.495.500.

Contratista: Carlos Gómez Amaris

3.1.1.1.1.2.5.- Contrato 026 del 11/12/2001

Objeto: Construcción redes de distribución acueducto de Maicao barrio Los Laurcles, localizado en el municipio de Maicao.

Valor: \$69.671.500.

Contratista: Carlos Arturo Robles Julio

3.1.1.1.1.1.2.6.- Contrato 027 del 11/12/2001

Objeto: Construcción redes de distribución acueducto barrios Boscán y Paraíso localizados en el municipio de Maicao.

Valor: \$54.494.698.

Contratista: Aring Ltda.

3.1.1.1.1.1.2.7.- Contrato 028 del 12/12/2001

Objeto: Mantenimiento vía de acceso a la planta de tratamiento acueducto de Maicao.

Valor: \$34.995.000.

Contratista: Carlos Gutiérrez Jiménez

3.1.1.1.1.1.2.8.- Contrato 029 del 12/12/2001

Objeto: Construcción de obras de drenaje vía de acceso a planta de tratamiento acueducto de Maicao.

Valor: \$64.999.000.

Contratista: Larry Sierra Robles

3.1.1.1.1.1.2.9.- Contrato 030 del 12/12/2001

Objeto: Construcción redes de colectores secundarios alcantarillado sanitario barrio Los Olivos y Boscan.

Valor: \$36.578.191.

Contratista: Carlos Gómez Amaris

3.1.1.1.1.2.10.- Contrato 031 del 13/12/2001

Objeto: Construcción redes de distribución acueducto de Maicao Barrios Santa Isabel y San Antonio, localizados en el municipio de Maicao.

Valor: \$69.972.713.

Contratista: Luis Rodríguez Acevedo

3.1.1.1.1.2.11.- Contrato 032 del 13/12/2001

Objeto: Construcción redes alcantarillado sanitario barrio El Paraíso.

Valor: \$18.334.435.

Contratista: Jorge Luis Illidge Isaza

3.1.1.1.1.2.12.- Contrato 036 del 13/12/2001

Objeto: Construcción redes de distribución acueducto de Maicao Barrio Majupay, localizado en el municipio de Maicao.

Valor: \$35.586.070.

Contratista: Aring Ltda.

3.1.1.1.1.2.13.- Contrato 037 del 13/12/2001

Objeto: Adecuación y mejoras locativas Planta de Tratamiento acueducto del municipio de Maicao.

Valor: \$53.440.000.

Contratista: Daniel Javier Sierra Jairo.

3.1.1.1.1.2.14.- Contrato 023 del 14/12/2001

Objeto: Suministro de materiales, tuberías y accesorios para la terminación de la construcción de la red de conducción del acueducto municipal de Maicao Grupo II Suministro de accesorios.

Valor: \$394.560.097.

Contratista: Metalúrgica Construcel Colombia SA

3.1.1.1.1.2.15.- Contrato 024 del 14/12/2001

Objeto: Suministro de materiales, tuberías y accesorios para la terminación de la construcción de la red de conducción del acueducto municipal de Maicao Grupo I Suministro de tuberías.

Valor: \$546.969.677.

Contratista: Pavco SA

3.1.1.1.1.2.16.- Contrato 041 del 20/12/2001

Objeto: Construcción e instalación de la red de conducción del acueducto de Maicao.

Valor: \$755.605.388.

Contratista: Unión Temporal Península

3.1.1.1.1.2.17.- Contrato 018 sin fecha

Objeto: Suministro de materiales para la construcción de la línea primaria para la puesta en funcionamiento pozo profundo Km 65.

Valor: \$61.385.050.

Contratista: Samuel Vaquero Quintero

3.1.1.1.1.2.18.- Contrato 022 sin fecha

Objeto: Recuperación red eléctrica a estación de bombeo alcantarillado

Valor: \$17.790.500.

Contratista: José Agustín Campuzano

3.1.1.1.1.2.19.- Contrato 023 sin fecha

Objeto: Reparación y mantenimiento equipos de bombeo alcantarillado.

Valor: \$45.501.750.

Contratista: José María Sanabria Rueda

3.1.1.1.1.2.20.- Contrato 025 sin fecha

Objeto: Construcción de la línea primaria para la puesta en funcionamiento pozo profundo 65 km.

Valor: \$48.388.800.

Contratista: Isidro Castro Rodriguez

3.1.1.1.1.2.21.- Contrato 038 sin fecha

Objeto: Reparación planta eléctrica de emergencia Caterpillar EB y motobomba diésel Deutz

Valor: \$18.130.000.

Contratista: José Daniel Guevara Pulido

3.1.1.1.1.2.22.- Contrato 039 sin fecha

Objeto: Instalación de transformadores tanque elevado Lomafresca, San José y planta de tratamiento acueducto.

Valor: \$28.807.500.

Contratista: Humberto Marín Bedoya

3.1.1.1.1.2.- DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LOS FUNCIONARIOS ACUSADOS.

Los siguientes son los negocios jurídicos materia de cuestionamientos, suscritos por los acusados, en términos que a continuación se precisan.

3.1.1.1.1.2.1.- Del Contrato de Obras Públicas N°004

Tabla N°1 Resumen Contrato de Obras Públicas 004.

Contrato De Obras Públicas N°004	
Fecha Contrato	5/03/2001
Objeto	Construcción redes de acueducto urbanización Almirante Padilla, localizada en el municipio de Maicao.
Contratante	Departamento de la Guajira - Hernando Deluque Freyle
Contratista	Aring Ltda - Carlos Jorge Caballero Guerra CC77.170.457
Fecha Inicio	23/03/2001
Fecha fin	17/09/2001
Valor Inicial	\$ 102.977.378,65
Valor Adicional	\$ 38.264.432,00
Valor Ejecutado	\$ 141.241.810
Liquidación	29/04/2004 - Liquidado Unilateralmente Res. 341/2004 con la totalidad de las obras ejecutadas

3.1.1.1.1.2.2. Del Contrato Adicional N°001 de 2001 al Contrato 004 de 2001.

Celebrado el 05 de junio de 2001, entre Hernando Deluque Freyle en representación del Departamento de La Guajira y Carlos Jorge Caballero Guerra, quien obra en representación de la firma **Aring Ltda**, en calidad de gerente,

sociedad constituida mediante Escritura Pública No. 10176 del 18 de julio de 2000.

El objeto de la adición contractual se hizo consistir en la realización de mayores cantidades de Obra para la ejecución del Contrato Principal “bajo las normas, planos y especificaciones establecidas por el Departamento”, en cuantía de \$38.264.432,00.

3.1.1.1.1.2.3.- Del Contrato De Obra N°228

Tabla N°3 - Resumen Contrato de Obra 228.

Contrato De Obra No. 228	
Fecha de Contrato	17/10/2001
Objeto	Construcción de Alcantarillado sanitario entre Carreras 26, 27 y 28 y Calles 21, 22 y 23, sector las Tijeras, PMA, Municipio de Maicao.
Contratante	Departamento de la Guajira Hernando Deluque Freyle
Contratista	Jairo Jiménez Camargo CC 84.071.256
Fecha de Inicio	3/12/2001
Valor Inicial	\$ 85.850.000
Liquidación	25/04/2003 - Mutuo acuerdo el contratista reintegró la suma recibida como anticipo \$ 30.665.620.

Pese a haber sido celebrado el 17 de octubre de 2001, las obras al parecer se iniciaron el 3 de diciembre “del año anterior” (sic), y se suspendieron el 4 de febrero de 2002 “hasta que el departamento de La Guajira en coordinación con el contratista subsane la emergencia”, y el 25 de abril de 2003 las partes acordaron terminar y liquidar por mutuo acuerdo el contrato, teniendo en cuenta que Aguas de La península solicitó variar los tramos contratados, lo cual no fue admitido dada la imposibilidad de variar el objeto contractual, comprometiéndose el contratista a reintegrar el valor cancelado por concepto de anticipo o sea la suma de \$30.665.620.00

De acuerdo con lo ordenado en el Acta de Liquidación de Contrato de Obra número 228 del 17 de octubre de 2001, el contratista realizó el reintegro al Departamento de La Guajira del anticipo según copia de Comprobante Único de Consignación número 5840273 del Banco Popular fechado 25 de junio de 2003 por valor de \$30.665.620.

3.1.1.1.1.2.4.- Del Contrato de obras públicas N°044

Tabla N°2 – Resumen Contrato de Obras Públicas 044

Contrato De Obras Públicas N°044	
Fecha Contrato	15/08/2001
Objeto	Construcción redes de distribución acueducto de Maicao Barrios Boscan, Centro, Villalnés, Santánder, San Martín, y San José, localizados en el municipio de Maicao
Contratante	Departamento de la Guajira - Hernado Deluque Freyle
Contratista	Jaime Curvelo García Mayorca CC72.127.958
Cesión Contrato a	Ruslan Ariño Gamez (05/09/2001)
Fecha Inicio	10/10/2001
Fecha fin	10/04/2002
Valor Inicial	\$ 170.245.400,00
Valor Adicional	\$84.990.033,75 - Raúl Fragoso Daza
Valor Ejecutado	\$ 255.235.434
Liquidación	27/06/2002

3.1.1.1.1.2.4.1.- Contrato de cesión del contrato de obra N° 044 de 2001

En documento de fecha 5 de septiembre de 2001, figura como cedente Jaime Curvelo García Mayorca y cesionario Ruslan Ariño Gámez.

3.1.1.1.1.2.5.- Contrato Adicional No. 001 del 2.001 Adicional al Contrato No. 044 del 15 de agosto del 2001.

Fecha: 30 de octubre de 2001

Valor Adicional: \$84.990.033,75

Duración: el plazo del contrato principal y del contrato adicional será de seis meses contados a partir de la fecha de la firma del acta de iniciación del contrato principal.

3.1.1.1.1.2.6.- Del Contrato De Obras Públicas N°045

Tabla N°4 - Resumen Contrato de Obras Públicas 045

Contrato De Obras Públicas N°045	
Fecha Contrato	17/08/2001
Objeto	Construcción redes de distribución acueducto de Maicao Barrios San José y Torre de la Majayura localizados en el municipio de Maicao
Contratante	Departamento de la Guajira - Hernado Deluque Freyle
Contratista	Aring Ltda - Carlos Jorge Caballero Guerra CC77.170.457
Fecha Inicio	10/10/2001
Fecha fin	10/03/2002
Valor Inicial	\$ 164.043.000,00
Valor Adicional	\$53.049.100 - Raúl Fragozo Daza
Valor Ejecutado	\$ 217.091.787,50
Liquidación	13/09/2002

3.1.1.1.1.2.7.- Contrato Adicional No. 001 del 2.001 Adicional al Contrato No. 045 del 17 de agosto del 2001.

Fecha: 24 de octubre de 2001

Valor Adicional: \$53.049.100,00

Duración: el plazo del contrato principal y del contrato adicional será de cinco meses contados a partir de la fecha de la firma del acta de iniciación del contrato principal.

Firmado por: Raúl Fragozo Daza en calidad de Gobernador del Departamento de La Guajira (e), Carlos Jorge Caballero Guerra - Aring Ltda., en condición de contratista y visto bueno de Alejandro Builes Suarez como Secretario de Obras Públicas Departamental.

3.1.1.1.1.2.8.- Contrato Adicional en tiempo al Contrato No. 045 del 17 de agosto del 2001.

Fecha: 08 de marzo de 2002

Término de Adición: Dos (2) meses, contados a partir del once (11) de marzo de 2002.

Firmado por: Hernando Deluque Freyle en calidad de Gobernador del Departamento de La Guajira, Aring Ltda, en condición de contratista y visto bueno de Alejandro Builes Suárez como Secretario de Obras Departamental.

3.1.1.1.1.2.9.- Del Contrato de Obras Públicas N° 117

Tabla N°5 - Resumen Contrato de Obras Públicas 117

Contrato De Obras Públicas N°117	
Fecha Contrato	11/09/2001
Objeto	Rehabilitación y optimización del acueducto de Maicao, optimización tanque elevado barrio Loma Fresca
Contratante	Departamento de la Guajira - Hernando Deluque Freyle
Contratista	Jaime Díaz Vega CC 9.077.340
Fecha Inicio	10/10/2001
Fecha fin	10/02/2002
Valor Inicial	\$ 127.632.234
Valor Ejecutado	\$ 113.127.435
Liquidación	20/08/2002 - Mutuo acuerdo a satisfacción

3.1.1.1.1.2.10.- Del Contrato de Consultoría N° 143

Tabla N°6 - Resumen Contrato de Consultoría 143

Contrato De Consultoría N°143	
Fecha Contrato	21/09/2001
Objeto	Gerencia de proyecto de Plan Maestro Acueducto y Alcantarillado Maicao, primera fase, segunda etapa
Contratante	Departamento de la Guajira - Hernado Deluque Freyle
Contratista	Estudios Técnicos y Construcciones Ltda - Manuel Leopoldo Góngora Sierra
Valor Inicial	\$ 168.000.000

3.1.1.1.1.2.11.- Del Contrato de Obras Públicas N° 236

Tabla N°7 - Resumen Contrato de Obras Públicas 236

Contrato De Obras Públicas N°236	
Fecha Contrato	17/10/2001
Objeto	Construcción redes de acueducto Barrio Los Laureles, localizado en el Municipio de Maicao
Contratante	Departamento de la Guajira - Hernado Deluque Freyle
Contratista	Magdaniel Ltda. - Delay Manuel Magdaniel Hernández CC84.028.370
Fecha Inicio	15/11/2001
Fecha fin	14/02/2002
Valor Inicial	\$ 143.893.614,00
Valor Ejecutado	\$ 143.721.254,75
Liquidación	14/02/2002 - Mutuo acuerdo a satisfacción

3.1.1.1.1.2.12.- Del Contrato de Obras Públicas N°240

Tabla N°8 - Resumen Contrato de Obras Públicas 240

Contrato De Obras Públicas N°240	
Fecha Contrato	26/10/2001
Objeto	Construcción de alcantarillado sanitario de Maicao. Barrios Boscán y el Carmen, Municipio de Maicao. Plan Maestro del Acueducto y el Alcantarillado Sanitario de Maicao
Contratante	Departamento de la Guajira - Raúl Fragozo Daza
Contratista	Dicorel Ltda - Hildefonso Morales Ospino CC77.023.590
Fecha Inicio	10/12/2001
Fecha Suspensión	21/12/2001
Fecha Reinicio	5/08/2002
Fecha fin	1/11/2002
Valor Inicial	\$ 169.175.304
Adición	\$61.771.455 - Álvaro Gnecco Rodriguez
Valor Ejecutado	\$ 230.432.267
Liquidación	01/11/2002 - Mutuo acuerdo a satisfacción

**3.1.1.1.1.2.13.- Contrato Adicional No. 001 del 2.001
Adicional al Contrato No. 240 del 26 de octubre del 2001.**

Fecha: 20 de diciembre de 2001

Valor Adicional: \$61.771.455.

Identificación Presupuestal (CDP 3267 del 16/11/2001)
01-3-61-20 Programa: "Aporte convenio MIN DE DESA ECO
MAICAO Y DPTO DE LA GUAJIRA. Reh y opt acueducto de
Maicao".

Firmado por: Álvaro Gnecco Rodríguez en calidad de
Gobernador del Departamento de La Guajira (e), Discorel Ltda
como contratista y visto bueno de Alejandro Builes Suarez
como Secretario de Obras Públicas Departamental.

3.1.1.1.1.2.14.- Del Contrato de Obras Públicas N°241

Tabla N°9 – Resumen Contrato de Obras Públicas 241

Contrato De Obras Públicas N°241	
Fecha Contrato	26/10/2001
Objeto	Construcción de alcantarillado sanitario de Maicao, Barrios San José, San Martín y el Centro del Municipio de Maicao, Plan Maestro del Acueducto y el Alcantarillado Sanitario de Maicao
Contratante	Departamento de la Guajira - Raúl Fragozo Daza
Contratista	Electrycon Ltda - Hldefonso Torres Cuesta CC17.954.743
Fecha Inicio	13/12/2001
Fecha Suspensión	20/12/2001
Fecha Reinicio	5/08/2002
Fecha fin	4/11/2002
Valor Inicial	\$ 165.809.333
Adición	\$60.581.928 - Álvaro Gnecco Rodriguez
Valor Ejecutado	\$ 202.645.513
Liquidación	25/07/2003 - Liquidación Unilateral Res. 704/2003 - Obras recibidas a cabalidad

**3.1.1.1.1.2.15.- Contrato Adicional No. 001 del 2.001
Adicional al Contrato No. 241 del 26 de octubre del 2001.**

Fecha: 20 de diciembre de 2001

Valor Adicional: \$60.581.928.

Objeto: Contratar mayores cantidades de obra para la ejecución del contrato principal.

Identificación Presupuestal (CDP 3901 del 20/12/2001)
01-3-61-20 Programa: Aporte convenio Min Desa Eco Maicao y
Dpto de La Guajira. Reh y opt acueducto de Maicao.

Firmado por: Álvaro Gnecco Rodríguez en calidad de Gobernador de La Guajira (e), Electrycon Ltda. en condición de contratista y visto bueno de Alejandro Builes Suarez como Secretario de Obras Públicas Departamental.

**3.1.1.1.1.2.15.1.- Resolución N°704 de 2003 -
Liquidación Unilateral Contrato de Obra 241 de 2001**

Fecha: 25 de julio de 2003

Resolución por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato de obra número 241 de 2001, celebrado con Electrycon Ltda.

3.1.1.1.1.2.16.- Del Contrato De Obras Públicas N°361

Tabla N°10 - Resumen Contrato de Obras Públicas 361

Contrato De Obras Públicas N°361	
Fecha Contrato	27/11/2001
Objeto	Construcción del alcantarillado sanitario del barrio Los Comuneros Calle 11 entre carrera IB y Kra. 5, calle 10A y calle 11, Kra. 2 entre calle 10A y calle 11, municipio de Maicao.
Contratante	Departamento de la Guajira - Raúl Fragozo Daza
Contratista	Alfredo Arias Carcamo CC84.070.508
Fecha Inicio	31/12/2001
Fecha Suspensión	4/01/2002
Valor Inicial	\$ 120.309.369
Liquidación	25/04/2003 - Mutuo acuerdo el contratista reintegró la suma recibida como anticipo

3.1.1.1.1.2.17.- Del Contrato De Obras Públicas N°365

Tabla N°11 - Resumen Contrato de Obras Públicas 365

Contrato De Obras Públicas N°365	
Fecha Contrato	28/11/2001
Objeto	Reposición de redes de distribución acueducto barrio San José localizado en el municipio de Maicao.
Contratante	Departamento de la Guajira - Raúl Fragozo Daza
Contratista	Aring Lida - Carlos Jorge Caballero Guerra CC77.170.457
Fecha Inicio	10/01/2002
Fecha fin	10/04/2002
Valor Inicial	\$ 164.997.808
Adición	\$ 164.985.433
Valor Ejecutado	\$ 202.645.513
Liquidación	12/08/2002 - Mutuo acuerdo

3.1.1.1.1.2.18.- Del Contrato De Obra N°427

Tabla N°12 - Resumen Contrato de Obra 427

Contrato De Obra N°427	
Fecha Contrato	13/12/2001
Objeto	Construcción del alcantarillado sanitario del barrio Loma Fresca del Municipio de Maicao
Contratante	Departamento de la Guajira - Alvaro Gnecco Rodriguez
Contratista	Filemón José López Cerchar CC19.247.330
Fecha Inicio	21/01/2002
Fecha Suspensión	23/01/2002
Fecha fin	3/06/2002
Valor Inicial	\$ 55.000.000
Valor Ejecutado	\$ 54.997.850
Liquidación	03/06/2002 - Mutuo acuerdo

3.1.1.1.2.19.- Del Contrato De Obras Públicas N°430

Tabla N°13 - Resumen Contrato de Obras Públicas 430

Contrato De Obras Públicas N°430	
Fecha Contrato	18/12/2001
Objeto	Construcción redes de distribución acueducto de Maicao Barrio Santander, Loma Fresca y los Cedros, Localizado en el Municipio de Maicao
Contratante	Departamento de la Guajira - Hernado Deluque Freyle
Contratista	Constructora P.R y Cia Ltda. Carlos Julio Pedraza Reyes CC19.443.502
Fecha Inicio	10/01/2002
Fecha fin	10/04/2002
Valor Inicial	\$ 71.478.875
Valor Ejecutado	\$ 71.099.088,75
Liquidación	14/02/2002 - Mutuo acuerdo a satisfacción

3.1.1.1.2.20.- Del Contrato De Consultoría N°431

Tabla N°14 - Resumen Contrato de Consultoría 431

Contrato De Consultoría N°431	
Fecha Contrato	18/12/2001
Objeto	Gerencia de obra del proyecto "Plan maestro del acueducto y alcantarillado sanitario de Maicao - Primera Fase - Segunda etapa".
Contratante	Departamento de la Guajira - Hernado Deluque Freyle
Contratista	Estudios técnicos y construcciones Ltda. - Manuel Leopoldo Góngora Sierra CC19.254.016
Fecha Inicio	19/12/2001
Fecha fin	18/08/2002
Valor Inicial	\$ 165.000.000

3.1.1.1.2.21.- Del Contrato de Obras Públicas N°432

Tabla N°15 - Resumen Contrato de Obras Públicas 432

Contrato De Obras Públicas N°432	
Fecha Contrato	18/12/2001
Objeto	Construcción de redes de distribución acueducto barrio Maicaito localizado en el Municipio de Maicao
Contratante	Departamento de la Guajira - Hernado Deluque Freyle
Contratista	Delay Magdaniel Hernández CC84.028.370
Fecha Inicio	10/01/2002
Fecha fin	13/05/2002
Valor Inicial	\$ 168.761.652
Valor Ejecutado	\$ 168.714.516
Liquidación	13/05/2002 - Mutuo acuerdo a satisfacción

3.1.1.1.1.2.22.- Del Contrato de Obras Públicas N°433

Tabla N°16 – Resumen Contrato de Obras Públicas 433

Contrato De Obras Públicas N°433	
Fecha Contrato	18/12/2001
Objeto	Construcción de redes de distribución secundarias acueducto barrio San Martín localizado en el Municipio de Maicao
Contratante	Departamento de la Guajira - Hernado Deluque Freyle
Contratista	Jaime José Gómez Urbina CC17.841.480
Fecha Inicio	25/02/2002
Fecha fin	25/05/2002
Valor Inicial	\$ 167.745.107
Valor Ejecutado	\$ 169.715.206
Liquidación	16/12/2002 - Mutuo acuerdo a satisfacción

3.1.1.1.1.2.23.- Del Contrato de Obras Públicas N°435

Tabla N°17 – Resumen Contrato de Obras Públicas 435

Contrato De Obras Públicas N°435	
Fecha Contrato	18/12/2001
Objeto	Construcción de redes de distribución acueducto de Maicao barrios San José, Los Olivos, localizados en el municipio de Maicao
Contratante	Departamento de la Guajira - Hernado Deluque Freyle
Contratista	Marcos Oñate Vidal CC84.006.002
Fecha Inicio	11/03/2002
Fecha fin	11/06/2002
Valor Inicial	\$ 157.596.138
Valor Ejecutado	\$ 157.595.476
Liquidación	23/03/2004 - Liquidación Unilateral Res. 211/2004 - Obras recibidas a cabalidad

3.1.1.1.1.2.24.- Del Contrato de Obras Públicas N°436

Tabla N°18 – Resumen Contrato de Obras Públicas 436

Contrato De Obras Públicas N°436	
Fecha Contrato	18/12/2001
Objeto	Construcción de redes de distribución acueducto de Maicao barrios El Carmen y Pastrana localizados en el municipio de Maicao
Contratante	Departamento de la Guajira - Hernado Deluque Freyle
Contratista	Larry Sierra Robles CC84.028.517
Fecha Inicio	10/01/2002
Fecha fin	10/04/2002
Valor Inicial	\$ 130.398.225
Valor Ejecutado	\$ 128.214.112
Liquidación	5/07/2002 - Mutuo acuerdo a satisfacción

3.1.1.1.1.2.25.- Del Contrato de Obras Públicas N°437

Tabla N°19 - Resumen Contrato de Obras Públicas 437

Contrato De Obras Públicas N°437	
Fecha Contrato	18/12/2001
Objeto	Construcción de redes de distribución acueducto de Maicao barrios El Carmen y Pastrana localizados en el municipio de Maicao
Contratante	Departamento de la Guajira - Hernado Deluque Freyle
Contratista	Jorge Magdaniel Socarras CC84.030.924
Fecha Inicio	10/01/2002
Fecha fin	10/04/2002
Valor Inicial	\$ 153.225.202
Valor Ejecutado	\$ 153.211.582
Liquidación	30/04/2002 - Mutuo acuerdo a satisfacción

Fecha: 18 de diciembre de 2001

3.1.1.1.1.2.26.- Del Contrato de Obras Públicas N°438

Tabla N°20 - Resumen Contrato de Obras Públicas 438

Contrato De Obras Públicas N°438	
Fecha Contrato	18/12/2001
Objeto	Construcción de redes de distribución acueducto de Maicao barrios Concepción localizados en el municipio de Maicao
Contratante	Departamento de la Guajira - Hernado Deluque Freyle
Contratista	Rocio María Acosta Argote CC89.074.194
Fecha Inicio	10/01/2002
Fecha fin	10/04/2002
Valor Inicial	\$ 69.361.407
Valor Ejecutado	\$ 69.100.231
Liquidación	12/08/2002 - Mutuo acuerdo a satisfacción

3.1.1.1.1.2.27.- Del Contrato de Obras Públicas N°439

Tabla N°21 - Resumen Contrato de Obras Públicas 439

Contrato De Obras Públicas N°439	
Fecha Contrato	18/12/2001
Objeto	Construcción de redes de distribución acueducto de Maicao barrios el Bosque y Primero de Mayo localizados en el municipio de Maicao
Contratante	Departamento de la Guajira - Hernado Deluque Freyle
Contratista	Carlos Arturo Robles Julio CC84.032.862
Fecha Inicio	10/01/2002
Fecha fin	10/04/2002
Valor Inicial	\$ 133.406.775
Valor Ejecutado	\$ 133.406.775
Liquidación	12/08/2002 - Mutuo acuerdo a satisfacción

3.1.1.1.1.2.28.- Del Contrato de Obras Públicas N°440

Tabla N°22 – Resumen Contrato de Obras Públicas 440

Contrato De Obras Públicas N°440	
Fecha Contrato	18/12/2001
Objeto	Construcción redes de colectores secundarios alcantarillado sanitario de Maicao, barrio Los Cedros, San Martín, El Bosque y San José, localizados en el Municipio de Maicao.
Contratante	Departamento de la Guajira - Hernando Deluque Freyle
Contratista	Francisco Marquez Deluque CC2.911.452
Fecha Inicio	14/03/2002
Fecha fin	15/05/2002
Valor Inicial	\$ 158.497.807
Valor Ejecutado	\$ 158.489.148
Liquidación	23/07/2002 - Mutuo acuerdo a satisfacción

3.1.1.1.1.2.29.- Del Contrato de Obras Públicas N°486

Tabla N°23 – Resumen Contrato de Obras Públicas 486

Contrato De Obras Públicas N°486	
Fecha Contrato	26/12/2001
Objeto	Construcción redes de distribución acueducto sectorización barrio Paraiso y zonas Aledañas Localizado en el Municipio de Maicao
Contratante	Departamento de la Guajira - Hernando Deluque Freyle
Contratista	Yali Milena Espeleta Jacome CC49.795.867
Fecha Inicio	10/01/2002
Fecha fin	10/04/2002
Valor Inicial	\$ 120.010.500
Valor Ejecutado	\$ 119.998.375
Liquidación	02/07/2002 - Mutuo acuerdo a satisfacción

3.1.1.1.1.2.30.- Del Contrato de Consultoría N°211

Tabla N°24 – Resumen Contrato de Consultoría 211

Contrato De Consultoría N°211	
Fecha Contrato	23/04/2002
Objeto	Levantamiento Topográfico Ciudad de Maicao para el Plan Maestro del acueducto y el alcantarillado sanitario del Municipio de Maicao
Contratante	Departamento de la Guajira - Hernando Deluque Freyle
Contratista	Jorge Humberto Pinilla Salgado CC19.473.947
Fecha Inicio	3/12/2001
Fecha fin	12/06/2002
Valor Inicial	\$ 170.000.000
Valor Ejecutado	\$ 170.000.000
Liquidación	12/06/2002 Mutuo acuerdo a satisfacción

Acreditado, como se encuentra, que para las fechas de suscripción de los contratos y adiciones contractuales que la Sala viene de rescñar, los señores HERNANDO DAVID DE LUQUE FREYLE, RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO GNECCO RODRÍGUEZ se desempeñaban como Gobernadores, titular y encargados, respectivamente, y, que en virtud de esa situación administrativa obraban como ordenadores del gasto, a la Sala le resulta claro que tenían por deber verificar, es decir, constatar que en el trámite los contratos administrativos que en nombre del departamento de La Guajira procedieron a celebrar, cumplían estrictamente los requisitos esenciales normativamente establecidos para dotarlos de legitimidad, validez y seguridad jurídica, en tanto cumplían los principios de legalidad, transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva, como con la totalidad de los postulados que rigen la función administrativa en general, cuyo fin primordial ha de ser obrar en pro de los intereses de la comunidad a cuyo servicio se debe.

Al contrario de lo normativamente exigido, conforme fue atribuido por la Fiscalía en la resolución de acusación, tanto el Gobernador Titular como los por éste transitoriamente encargados de cumplir el rol de fungir como ordenadores del gasto departamental, celebraron los contratos y sus adiciones objeto de reproche pese a que desde la fase precontractual se había omitido el trámite de la licitación pública previsto por el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, desarrollado por el artículo 3º del Decreto 855 de 1994, atendiendo la unidad natural del objeto contractual previsto incluso en el Convenio 050 de 2000, en la Licitación Pública 003 de 2000 celebrada por el Municipio

de Maicao con la empresa Aguas de la Península, y en el Plan de Obras e Inversiones del Municipio de Maicao presentado por INGETEC al Ministerio de Desarrollo Económico; que aluden a los sistemas de acueducto y alcantarillado como incscindibles para afrontar la solución al problema sanitario que se pretendía conjurar.

En lugar de ello, dando apariencia de legalidad mediante el trámite contractual de carácter estrictamente formal, se segmentó la unidad natural de objeto para realizar, sin planeación alguna asignaciones contractuales directas de porciones de obra a la postre descoordinadas, a personas evidentemente cercanas a la administración, distanciadas en todo caso de la verdadera finalidad para la cual habían sido asignados los recursos de contenido económico, cual era brindar solución al grave problema de saneamiento básico que enfrentaba al municipio de Maicao con menoscabo de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, como en tal sentido necesario resulta poner de presente en los términos que a continuación se destacan.

3.2.- Del fraccionamiento de la Unidad Contractual.

De la mano de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Sala de Casación Penal de la Corte (CSJ SP 26 mar 2009, Rad.29089) tiene dicho que la práctica de fraccionamiento contractual encuentra realización:

“[C]uando pudiéndose compendiar el todo en un sólo acto, se divide en varios, con el objetivo claro de eludir un condicionamiento legal.

En otras palabras, se configura, cuando la administración de manera artificiosa destruye la unidad natural del objeto contractual, a fin de contratar

directamente lo que en principio debió regirse por las formas propias de la licitación, o para sujetarse a un procedimiento menos estricto y riguroso de contratación directa en reemplazo del que se imponía seguir por el factor cuantía, práctica que riñe con las normas que gobierna la contratación estatal, particularmente con los principios de transparencia y selección objetiva.”

Ahora bien, en orden a establecer qué se entiende por unidad de objeto contractual, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en criterio que la Sala de Casación Penal de la Corte acoge¹⁴⁰, toma en consideración los conceptos de género y especie, entendiendo por aquél, el «conjunto de seres que tiene uno o varios caracteres comunes. / Taxón que agrupa a especies que comportan ciertos caracteres»¹⁴¹, en tanto que ésta, alude al «conjunto de elementos entre sí por tener uno o varios caracteres comunes. / Cada uno de los grupos en que se dividen los géneros y que se componen de individuos que, además de los caracteres genéricos, tienen en común otros caracteres por los cuales se asemejan entre sí y se distinguen de los de las demás especies»¹⁴².

Con base en estas diferenciaciones, la Sala de Casación Penal de la Corte (CSJ SP 12 jun. 2013, rad. 35660) ha dicho que la unidad de objeto contractual «se ha entendido como la especie de los bienes u obras contratadas de un mismo género, sin que la ley entonces prohíba celebrar varios contratos cuando se trata de bienes o servicios de esa naturaleza (mismo género), pero sí cuando corresponde a la misma especie».

De igual modo, en orden a establecer la configuración del fraccionamiento contractual, también la Sala de Casación Penal de la Corte ha considerado que se presenta «cuando se quebranta y se divide la unidad natural de su objeto»¹⁴³ y acorde con la doctrina sentada por el Consejo de Estado¹⁴⁴, «la unidad de objeto en materia de

¹⁴⁰ Al respecto CSJ SP 12 jun. 2013, rad. 35660, CSJ; CSJ SP 26 may. 2010, rad. 30933, CSJ SP 24 oct. 2012, rad. 33714, entre otras.

¹⁴¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Edición del Tricentenario. Aceptaciones 1 y 7

¹⁴² Íbidem. Aceptaciones 1 y 7

¹⁴³ CSJ SP 24 oct. 2012, Rad. 33714

¹⁴⁴ íbidem

contratación estatal, se pregona de aquellos contratos cuyo objeto “es naturalmente uno”¹⁴⁵. Así las cosas, la Sub Sección entiende que dicha unidad se reputa natural cuando para el cumplimiento de uno de sus elementos se requiere necesariamente el cumplimiento del otro, es decir, que sólo a través de la sumatoria de cada uno de ellos, se obtiene el producto final deseado con la contratación; en consecuencia, el incumplimiento de cualquiera de ellos arruina la posibilidad de satisfacer la necesidad identificada para contratar, por cuanto son interdependientes.¹⁴⁶

En orden a tratar de brindar mayor claridad en torno a lo que jurídicamente representa el fraccionamiento contractual, cabe mencionar que esta Corporación¹⁴⁷, tiene precisado que:

El fraccionamiento de un contrato público ocurre cuando pese a unificar el objeto en un solo acto, se divide en varios con la finalidad de eludir un requisito previsto en la ley¹⁴⁸.

Es una conducta contraria al principio de transparencia y se da cuando frente a un único contrato la entidad pública lo fragmenta, subestimando el valor inicial con el fin de que la cuantía no supere los montos señalados en el literal a) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 para contratar directamente¹⁴⁹.

Técnicamente se configura cuando la administración artificiosamente destruye la unidad natural de objeto contractual, y al mismo tiempo realiza otros con el propósito de

¹⁴⁵ Consejo de Estado; Sala Plena de lo contencioso administrativo; C.P. Dario Quiñónez Pinilla; Sentencia del 3 de octubre de 2000; Rad.: AC-10529 y AC-10968.

¹⁴⁶ ibidem

¹⁴⁷ CSJ SEP 00017-2021, 24 Feb. 2021. Rad. 49599

¹⁴⁸ Cfr. CSJ SP 26 marzo 2009, rad. 29089; reiterado en SP15528-2016, rad. 40383.

¹⁴⁹ Cfr. CE 250002326000200200372, 29 abril de 2015, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

evadir la licitación pública o sujetarse a un trámite menos estricto y riguroso en reemplazo del que se imponía¹⁵⁰.

En relación con el fraccionamiento esta Corporación ha sostenido:

**1. Esta figura fue expresamente consagrada en los decretos leyes 150 de 1976 y 222 de 1983 proscribiendo el fraccionamiento de los contratos, definiéndola como la suscripción de dos o más negocios jurídicos entre las mismas partes, con idéntico objeto y dentro del mismo término, que la primera normativa estableció en 3 meses y la segunda amplió a 6.*

Si bien es cierto que esta modalidad no fue literalmente reproducida por la ley 80 de 1993 ni por sus decretos reglamentarios, ello obedece a su estructura y al deseo del legislador de erradicar la exagerada reglamentación y rigorismo, determinando reglas y principios encaminados a obtener los fines del Estado, de los cuales se deduce la prohibición de la segmentación de contratos y que, como ya se vio, trasluce la interpretación constitucional que se debe hacer de ese cuerpo normativo.

Dicha preceptiva, con claridad expresa el querer del legislador de impedir que la administración haga ilusorio el trámite de la licitación pública o el procedimiento de selección objetiva del contratista, obstaculizando de esta forma que los contratos se acumulen en uno sólo o en pocos contratistas dando al traste con los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva, y con el ánimo de obtener el bien común, subyacente en todo negocio jurídico de esta índole.

Este fenómeno se presenta, viene reiterando la Sala, cuando pudiéndose compendiar el todo en un sólo acto, se divide en varios, con el objetivo claro de eludir un condicionamiento legal.

En otras palabras, se configura, cuando la administración de manera artificiosa destruye la unidad natural del objeto contractual, a fin de contratar directamente lo que en principio debió regirse por las formas propias de la licitación, o para sujetarse a un procedimiento menos estricto y riguroso de contratación directa en reemplazo del que se imponía seguir por el factor cuantía, práctica que riñe con las normas que gobiernan la contratación estatal, particularmente con los principios de transparencia y selección objetiva. (...)

¹⁵⁰ Cfr. *Ibidem*. También: CSJ SP5635-2016, rad. 41009.

Según la Real Academia de la Lengua, fraccionar es dividir una cosa en partes o fracciones. Parte es una porción indeterminada de un todo. Fracción, es la división de una cosa en partes.

Unidad es la propiedad de todo ser en virtud de la cual no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere. Destruir es deshacer, arruinar o asolar una cosa material. Arruinar es destruir, ocasionar grave daño. Deshacer, significa quitar la forma o figura a una cosa descomponiéndola. es dividir, partir, despedazar.

Natural es lo perteneciente a la naturaleza o conforme a la calidad o propiedad de las cosas. Naturaleza es la esencia y propiedad, característica de cada ser. Esencia, es la que constituye la naturaleza de las cosas, lo permanente o invariable, lo más importante y característico de una cosa. Propiedad, es atributo o cualidad esencial de una persona o cosa¹⁵¹.

Ahora bien, el concepto de unidad natural de objeto contractual hace referencia a la especie de los bienes u obras contratadas de género determinado, sin que la ley prohíba celebrar varios contratos cuando se trata de bienes o servicios de esa naturaleza (género), pero si en el evento de que correspondan a la misma especie, o sea cuando contengan particularidades y especificaciones iguales que los identifican y les dan una individualidad imposible de confundir con otra¹⁵².

En otras palabras, el fraccionamiento se estructura con el quebrantamiento y división de la unidad natural del objeto contractual, la cual satisface una necesidad y finalidad específica¹⁵³.

¹⁵¹ Cfr. CSJ SP, 16 marzo 2009, rad. 29089.

¹⁵² Cfr. C.E. Concepto 328 de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Allí se conceptuó que: "La ley no impone, en ningún caso, obligación de celebrar un solo contrato cuando se trata de cosas del mismo género, como si la impone cuando se trata de cosas de la misma especie". Criterio acogido en: CSJ SP 12 jun. 2013, rad. 35660; CJS SP 26 mayo 2010, rad. 30933; CSJ SP 24 oct. 2012, rad. 33714; CSJ SP15528-2016, rad. 40383, entre otras.

¹⁵³ Cfr. CSJ SP, 24 oct. 2012, rad. 33714; reiterado en CSJ SP15528-2016, rad. 40383. Criterio que se encuentra en CE 2500023260001995-00867-01 (17767), 31 de enero de 2011, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Esta línea reitera CE AC-

La valoración de la conducta en relación con la posible configuración del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, implica 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, pues sólo de allí puede extractarse si la actuación se apoyó en criterios razonables de satisfacción del interés público, o si en cambio las razones aducidas son sólo artificiosas y dirigidas, por ende, a soslayar la ley de contratación, para satisfacer intereses particulares¹⁵⁴.

Elementos decantados por esta Corporación en reiterados pronunciamientos, como criterios para identificar el fraccionamiento contractual:

«1. La propuesta del actor conduce a dilucidar si en el presente caso se presentó o no el fenómeno del fraccionamiento indebido de contratos, el cual tiene lugar, como lo ha precisado la Sala, en los eventos en los cuales la administración para eludir el procedimiento de licitación pública, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas. En su demostración, deben confluír las circunstancias siguientes: i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así, ii) determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues solo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública¹⁵⁵.»

10529 y AC 10968, 3 de octubre de 2000. Sala Plena de lo contencioso administrativo; C.P. Darío Quiñónez Pinilla.

¹⁵⁴ Cfr. CSJ SP, 16 marzo 2009, rad. 29089.

¹⁵⁵ Cfr. CSJ SP, 26 mayo de 2010 rad.30933; CSJ SP, 12 junio 2013, rad. 35560; y, CSJ SP15528-2016, rad. 40383. Recientemente, esta Sala lo considerará en CSJ SP073-2020, Rad. 50387.

Esto para significar, que la tipicidad del comportamiento de fraccionar la unidad natural del objeto contractual en orden a posibilitar el adelantamiento de varios contratos en lugar de uno solo atendiendo su naturaleza a que alude el tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, no deriva tan solo de la transgresión a la ley que ordena adelantar un proceso contractual unitario más riguroso y exigente de cara a los principios de transparencia, economía y selección objetiva del contratista acorde con la cuantía del objeto, bien o servicio por adquirir, sino también de la finalidad perseguida por el actor de satisfacer intereses particulares y no el bien común, cuyo norte debe regir todas las actuaciones de las autoridades.

4.- El caso concreto.

Desde la celebración misma del Convenio 050 de 2000, el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Desarrollo Económico, el Departamento de La Guajira, representado por su Gobernador de entonces, y el Municipio de Maicao, por medio de su Alcalde Municipal, convinieron celebrar dicho acuerdo de apoyo financiero para la “optimización del sistema de acueducto del municipio de Maicao”, cuyo primer desembolso por parte del Ministerio tendría lugar “siempre y cuando se haya realizado la apertura de la licitación para contratar la operación y administración de los sistemas de acueducto y alcantarillado” del municipio de Maicao, y el segundo desembolso tendría lugar después de haber realizado dicha contratación.

De esta suerte, como fue indicado por el ingeniero Manuel Leopoldo Góngora Sicra¹⁵⁶, gerente de la Firma Estudios Técnicos y Construcciones Limitada, en su declaración rendida el 24 de enero de 2022: *“Lo primero que uno tiene que hacer en un sistema de acueducto, me voy a concentrar ahorita en acueducto, pues es garantizar el suministro de agua si no hay agua pues no hay acueducto, si no hay redes de alcantarillado pues que, que creen ustedes que sucede con las aguas, con las aguas residuales, a veces construirle, a veces no, la mayoría de las veces construirle un sistema de acueducto a una localidad que no tenga alcantarillado es contraproducente porque todas las aguas servidas empiezan a ser vertidas dentro de las viviendas o al, o al, o, o en, en inmediaciones de las viviendas, genera un problema de salubridad pública, luego los proyectos deben ser coordinados entre el sistema de acueducto y el sistema de alcantarillado”*.

Entonces, ni desde el punto de vista presupuestal, pues los recursos con que se cubrieron los contratos cuestionados estaban incluidos en el rubro de acueducto y alcantarillado del Municipio de Maicao y de manera general para proyectos de esa índole en el Departamento de La Guajira, ni de los estudios técnicos que indicaban la urgencia de atender esa necesidad, como tampoco desde la perspectiva del convenio de apoyo financiero celebrado entre la Nación, el departamento y el Municipio que exigía que la forma de contratación fuera la licitación pública para garantizar el manejo transparente de los recursos, como tampoco desde las obligaciones del operador del sistema de acueducto y alcantarillado seleccionado por el Municipio a través de la licitación pública 0003 de 2000; se tiene que pueda asistirle razón alguna a los acusados, sus defensores y quienes pregonan la imposibilidad de haberse fraccionado el objeto contractual a partir de considerar que una

¹⁵⁶ Fls. 229 y ss. eno. 4 Corte.

cosa es acueducto, otra alcantarillado, y que de igual manera unas son redes principales, otras secundarias, y que los diversos sectores donde debían realizarse las obras, también determinan la diversidad de objeto.

Es que precisamente por razón de la transgresión al principio de planeación se dio lugar a que las obras contratadas no resultaran interconectadas, no obedecieran a ningún criterio técnico que diera seguridad de su funcionamiento, y que al final resultaran siendo apenas una suma de redes de acueducto y alcantarillado, que por no haber respetado la unidad de objeto contractual no solucionaron el problema de saneamiento básico que con la suma de esfuerzos financieros las autoridades nacionales, departamentales y municipales que suscribieron el Convenio 050 de 2000, pretendían paliar en la ciudad de Maicao.

No de otra manera logra comprenderse cómo en el caso del contrato 117, no logró culminación debido a la no consecución de una tubería específica requerida para la interconexión; el contrato 361 suscrito por Alfredo Arias Cárcamo, que no pudo ser ejecutado por razón de que hizo falta el colector que estaba proyectado construir entre el Ministerio, la Gobernación y la Alcaldía y el hecho de que la inspección practicada al lugar de los hechos por parte de los Ingenieros Miguel Ángel Soto Roa y Juan Carlos Galeano V., funcionarios de la Procuraduría comisionados para el efecto, se encontrara que las obras no estaban en funcionamiento pese a haber sido entregadas por los contratistas.

Al efecto es de recordarse que el señor Arias Cárcamo¹⁵⁷ manifestó:

*“Cada proyecto tiene algo diferente. Al del alcantarillado, por ejemplo el del Carmen, ese era domiciliarias, o sea te quiero decir que partes (sic) la tubería madre por la mitad y faltan las acometidas de las domiciliarias, esa es una ya, y la otra es cuando pones un proyecto como el de Los Comuneros, pero este proyecto de Los Comuneros no se dio porque este proyecto, no sé si era la alcaldía, la gobernación o el ministerio, **ellos tenían que hacer un colector, el colector es colocar un tubo más grande donde se recolectan todas las aguas de diferentes calles, ese proyecto no se dio, entonces las tuberías esperamos un mes, dos meses y nada, no se dieron los conectores, entonces no podíamos nosotros proceder con los contratos, entonces nos acercamos a la gobernación y se tomó la decisión de devolver los recursos consignando en una cuenta de la gobernación, esto fue en el año 2002, en una cuenta creo del Banco Popular**”.*

De igual modo, en el informe técnico de fecha 5 de agosto de 2002¹⁵⁸, dirigido al presidente de la Comisión Especial de Regalías de la Procuraduría General de la Nación, los referidos Ingenieros Comisionados, en relación con el contrato 055 de 2001, indicaron que: *“se pudo establecer que las obras de este contrato en su conjunto están ejecutadas, pero a la fecha no se encuentra en funcionamiento por falta de empalmes con otros contratos que están en ejecución para la tubería de 3”.*

Respecto del contrato 004 de 2001, indicaron que las obras en su conjunto están ejecutadas, *“pero a la fecha no se encuentran en funcionamiento. Es importante resaltar que en gran parte del área donde se ejecutaron estas obras no existe construcción de viviendas, vías, redes eléctricas y telefónicas, etc.”*

Con respecto al contrato 241 de 2001, indica que *“el acta de iniciación de obra tiene fecha de diciembre 13/01 y el acta de suspensión de diciembre 20/01, debido a que el Gestor del Plan Maestro*

¹⁵⁷ Fls. 28 y ss. cno. 3 Corte.

¹⁵⁸ Fls. 175 y ss. cno. Anexo 2 Fiscalía.

de Acueducto y Alcantarillado de Maicao no ha terminado las revisiones de los diseños del Acueducto”.

En relación con el contrato 365 indicaron *que “las obras de este contrato en su conjunto están ejecutadas, pero a la fecha no se encuentra en funcionamiento debido a que hacen falta los empalmes de todo el sistema con contratos que se encuentran en ejecución”.*

En cuanto hace al contrato 044, a más de reiterar que las obras pese a estar ejecutadas no se encuentran en funcionamiento por falta de empalmes de todo el sistema con contratos que se hallan en ejecución, indicó que *“en gran parte del área donde se ejecutaron estas obras no existen definidas las manzanas, construcción de vías, alcantarillado, redes eléctricas y telefónicas como tampoco existen construidas las viviendas”.*

Con relación al contrato 045, indicó el informe que si bien las obras están ejecutadas no se hallan en funcionamiento debido a la falta de empalmes de todo el sistema con contratos que se encuentran en ejecución.

En el informe se concluye que pese a que las obras se encuentran realizadas, no se hallan en funcionamiento debido a la falta de empalmes con otros contratos que están en ejecución, la línea de conducción no se encuentra totalmente construida impidiendo que el líquido llegue a la ciudad de Maicao, no se hallan expedidos los permisos de servidumbre por donde pasaría la línea de conducción, se encuentra en proceso de aprobación el Plan de Ordenamiento Territorial y no se han hecho pruebas hidráulicas a la tubería debido a que la presión del agua no es la adecuada, todo lo cual *“evidencia total ausencia de una adecuada planeación técnica”.*

Indican, además, que se ha debido realizar un solo proceso licitatorio y no varios contratos, toda vez que de llegar a presentarse fallas en alguna de las obras no se podría identificar la responsabilidad.

Mencionó el informe que en desarrollo de los contratos analizados se encontró que su objeto fue modificado, toda vez que se hallaron algunos tramos de la tubería existente en buenas condiciones, lo cual ha debido preverse con antelación a la firma de los contratos, como así ocurrió en los contratos 055, 044 y 045.

“Adicional a los siete (7) contratos de obra verificados se pudo establecer que a la fecha se han celebrado, ejecutado y en ejecución aproximadamente sesenta (60) contratos más, con objetos relacionados con el Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado de Maicao Primera Fase - Segunda Etapa, lo que evidencia la forma tan desmesurada como se ha venido fraccionando el proyecto”.

Y es que si bien, conforme fue puesto de presente por la Fiscalía en la resolución de acusación, se presentó duplicidad de objeto contractual en varios de los contratos celebrados por el Municipio de Maicao con los suscritos por la Gobernación, como también un carrusel de contratos entre la Gobernación y el Municipio so pretexto de tratarse de objetos distintos, la actuación pone en evidencia que los contratistas ya estaban prescleccionados desde el momento mismo de la apertura del proceso contractual mediante el envío de las invitaciones a presentar propuestas, pues lo que al final se observó es que las propuestas fueron calificadas teniendo en cuenta tan sólo el menor valor de lo ofertado, con prescindencia de la necesidad que se pretendía atender con el cúmulo de contratos cual era

la optimización del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Maicao por medio de desarrollar un plan maestro en tal sentido, y sin evaluar aspectos tales como la experiencia, organización y aseguramiento de la calidad de los bienes y servicios ofrecidos.

Entonces, no se trataba de determinar si los contratos individualmente considerados en su cuantía permanecían por debajo de la suma de \$171.600.000.00, - como tope establecido por la ley 80 de 1993 para la contratación directa, atendido el monto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2001, fijado en \$286.000 y que el presupuesto anual del Departamento de La Guajira para el año 2001 ascendió a \$ 198.856'076.632.00-, sino de que por razón de la unidad natural de objeto, las obras que debían ser realizadas superaban con creces dicha cifra, y que, además, había sido exigencia del Gobierno Nacional para girar los recursos que la contratación se realizara bajo la forma de licitación pública, en orden a garantizar no sólo los principios de economía, planeación y selección objetiva, sino la transparencia en el proceso de contratación y compromiso de los recursos públicos.

A más de lo anterior, cabe precisar que el proceso de contratación de los negocios jurídicos materia de cuestionamiento, fue cuidadosamente diseñado para darle apariencia de legalidad en tanto sin determinación concreta del objeto por contratar, por cuanto en las invitaciones no se especificaban cantidades precisas de obra ni localización de las mismas, al punto de no existir siquiera planos de los lugares donde habrían de ser realizadas, ni los valores representativos del mercado; todas las ofertas que resultaron favorecidas con

la adjudicación, tenían fijados unos precios ligeramente inferiores al tope de la contratación directa, y asimismo inferiores a la oferta siguiente no seleccionada, pero que al mismo tiempo era beneficiaria de otro contrato supuestamente para otro sector de la obra.

Es llamativo que los contratos hubiesen sido adicionados a los pocos días de haber sido firmados, como así ocurrió con los contratos 004, 044 y 045 celebrados por Hernando David Deluque Freyle, posteriormente adicionados por éste, y los contratos 340 y 342 celebrados por Raúl Fragozo adicionados por Álvaro Gnecco Rodríguez, sin explicación válidamente atendible, distinta de la que se observa en el sentido de haber celebrado los referidos contratos por cifras levemente inferiores a la exigida para la licitación pública, para después fraudulentamente superarla bajo la figura del contrato adicional.

De igual modo, bastante sintomático de la inocultable pretensión de eludir a toda costa el presupuesto de la licitación pública, es el hecho de observar que tan sólo el día 18 de diciembre de 2001 se celebraron 11 contratos de obra para la construcción de redes de acueducto y alcantarillado en la ciudad de Maicao por la suma de \$1.332.482.688-00, fecha en la cual se suscribe el contrato de gerencia de obra con la firma de Estudios Técnicos y Construcciones Limitada, para el proyecto de Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado, a la cual también se le contrató para adelantar la interventoría en los contratos números 044, 045, 117, 236, 365, 427, 433, 436, 437, 438, 439, 440, y 486, situación que patentiza el ánimo de favorecimiento contractual a determinada firma.

Es de destacar, que a la misma empresa Aring Ltda., representada por Carlos Jorge Caballero Guerra, por parte del departamento entre el 7 de marzo y el 28 de noviembre de 2001, le fueron adjudicados los contratos 004, 045, 361 y 365, para construcción de redes de distribución de acueducto y alcantarillado en cuantías que junto con las respectivas adiciones contractuales, alcanzaron la suma de \$643.643.713.00, muy superior a la normativamente establecida para la contratación directa, lo que también pone de presente la indeclinable intención de favorecer a dicha empresa a través del fraccionamiento del objeto contractual para eludir el proceso licitatorio exigido en la ley.

Asimismo, el señor Delay Magdaniel Hernández, de la firma Magdaniel Ltda., también resultó adjudicatario de los contratos 236 y 432 en cuantías que sumaron \$312.655.266, destacándose cómo en estos casos, el tope máximo para la contratación directa en el Departamento de La Guajira aparece ampliamente superado.

Igualmente indicativo de la falta de planeación en la celebración de los aludidos negocios jurídicos, resulta de la información consignada en acta de gerencia de obra del 19 de marzo de 2001, según la cual la ejecución de los contratos identificados con los números 228, 240, 241, 427 y 440, no pudo iniciarse en la oportunidad debida por razón de una eventual revisión de diseños, como igual sucedió con el contrato 361 que debió ser suspendido al poco tiempo de haberse iniciado debido a la supuesta realización de ajustes en los diseños, sin que en ninguno de dichos eventos quedase

consignado quién debía efectuar tales revisiones ni dónde estaba contemplada dicha posibilidad.

Si se analiza además, que el único criterio relevante considerado por la Secretaría de Obras de La Guajira para seleccionar el contratista a quien habría de adjudicársele el contrato era el menor precio ofrecido de la obra a contratar, conforme fue plasmado en las actas de calificación de las propuestas y lo refirieron Elvin Rafael González Medina¹⁵⁹, Luis Miguel Melo Guerrero¹⁶⁰, incluso el propio Alejandro Magno Builes Suárez¹⁶¹, secretario de obras públicas del Departamento, y que las propuestas presentaban en todo caso con unos escasos márgenes de diferencia, pues las empresas que no resultaban favorecidas en ese contrato finalmente resultaban siendo beneficiarias de otros, como se observa por ejemplo en el contrato 004, asignado a Aring Ltda., pero el otro oferente no favorecido (Maganiel Ltda), resultó beneficiado con la adjudicación de otros contratos (236 y 432), situación que patentiza que la presentación de propuestas era apenas una estrategia para cumplir un requisito de carácter formal porque en realidad el adjudicatario en cada uno de los contratos ya estaba de antemano seleccionado por la administración departamental, encabezada por HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, quien estaba al tanto de todo el proceso de comienzo a fin, como en tal sentido fue puesto de presente por su Secretario de Obras Alejandro Magno Builes Suárez¹⁶² al sostener que *“las decisiones se tomaban por el señor Gobernador porque era el ordenador del gasto, nosotros en obras públicas no podíamos determinar ni*

¹⁵⁹ Fls. 71 y ss. cno. 3 Corte.

¹⁶⁰ Fls. 75 y ss. cno. 3 Corte.

¹⁶¹ Fls. 44 y ss. cno. 3 Corte.

¹⁶² Fls. 44 y ss. cno. 3 Corte.

trabajar como una rueda suelta, el CDP se solicitaba directamente por el gobernador, nacía la etapa legal desde ahí, porque ya había una etapa previa, una inscripción en el banco de proyectos, el conocimiento estaba ahí, su contrato, y después le rendíamos un informe en las reuniones que se hacían como iban la ejecución de las obras en los diferentes municipios”.

La afirmación del acusado DELUQUE FREYLE de que los proyectos a materializar a través de los contratos se concertaban con la empresa operadora del servicio de acueducto de Maicao, quien planteaba las necesidades por sectores y las concertaba con el Secretario de Obras para su ejecución, de ninguna manera corresponde a los términos del Convenio 050 de 2000 celebrado con la Nación y el Municipio, tampoco con lo establecido en el contrato por cuyo medio se adjudicó la administración del acueducto y alcantarillado a Aguas de la Península, ello no fue incluido en ninguno de los contratos celebrados materia de cuestionamiento, y tampoco fue respaldado por la declaración rendida por el Ingeniero Luis Fernando Osorio¹⁶³ al señalar que para el 2001 la empresa no tenía ese alcance de formulación de proyectos lo cual sólo empezaron a hacer a partir del año 2002: *“a partir del 2002 nosotros empezamos a hacer formulaciones de proyectos ante el departamento y posteriormente llegamos a un acuerdo en las obras en ejecución se le iban entregando a la empresa como concesionario para su posterior ejecución” (...)* *“bueno cuando iniciamos se hablaba de que había en desarrollo un estudio para el plan maestro de acueducto y alcantarillado, ese estudio nunca se concluyó ni se entregó a la empresa y por eso en el año 2002, la empresa asume la contratación de un plan maestro de acueducto y alcantarillado”* con la empresa ACUADATOS de Bogotá.

¹⁶³ Fls. 147 y ss. cno. 2 Fiscalía.

Acreditada entonces que pese a la unidad natural de objeto, respecto de las contrataciones llevadas a cabo en relación con el sistema de acueducto y alcantarillado de la ciudad de Maicao, así las mismas se refirieran a contratos de interventoría o de gerencia de unas obras cuya realización no había forma de entender conforme al ordenamiento jurídico si se celebraban por la vía directa y no de la licitación pública; ninguna de las excusas dadas por los acusados permite afirmar la existencia de criterios de satisfacción del interés público que hubiesen justificado un tal proceder.

Lo primero, porque ya está visto que los recursos departamentales comprometidos en el presupuesto no sólo se encontraban disponibles sino que no dependían de los giros del Gobierno Nacional a la Gobernación, en razón a que el compromiso adquirido había sido girarle directamente al Municipio una vez éste cumpliera aquellas actividades que prometió realizar para el efecto, entre ellas, la apertura y adjudicación de la licitación pública con miras a escoger el operador que habría de administrar el servicio de acueducto y alcantarillado en la ciudad de Maicao, se hubiere diligenciado la ficha FSE-01 de programación física y financiera del proyecto y se hubiere contratado la totalidad de las obras y/o suministros a ser financiados con los recursos de orden nacional.

En opinión de la Sala, atendiendo la forma como por parte del Gobernador titular y los gobernadores encargados se comprometieron los recursos del erario departamental, conforme más adelante se precisará, se trató de un solo delito realizado en unidad de acción y no de un concurso delictivo de

carácter homogéneo y sucesivo, calificación ésta que podría resultar válida si los contratos sobre los que se presentaron las irregularidades en realidad tuvieran objetos diversos, y no cuando so pretexto de atender una situación de emergencia se prescindió de la licitación pública para comprometer a través de múltiples contratos recursos que debieron destinarse a la realización de una sola licitación pública, comenzando por el propio diseño del Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado a la postre inexistente para cuando se firmó la generalidad de los contratos.

Lo segundo, porque independientemente de la urgencia de atender la situación de crisis que afrontaba la ciudad en torno a los servicios de acueducto y alcantarillado, resultaba necesario que el operador del sistema contratado para el efecto, contratara previamente los diseños del pregonado Plan Maestro para luego proceder a su materialización mediante la contratación de las obras indispensables para el efecto, pero por medio de licitación tal como había sido consignado en el convenio 050 de 2000 y en la licitación 03 de ese mismo año por parte del Gobierno Municipal de Maicao.

Precisamente debido a falta de planeación, a la Sala le resulta manifiesto que la realización de los procesos contractuales, la determinación de las obras por realizar, el costo de las mismas, el lugar de ejecución, la articulación de cada una de ellas frente al propósito de satisfacer las necesidades de agua potable y alcantarillado ampliamente diagnosticadas y la selección de los contratistas, no obedeció a ningún criterio técnico o racional, sino al mero capricho de los gobernantes de turno que se dedicaron a autorizar con su

firma, cuanto contrato sobre el tema les pasase la Secretaría de Obras Públicas e Infraestructura del Departamento, obviamente en cumplimiento o de las directrices impartidas por el ordenador del gasto del departamento, a todos aquellos que de una u otra forma intervinieron en los referidos trámites contractuales, para con su firma avalar posteriormente y darle visos de legalidad a unos contratos que en realidad distantes se hallaban de cumplir la integridad de los requisitos legales esenciales para este tipo de contrataciones o de pretender satisfacer la necesidad en que se había fundado la asignación presupuestal de los recursos nacionales, departamentales y municipales.

Y, no resulta afortunado sostener que como también se realizaron contratos de gerencia de obra y de interventoría no entran en el concepto de unidad de objeto contractual, toda vez que lo que sucedió con ellos fue precisamente la carencia de objeto en cuanto el Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado aún no había sido diseñado, la empresa operadora contratada para construir y administrar tanto el acueducto como el alcantarillado sólo vino a contratar los estudios y diseños en el año 2003, y en realidad cada uno de los contratos obedecía a la simple improvisación y desconexión entre cada uno los presuntos tramos, a tal punto que el contrato de topografía del municipio sólo vino a ser celebrado a finales de 2001, y además, en ninguna parte quedó constancia de quién, cómo y con cuál criterio, indicaba el lugar o zona donde debían instalarse o reponerse las redes de acueducto y alcantarillado, cuantos metros o kilómetros cubría cada una, cómo se interconectaban y cómo se acreditó su real y efectiva puesta en funcionamiento.

Entonces, habiendo quedado claro que la administración departamental de La Guajira debió celebrar un solo contrato por la vía de la licitación pública para la construcción y reposición de las redes de acueducto y alcantarillado del municipio de Maicao y no múltiples mediante contratación directa, pues los de gerencia e interventoría no podían comprometerse con los dineros aludidos en el Convenio 050 de 2000 por expreso acuerdo sobre el particular, en razón a que para eso se había dispuesto previamente por parte del Municipio la contratación mediante licitación pública del operador de los sistemas de acueducto y alcantarillado; lo realizado por parte de los acusados no es un concurso delictivo como se señaló en la acusación, sino un solo delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales a través de lo que jurídicamente se conoce como unidad de acción llevada a cabo a través de multiplicidad de actos finalísticamente dirigidos al fraccionamiento de la unidad natural del objeto por contratar, que dio lugar a celebrar varios negocios jurídicos con transgresión del principio de selección objetiva, con el sólo propósito de eludir el proceso de licitación pública exigido por la ley 80 de 1993, con requisitos mucho más exigentes que los finalmente aplicados, conforme en tal sentido ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Corporación¹⁶¹.

El asunto objeto de contratación por parte de la Gobernación de la Guajira en el tema de acueducto y alcantarillado en el municipio de Maicao, no simplemente trataba de instalar tuberías de conducción de agua potable y de aguas residuales en distintos barrios, sino de la

¹⁶¹ Cfr. CSJ SEP 017-2021, 24 Feb. 2021, Rad 49599

construcción, reparación y puesta en funcionamiento de verdaderas redes interconectadas a partir de la optimización de las fuentes hídricas, la construcción, instalación y reparación de plantas de potabilización y de líneas de conducción de agua potable, tanto principales como secundarias con conexión domiciliaria, y a su vez la construcción, instalación y reparación de líneas de conducción y de plantas de tratamiento de aguas residuales, todo ello con el fin de brindar verdaderas soluciones a corto, mediano y largo plazo como así se indicó en el Plan de Obras e Inversiones para el Municipio de Maicao, elaborado por la Firma INGETEC por orden del Ministerio de Desarrollo, y con cuyo fundamento se convino aunar esfuerzos para que tanto la Nación como el Departamento de La Guajira apoyaran financieramente dicho propósito, y que por parte alguna fue materia de consideración en los procesos de contratación objeto de cuestionamiento.

Merece la pena destacar, que el fraccionamiento de la unidad contractual no encuentra justificación en el insular argumento de que los contratos se referían a obras que comprendían diversos barrios y sectores de la población de Maicao, que unas eran para la construcción y otras para la reparación de redes, que unas eran para acueducto y que otras lo eran para alcantarillado, que unas eran para tanques de almacenamiento y otras para plantas de tratamiento, que unos contratos eran de obra y otros de interventoría, y que unos de interventoría y otros de gerencia de proyecto; cuando lo cierto del caso es que en el año 2001 se dio inicio a los procesos de contratación, ya había empezado labores el operador del sistema a través de la empresa Aguas de la Península contratada por Municipio para llevar a cabo la administración

de los sistemas de acueducto y alcantarillado de Maicao, sin embargo, en los documentos contractuales suscritos por los acusados ni siquiera se menciona tal hecho, como tampoco se identifican en concreto las obras por realizar ni el plan al cual se hallan vinculadas.

En cualquier caso, cabe señalar que con la contratación adelantada por los acusados, en la forma ampliamente vista, sin referencia a un plan concreto de acción encaminada a solucionar a corto, mediano y largo plazo las deficiencias advertidas en los sistemas de acueducto y alcantarillado de Maicao, que dio lugar al fraccionamiento de la unidad contractual; no obedeció a la aplicación de criterios razonables de interés público derivados de la necesidad de atender con urgencia determinados requerimientos de la comunidad, como etéreamente ha pretendido aducirse, cuando lo cierto es que nada de ello quedó consignado en la documentación que integra cada uno de los negocios jurídicos materia de cuestionamiento.

No se trataba, como pareciera ser entendido por la defensa jurídica y material, que razones técnicas y presupuestales impedían la celebración de un solo contrato para la optimización de los sistemas de acueducto y alcantarillado en la ciudad de Maicao; sino tan sólo de la necesidad de adelantar procesos de contratación transparentes que permitieran a su vez la satisfacción del interés general por medio del acatamiento de los principios de planeación, economía y selección objetiva, así tuvieran que adelantarse varias licitaciones acorde con un plan de acción previamente diseñado por el operador del sistema contratado para el efecto,

debiendo recordarse que el propio Gerente de Aguas de la Península, ingeniero Luis Fernando Osorio, indicó que cuando la empresa inició operaciones, no encontraron un Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado para el municipio de Maicao, sino sólo diseños específicos de algunas partes de acueducto y partes de alcantarillado sin obedecer a un plan general, se trataba de ciertas actividades contratadas de manera individual por la Nación, el Departamento y el Municipio, pues sólo cuando se concluyó el diseño del Plan Maestro a finales de 2003, se inicia la formulación de los diferentes proyectos que se comienzan a ejecutar obedeciendo dichas directrices alrededor de los años 2004 y 2005.

Fue precisamente para precaver la realización de conductas del tipo de las que son materia de acusación y juzgamiento, transgresoras de los principios que rigen la contratación estatal que en el convenio 050 de 2000, se estableció que los contratos debían realizarse por licitación pública, incluido el de selección del operador del sistema, sin el cual el Ministerio de Desarrollo Económico no procedería a girar los recursos comprometidos, y que en todo caso, los contratos que se llegasen a celebrar debían contar con el visto bueno de dicho Ministerio, nada de lo cual, como ha sido visto, fue acogido ni respetado por los gobernadores aquí procesados, en el trámite y formalización de los procesos contractuales que fueron fraccionados con la sola finalidad de reducir su cuantía para acomodarla a la forma de contratación directa, mucho menos exigente que la licitación pública prevista en la Ley 80 de 1993.

Y si bien el ingeniero Osorio señaló que en su criterio al no existir un plan general que cobijara toda la problemática del municipio de Maicao, pues se debía proceder a realizar las intervenciones específicas donde se fueran presentando cada una de esas necesidades, es lo cierto, sin embargo, que nada de ello fue materia de consideración, siquiera tangencial, en ninguno de los procesos contractuales objeto de cuestionamiento.

4.1.- De la unidad de acción

Ahora bien, como se ha dejado visto, como en la actuación se halla acreditado que los contratos celebrados por los procesados HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO GNECCO RODRÍGUEZ, deliberadamente fueron reducidos en sus cuantías para ajustarlos a la forma de contratación directa y de este modo eludir la licitación pública normativamente prevista, pese, a que como se viene de enunciar, en la acusación se les atribuyó un concurso homogéneo y sucesivo atendiendo el número de contratos celebrados, es lo cierto que finalmente la imputación se concretó en el fraccionamiento contractual de un solo objeto con el fin de evadir la licitación pública al señalar:

“Se vislumbra dentro de la presente investigación que los contratos suscritos por los señores exgobernadores tanto titular como encargados de La Guajira para el año 2001 correspondían a un solo objeto, que es la “Construcción de redes de acueducto y alcantarillados sanitarios de la ciudad de Maicao –La Guajira, dentro del Plan Maestro de alcantarillado y acueducto del municipio de Maicao” (sean principales o secundarias).

Dineros aportados por el Ministerio de Desarrollo Económico – Departamento de La Guajira y Municipio de Maicao, dentro del convenio de Apoyo Financiero 050-2000, destinados para la “construcción del plan

Maestro y alcantarillado Municipio de Maicao”, la suma de cinco mil quinientos millones de pesos (\$5.500.000.000.00) para la vigencia del 2001, que consistía en un proyecto amplio, con destinación específica y mediante licitación pública de oferentes, lo cual estaba previsto en el mismo Convenio de Apoyo Financiero celebrado con el Ministerio de Desarrollo Económico, el Municipio de Maicao y el Departamento de La Guajira. (...)

Tanto técnica como presupuestalmente se trató del mismo proyecto, pues, de una parte, el objeto de los referidos contratos consistió en la construcción de redes de distribución de acueducto y/o alcantarillado de diferentes barrios del Municipio de Maicao, lo que corresponde a una unidad natural de su objeto, y de otra, la imputación presupuestal es exactamente la misma: 01-3-61-20 y 01-3-64-20, en la forma como acaba de indicarse, lo cual demuestra que presupuestalmente también, se trató del mismo proyecto, sólo que, para burlar la licitación, se fraccionó su objeto al dividir la construcción de redes de acueducto y/o alcantarillado, por barrios del mismo municipio e incluso, varios contratos para el mismo barrio.

No cumplieron con el deber impuesto suscribiendo directamente contratos para prestación de servicios, de obra, realización de estudios y de suministro, quebrantando la normatividad penal y vulnerando el principio de transparencia que le asignaba la obligación de realizar la contratación sin asumir favores o factores de afecto o de interés, pues no evitó el favorecimiento prohibido, luego ese objetivo estuvo ausente en los contratos por los cuales se les inquirió y que los investigados celebraron, así...” (...)

Se insiste en que tanto técnica como presupuestalmente se trató del mismo proyecto, pues, de una parte, el objeto de los referidos contratos consistió en la construcción de redes de distribución de acueducto y/o alcantarillado de diferentes barrios del Municipio de Maicao, lo que corresponde a una unidad natural de su objeto; y de otra, la imputación presupuestal es exactamente la misma: 01-3-61-20 y 01-3-64-20, en la forma como acaba de indicarse, lo cual demuestra que presupuestalmente también se trató del mismo proyecto, sólo que, para burlar la licitación, se fraccionó su objeto al dividir la construcción de redes de acueducto y/o alcantarillado, por barrios del mismo municipio e incluso, varios contratos para el mismo barrio, lo cual va en contravía del Estatuto de la Contratación Pública.”

De esta suerte, es de advertirse que la Sala es del criterio¹⁶⁰, conforme así lo ha indicado en otras ocasiones¹⁶¹,

¹⁶⁰ Cfr. CSJ SEP 083 2022, 29 Jun. 2022, Rad 47253

¹⁶¹ Cfr. CSJ SEP 017 2021, 24 Feb. 2021, Rad 49599

que lo tipificado acorde con los términos de la acusación, es un solo delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, realizado a través de suscripción de un número plural de contratos de menor cuantía, con la finalidad de evadir el proceso licitatorio normativamente previsto para la mayor cuantía, realizando así lo que jurídicamente se conoce como unidad de acción, y no un concurso delictivo.

En el pronunciamiento proferido el 24 de febrero de 2021 dentro del radicado 49599 que la Sala viene de evocar, se indicó:

“Es importante precisar que conforme a la imputación fáctica hecha por la Fiscalía en la acusación, el fraccionamiento del objeto contractual fue la estrategia para vulnerar la ley de contratación estatal al punto de considerarlo una maniobra fraudulenta, aspecto sobre el cual giró el análisis de sus elementos, práctica que cercena el principio de transparencia y selección objetiva. Por ello, concluyó que no existieron criterios razonables justificativos del fraccionamiento y que ello se hizo con la finalidad de eludir la licitación pública.

En otras palabras, para el Ente Fiscal, hubo una unidad de objeto derivado del proyecto de adquisición de computadores, proceso contractual que se ha debido realizar en un solo contrato y no en cuatro. Por lo tanto, concluyó que los procesados actualizaron la conducta al artículo 410 del Código Penal al encontrarse demostrado el fraccionamiento: (...)

No obstante lo anterior, al momento de concretar la imputación jurídica los acusó erradamente como autores del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, escindiendo la conducta de los procesados atribuyéndoles un delito a cada uno por la firma de dos contratos, cuando ha debido atribuirles un solo punible en calidad de coautores, pues desde el inicio de la investigación lo que avizoraba era la posible ocurrencia de un acuerdo de voluntades entre ellos para manipular el proceso contractual fraccionando el objeto a fin de beneficiar a quienes resultaron elegidos con distribución de funciones, y aporte objetivo trascendente sin el cual no se hubiese originado el resultado propuesto¹⁰⁷; hipótesis que fue la seleccionada en la acusación fácticamente pero que de manera equivocada no plasmó en la providencia. Es decir, la Fiscalía

¹⁰⁷ Cfr. CSJ SP 2981-2018, rad. 50394.

consideró como un todo los cuatro contratos, pero los dividió en dos delitos sin predicar la figura de la coautoría impropia. (...)

Sobre la unidad de acción y el delito continuado, esta Corporación ha sostenido que si en la secuencia del actuar delictivo se infringen ciertas disposiciones normativas ello no significa que se ha de deducir un delito por cada norma transgredida por cuanto hacen parte de un contexto de acción más amplio encaminado a un fin¹⁷⁸.

«Los elementos de este último son: (i) pluralidad de comportamientos que realizan un mismo tipo penal; (ii) unidad de designio o lo que es igual, dolo unitario y global; y, (iii) vulnerabilidad gradual del bien jurídico, por lo que se excluyen aquellos de carácter personalísimo, como por ejemplo, la vida, la integridad o formación sexual, entre otros¹⁷⁹.»

Pues bien, es incontrastable que en el presente caso convergen los anteriores elementos: se celebraron cuatro contratos en lugar de uno como correspondía, observando un trámite similar con la trasgresión de los mismos principios de la contratación pública dentro de un mínimo tracto de tiempo, cinco días. En su trámite subyace la misma finalidad de evadir la licitación pública, es decir, se firmaron con dolo global o unitario, lo cual denota la vulneración gradual del bien jurídico tutelado, pues en un lapso de dos meses, hubo un progresivo quebrantamiento a la administración pública departamental.

La convergencia de estos elementos demuestra la unidad acción jurídica y con ello la tipificación de un solo delito de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

La posibilidad de aplicar la teoría del delito unitario, en materia contractual en casos de fraccionamiento ha sido abordado por esta Corporación:

*«De otro lado, la resolución de acusación señaló que el presente proceso **“se encaminó a examinar precisamente el proceso de contratación, desde la óptica de si tenía o no que haberse llevado a cabo licitación pública** para la ejecución de los recursos del convenio 0139 cuyo objeto era el mejoramiento de la carretera L-T”.*(negritas fuera del texto)

No se trató entonces de una “inadvertencia” de la Fiscalía al momento de atribuir jurídicamente la comisión del ilícito, sino que la investigación se

¹⁷⁸ Cfr. CSJ, 6 marzo 2003, rad. 18021.

¹⁷⁹ Cfr. CSJ SP AP1938 2017, 23 mar. 2017, rad. 34282 A; CSJ SP9235-2014, 16 jul. 2014, rad. 41800; CSJ SP7135 2014, 5 jun. 2014, rad. 35113; y, CSJ SP1970-2018, rad. 49.315.

orientó exclusivamente a establecer la necesidad de adjudicar la ejecución de la obra a través de licitación pública.

En consecuencia, el marco fáctico está definido por la elusión del procedimiento legal correspondiente, esto es la convocatoria a una licitación pública con el fin de adjudicar un solo contrato para el desarrollo del objeto.

De lo anotado emerge con facilidad que el llamamiento a juicio se ocupó del fraccionamiento de contrato como el medio para la ejecución de la conducta punible atribuida, al encontrar que el procesado evadió el proceso licitatorio; es decir, que la imputación fáctica se efectuó por un delito unitario.

En ese orden de ideas, si el pliego enjuiciatorio no cuestiona fácticamente cada uno de los contratos y órdenes de servicio, sino la irregularidad en que se incurre al esquivar la selección objetiva del contratista, una condena por concurso homogéneo y sucesivo rompería la armonía y devendría incongruente¹⁷⁰.

Con esta aclaración en este extremo procesal, no se vulneraría el principio de congruencia. En efecto:

«No existe incongruencia cuando jurídicamente la sentencia estima como unidad (por subsunción o delito unitario) los varios hechos deducidos en la acusación, siempre que en el fallo no se incorporen a la unidad nuevos hechos o conductas¹⁷¹.»

Y, no puede haber transgresión de este principio por cuanto en el evento de una condena se variaría la calificación jurídica por un solo delito y no dos, sin que con ello se modifique el núcleo central de la imputación fáctica, pues los acusados resultarían beneficiados”.

Como ya ha sido visto, en el presente evento se reúnen a cabalidad los anteriores requisitos, pues se celebraron múltiples contratos con una sola finalidad consistente en la optimización de los sistemas de acueducto y alcantarillado de Maicao en desarrollo del denominado Plan Maestro convenido con el Gobierno Nacional, (al menos 24 contratos que en este caso fueron materia de atribución) ajustando la cuantía de todos ellos para poderlos realizar por la vía de la contratación

¹⁷⁰ Cfr. CSJ SP, 6 de mayo 2009, rad. 25495. Subrayado del texto.

¹⁷¹ Cfr. CSJ SP, 3 noviembre 1999, rad. 13588, reiterada en CSJ SP, 10 julio 2003, rad. 17493.

directa en lugar de uno solo atendiendo la unidad de objeto como correspondía, con la finalidad de evadir la licitación pública conforme había sido previsto al celebrar el Convenio 050 de 2000 y asimismo lo establecía la ley 80 de 1993, situación que patentiza la gradual vulneración del bien jurídico objeto de tutela a través de incumplimiento de los requisitos legales esenciales establecidos para la contratación pública.

Con la aclaración que la Sala viene de realizar, es pertinente mencionar que ningún menoscabo al debido proceso o el derecho de defensa podría concurrir, toda vez que no implica transgresión alguna al principio de congruencia, pues tal cual ha sido indicado por la Sala de Casación Penal¹⁷²:

«No existe incongruencia cuando jurídicamente la sentencia estima como unidad (por subsunción o delito unitario) los varios hechos deducidos en la acusación, siempre que en el fallo no se incorporen a la unidad nuevos hechos o conductas¹⁷³.»

De esta suerte, no podría presentarse transgresión alguna al principio de congruencia toda vez que la sentencia con la cual se le pone fin al proceso, se profiere por un solo delito y no por los varios.

Lo anterior, en razón a que en cada uno de los contratos objeto de cuestionamiento se fijó una cuantía ligeramente inferior a la establecida en el Departamento de La Guajira como límite para la contratación directa, así fueran posteriormente adicionados en cantidades de obra y por supuesto en la cuantía, como estrategia para evadir la licitación pública del

¹⁷² Cfr. CSJ, SCP 3 Nov. 1999, Rad. 13588, reiterada en CSJ SCP 10 Jul. 2003, Rad. 17493.

¹⁷³ Cfr. CSJ SP, 3 noviembre 1999, rad. 13588, reiterada en CSJ SP, 10 julio 2003, rad. 17493.

denominado “Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado de Maicao”, sin que mediaran criterios de satisfacción del interés público, pues los contratos no obedecían a ningún diseño técnico o plan específico que previamente hubiere sido establecido, como tampoco a ningún estudio de precios del mercado que aconsejaran la contratación directa y no la licitación pública, con lo cual resultaron cercenados los principios de planeación, legalidad, transparencia y selección objetiva para adjudicar a dedo los contratos so pretexto de presentar los proponentes la propuesta más económica, único criterio tomado en consideración según las actas de calificación de las propuestas.

Precisado lo anterior, teniendo en cuenta que al menos dos de los contratos¹⁷⁴ de los que son materia de cuestionamiento fueron celebrados por HERNANDO DELUQUE FREYLE en vigencia del Código Penal de 1980, como parte de los actos representativos del fraccionamiento de la unidad de objeto finalísticamente dirigidos a disminuir el monto de la contratación y con ello eludir la exigencia de la licitación pública, concretados en los actos llevados a cabo en vigencia del Código Penal de 2000, esto es con posterioridad al 24 de julio de 2001, conforme en tal sentido ha sido reconocido por la Sala de Casación Penal¹⁷⁵ al igual que sucede con el delito continuado y el delito de ejecución permanente, resulta indudable que son éstas disposiciones y no aquellas las que resultan aplicables al caso, no sólo porque el concurso delictivo fue indebidamente atribuido por la Fiscalía, sino porque fue en

¹⁷⁴ Contrato 004 de 5 de marzo de 2001 por suma de 102.977 adicionado el 5 de junio de 2001 en la suma de Cuyo objeto fue la construcción de redes de acueducto en la Urbanización Almirante Padilla, adicionado en la suma de \$38.264.432.00.

¹⁷⁵ Cfr. CSJ, SCP SP 287-2022 2 Sep. 2022. Rad. 55914.

vigencia de este último ordenamiento que se llevó a cabo el mayor número de actuaciones orientadas a eludir la exigencia de realizar licitación pública y no varios contratos atendiendo la unidad natural del objeto a contratar.

En el referido pronunciamiento se *indicó*:

“Si bien se trata de una conducta única desde el punto de vista jurídico, según lo decantado por la jurisprudencia, la ejecución continuada del comportamiento complica la aplicación del principio de favorabilidad por el tránsito de leyes. bajo la consideración de que es la vigente al momento de realización del último acto la que se aplica al punible valorado en su totalidad, con independencia de que otra establezca un tratamiento sustantivo más benigno para el momento de iniciarse la acción ilegal.

Esto tiene una razón de ser muy puntual: aplicar la ley vigente al momento de iniciarse la acción permitiría que otros segmentos de la conducta se ejecuten con posterioridad bajo la vigencia de una nueva norma que trata con mayor severidad la conducta, con el conocimiento de que existe una sanción más grave, pero con el convencimiento de que serán penados con menor severidad, lo cual afecta negativamente el principio de prevención general de la pena.

En términos similares la Sala ha explicado esta situación frente a la comisión de delitos permanentes, cuya solución es perfectamente aplicable a la que aquí se analiza, indicando que en estos casos se “descarta el conflicto de leyes en el tiempo y, por tanto, la aplicación del principio de favorabilidad (CSJ SP, 22 de mayo de 2013, radicado 35691).”

4.2.- Del principio de confianza, la delegación y la desconcentración.

Tal cual ha sido indicado en ocasiones anteriores por la Sala¹⁷⁶, si se toma en cuenta que la contratación estatal exige que el ordenador del gasto y representante legal de la entidad oficial ejerza efectivo control en todas las fases de la contratación, esto es en el trámite, celebración y liquidación,

¹⁷⁶ Cfr. CSJ. SEP-016 2022. 16 Sep. 2022. Rad. 00255.

ello implica que debe verificar el cumplimiento de las exigencias legales esenciales en cada una de dichas fases, siendo esta la razón por la cual el artículo 410 del Código Penal exige cumplir el deber de examinar minuciosamente lo tramitado por las otras dependencias antes de firmar¹⁷⁷.

De esta suerte, tratándose el principio de confianza de un criterio normativo aplicado dentro del trabajo en equipo, para que resulte viable su reconocimiento resulta imprescindible que se acredite haber cumplido con el deber legal de instruir, vigilar, controlar y corregir la actuación de los funcionarios en quienes estaba delegada o desconcentrada la función de adelantar la fase precontractual¹⁷⁸.

Ninguna discusión admite que en el presente no existió un acto formal de delegación de la fase precontractual en la Secretaría de Obras Públicas e Infraestructura del Departamento de La Guajira por parte del Gobernador DELUQUE FREYLE conforme este mismo lo reconoció expresamente en la diligencia de indagatoria. Lo que se presentó fue desconcentración de la actividad precontractual en la Secretaría de Obras de algunas actuaciones previas a la firma de los contratos por parte del Gobernador de turno, sin que este se hubiere desprendido de sus deberes como ordenador del gasto ni como representante legal y jurídico de los intereses del Departamento, de tal suerte que por razón de la distribución de funciones al interior del ente departamental, en el caso particular de dicha Secretaría, allí se iniciaba el proceso que culminaba con la elaboración de la minuta para

¹⁷⁷ Cfr. SP2146-2016, rad. 40627.

¹⁷⁸ Cfr. CSJ SP 15528-2016, rad. 40383. Ver también CSJ SP4514-2020, rad. 55345.

someterla a la firma del Gobernador como ordenador del gasto, conforme tal sentido fue declarado por el entonces secretario Alejandro Magno Builes Suárez¹⁷⁹, quien adujo que allí se contaba con una abogada de la oficina jurídica de nombre Guadalupe Cañas quien era la encargada de verificar el desarrollo de las actividades en la etapa precontractual en los procesos de menor cuantía, toda vez que en los casos de licitaciones públicas el tema se adelantaba por otra dependencia.

Mencionó el trámite llevado a cabo en dicho proceso e indicó que el principal criterio de selección era el económico para lo cual el equipo evaluador levantaba un acta con cuyo fundamento se pasaba la documentación contractual al Despacho del Gobernador quien debía tomar las decisiones pertinentes, pues él era el ordenador del gasto y quien debía decidir con base en lo que ya se había establecido de acuerdo a las ofertas presentadas.

“Ese proceso precontractual lo hacíamos en obras públicas, no lo hacía Alejandro Builes, lo hacía la oficina de obras públicas como ente encargado de manejar esa parte sujetos al CDP que emitía el Departamento de Planeación por Secretaría de Hacienda solicitado por el señor Gobernador, nosotros procedíamos a realizar esa parte y se le suministraba al señor Gobernador para que hiciera el contrato ya jurídicamente hablando, nosotros hacíamos la etapa precontractual, el Gobernador firmaba los contratos, era quien avalaba como tal esa propuesta y la fase de supervisión nosotros la ejecutábamos, las decisiones se tomaban por el señor Gobernador porque era el ordenador del gasto, nosotros en obras públicas no podíamos determinar ni trabajar como una rueda suelta, el CDP se solicitaba directamente por el gobernador, nacía la etapa legal desde ahí, porque ya había una etapa previa, una inscripción en el banco de proyectos, el conocimiento estaba ahí, su contrato, y después le rendíamos un informe en las reuniones que se hacían como iban la ejecución de las obras en los diferentes municipios.”

¹⁷⁹ Cfr. Fls. 44 y ss. cno.3 Corte.

La abogada, Guadalupe Ester Cañas, a quien se le adjudicó el contrato de consultoría No. 061 del 28 de agosto de 2001 por \$18.000.000 suscrito con el Gobernador Hernando David Deluque Freyle, con la finalidad de que ésta desarrollase la interventoría jurídica a los procesos precontractuales, contractuales y postcontractuales realizados por la Secretaría de obras Públicas; indicó que allí se adelantaban los trámites de la contratación directa de mínima y de menor cuantía de acuerdo a lo previsto por la Ley 80 de 1993 y el decreto 855 de 1994, de suerte que, según indicó que a ella la contrataron precisamente para adelantar el trámite precontractual pero no hacía la selección de los proponentes, en tanto que los asuntos de mayor cuantía se tramitaban en la oficina de contratación.

La abogada Claudia Esther Almenares Mendoza, a su turno dijo que a ella simplemente le correspondía autorizar las pólizas y los conceptos con respecto a los convenios interadministrativos.

Entonces, como la defensa demanda absolución de sus asistidos prevalida de la configuración del principio de confianza en la legalidad del trámite adelantado en la Secretaría de obras, así como los conceptos de la oficina jurídica, conforme lo ha hecho en ocasiones anteriores, se estima necesario, recordar lo que ha dicho la Sala en torno al contenido y alcance de los siguientes temas¹⁸⁰:

“Delegación, desconcentración y principio de confianza en materia contractual.

¹⁸⁰ Cfr. CSJ SEP 00017-2021. 24 Feb. 2021. Rad. 49599.

En la administración pública es imposible que el ordenador del gasto pueda realizar todo el proceso contractual, razón por la cual la ley establece la posibilidad de adelantarlo en conjunto con diferentes órganos en una relación concatenada de trámites¹⁸¹ a través de las figuras de delegación¹⁸² y desconcentración¹⁸³, regladas en la Ley 489 de 1998:

La delegación es la posibilidad de transferir competencia, no la titularidad de la función. 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 específica¹⁸⁴. La transferencia se realiza a través de un acto administrativo expreso, debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede siempre y en cualquier momento reasumirla.

Procede cuando hay relación de subordinación entre delegante y delegatario¹⁸⁵.

Existe un vínculo funcional especial y permanente entre el delegante y el delegatario para el ejercicio de las atribuciones encargadas. Especial en cuanto surge a partir del acto de delegación de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que exista entre ellos, y permanente mientras esté activo el acto de delegación.

En virtud de tal relación, el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario, y para

¹⁸¹ Cfr. CSJ SP, 7 julio 2010, rad. 28508.

¹⁸² **ARTÍCULO 8°. DESCONCENTRACIÓN ADMINISTRATIVA.** La desconcentración 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 ejercer a los jefes superiores de la administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones. PARAGRAFO: En el acto correspondiente se determinarán los medios necesarios para su adecuado cumplimiento.

Los actos cumplidos por las autoridades en virtud de desconcentración administrativa solo serán susceptibles del recurso de reposición en los términos establecidos en las normas pertinentes.

¹⁸³ **ARTÍCULO 9°. DELEGACIÓN.** Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

Parágrafo. Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.

¹⁸⁴ Cfr. CC C 372 2000.

¹⁸⁵ Cfr. *Ibidem*.

*revocar el acto de delegación, particularidades que 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*¹⁸⁶.

Debe constar por escrito y a la autoridad delegante le asiste la obligación de informarse en todo momento sobre el desarrollo de las funciones otorgadas e impartir orientaciones generales sobre su ejercicio, tal como lo dispone el canon 10 de la Ley 489 de 1998.

Además, en principio exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponde exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Carta Política, el delegante pueda en cualquier momento reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario con sujeción a las disposiciones del código contencioso administrativo (artículo 11 ibídem).

*Es decir, existe un poder de instrucción y dirección que puede ser ejercido por el delegante a través del mismo acto administrativo mediante el cual efectúa la delegación, valiéndose de mecanismos o de decisiones posteriores, las cuales pueden tener clara incidencia en la forma en que el delegatario practica las competencias que le han sido transferidas*¹⁸⁷.

*Si bien el artículo 211 superior establece que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, ello no significa que no lo haga por sus propias acciones u omisiones respecto a los deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento, las cuales serán fuente de responsabilidad cuando impliquen infracción a la Constitución y a la ley, por medio de la pretermisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los principios de la función administrativa*¹⁸⁸.

*Por esas razones en materia contractual el acto de la firma expresamente delegada no exonera de la responsabilidad civil y penal al agente principal*¹⁸⁹, ya que no envuelve la transferencia o el traspaso de la competencia¹⁹⁰.

En lo que tiene que ver con la desconcentración, en particular, la atribución de competencia se realiza directamente por el ordenamiento jurídico, se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía, se transfiere en forma exclusiva, es decir, la competencia debe ser realizada

¹⁸⁶ Cfr. *Ibidem*.

¹⁸⁷ Cfr. CE, 31 octubre de 2007. Rad. 13503.

¹⁸⁸ Cfr. CC C 372 2000.

¹⁸⁹ Cfr. Ley 489 de 1998, artículo 11.

¹⁹⁰ Cfr. CC C-727-2000.

por el órgano desconcentrado y no por otro, y el superior no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal.

En materia de responsabilidad existen diferencias. Es fundamental la demostración del aspecto subjetivo.

Como viene de verse, para determinar la responsabilidad por las actuaciones del delegante y del delegatario es insuficiente la comprensión del literal del artículo 211 de la Constitución Nacional, según el cual exime de responsabilidad al delegante siendo del resorte exclusivo del delegatario, por cuanto una interpretación de esta jaez soslaya los principios de unidad administrativa (moralidad, la eficacia, la igualdad o la imparcialidad C.P., art. 209 y CC C-372/02). Tampoco es admisible que el delegante responda siempre por las actuaciones del delegatario, por cuanto se abandonaría el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, ya que inexorablemente no puede responder por las decisiones de otras.

Para determinar su verdadero alcance es menester considerar otros principios constitucionales, en ese orden, la responsabilidad que deriva de la Carta Política es la del ejercicio del cargo sea por omisión o extralimitación de sus funciones, por consiguiente, cada uno responderá por sus decisiones y no por los actos de los demás. La delegación no constituye el medio a través del cual el titular de la atribución se desprende por completo de la materia delegada:

«Por el contrario, la delegación crea un vínculo permanente y activo entre delegante y delegatario, el cual se debe reflejar en medidas como las instrucciones que se impartan al delegatario durante la permanencia de la delegación; las políticas y orientaciones generales que se establezcan, en aplicación del principio de unidad de la administración, para que los delegatarios conozcan claramente y consideren en sus decisiones los planes, metas y programas institucionales; la revisión y el seguimiento a las decisiones que tome el delegatario y la oportunidad para que el delegante revoque el acto de delegación y despoje oportunamente de la calidad de delegatarios a quienes no respondan a las expectativas en ellos fincadas. Para ello, el delegante conservará y ejercerá las facultades que se le otorgan en razón de ser el titular del empleo al cual pertenecen las funciones que se cumplen por los delegatarios.

La delegación tampoco puede constituirse en el medio para evadir un régimen de prohibiciones ni de incompatibilidades que acompañe la actuación de los servidores públicos, ni para imponer indebidamente a los subalternos la toma de decisiones contrarias a derecho, con la convicción que la delegación las aísla o los protege de toda modalidad de responsabilidad. Es preciso tener siempre en cuenta que lo que busca la

delegación es la eficacia, dentro de criterios de moralidad e imparcialidad, de la función administrativa (C.P., art. 209)¹⁰¹. »

Atenta, entonces, contra el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, el análisis aislado del contexto sin una interpretación sistemática de cara a otros principios y normas constitucionales, cobrando importancia la demostración del grado de participación dolosa en la irregularidad, bien sea por omisión o extralimitación de sus funciones.

En relación con la desconcentración, el superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica, criterio que ha sido reiterado en las sentencias C-561-1999 y C-727-2000 sobre la constitucionalidad de los preceptos de la Ley 489 de 1998.

Ahora bien, la delegación y la desconcentración de funciones no se excluyen, porque ambas figuras tienen como propósito descongestionar los órganos superiores de la administración para facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, que se encuentran al servicio de los intereses generales de los ciudadanos¹⁰².

En relación con la contratación pública, estas figuras están recogidas por los artículos 12 y 25-10 de la Ley 80 de 1993. El primero, prescribe 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 en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

El Decreto 679 de 1994,¹⁰³ reglamentó dichos institutos, así:

«Artículo 7°.- *De la desconcentración de los actos y trámites contractuales. De conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, los jefes o representantes legales de las entidades estatales podrán desconcentrar la realización de todos los actos y trámites inherentes a la realización de 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, teniendo en cuenta para el efecto las normas que rigen la distribución de funciones en sus respectivos organismos.*

Para los efectos aquí expresados 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

¹⁰¹ Cfr. CC-372-2000.

¹⁰² Cfr. CC C-561-1999.

¹⁰³ Cfr. Derogado por el Decreto 734 de 2012.

de los funcionarios antes enunciados, y no incluye la adjudicación o la celebración del contrato.

Parágrafo. Para efectos de determinar los funcionarios que corresponden a los niveles directivo, ejecutivo, asesor o sus equivalentes se tendrán en cuenta los criterios que establecen los artículos 4 y siguientes al Decreto-ley 1042 de 1978 y las disposiciones que lo desarrollan.

Artículo 14. DE LA DELEGACION DE LA FACULTAD DE CELEBRAR CONTRATOS. En virtud de lo previsto en el artículo 25, numeral 10, de la Ley 80 de 1993, los jefes o representantes legales de las entidades estatales podrán delegar en los funcionarios que desempeñen cargos en los niveles directivo, ejecutivo o equivalentes, la adjudicación, celebración, liquidación, terminación, modificación, adición y prórroga de contratos y los demás actos inherentes a la actividad contractual en las cuantías que señalen las juntas o consejos directivos de las entidades. Cuando se trate de entidades que no tengan dichos órganos directivos, la delegación podrá realizarse respecto de contratos cuya cuantía corresponda a cualquiera de los siguientes montos: (...).»

Los artículos 12 y 14 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 679 de 1994, fueron subrogados por el Decreto – Ley 2150 de 1995:

«ARTÍCULO 37». - De la delegación para contratar. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.»

Por su parte, la Ley 1107 de 2007 adicionó el artículo 12 ya citado:

«En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

PARÁGRAFO. Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.»

La preceptiva involucra un deber de tutela y consagra una modalidad de desconcentración de actividades en materia contractual. En otras palabras, permite la distribución racional del trabajo propio de los procedimientos de contratación administrativa al interior de las entidades

estatales, lo cual no significa una delegación y, por lo tanto, la exención de la responsabilidad administrativa del jefe o representante legal de la entidad de que se trate¹⁹⁴.

En resumen, la Ley 80 de 1993 en sus artículos 12 y 14, autoriza a los jefes y representantes legales de las entidades estatales delegar total o parcialmente la competencia para la realización de las licitaciones públicas o concursos, y celebrar contratos; y desconcentrar la realización de actos precontractuales como las licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo, ejecutivo o equivalentes, normas reglamentadas por el Decreto 679 de 1994 (cánones 7 y 14), mediante el cual se permite la desconcentración de funciones prevista en el artículo 12 de la Ley 80, específicamente a través de la distribución de funciones al interior del respectivo organismo.

La delegación y la desconcentración en materia de contratación estatal han sido herramientas útiles para el cumplimiento de la función pública, razón por la cual la reglamentación prevé razonadamente la participación de diversos servidores públicos, a quienes se les atribuye competencia para actuar en los procedimientos precontractuales de licitación, adjudicación, o incluso con la finalidad de celebrar contratos, es decir, para dar impulso a las distintas etapas de la contratación¹⁹⁵.

En total armonía, el Código Penal en el delito en estudio distingue las conductas ejecutadas por los servidores públicos encargados de tramitar un contrato, de la realizada por el representante de una entidad como ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación¹⁹⁶, al prever como hipótesis delictiva tramitar el contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, y celebrarlo sin verificar el cumplimiento de los presupuestos legales esenciales en cada fase; diferenciación fundada en la forma desconcentrada como actualmente se cumple la función pública en las entidades estatales¹⁹⁷.

Del principio de confianza

Como la contratación estatal demanda del ordenador del gasto y representante legal de la entidad oficial control en todas las fases de la contratación, trámite, celebración y liquidación, ello implica la verificación del cumplimiento de las exigencias legales esenciales en cada una de esas fases, razón por la cual el Código Penal le exige el deber de examinar minuciosamente lo tramitado por las otras dependencias antes de firmar¹⁹⁸.

¹⁹⁴ CC C-259-2008.

¹⁹⁵ Cfr. CSJ AP5404-2016, rad. 44655.

¹⁹⁶ Cfr. CSJ SP 26, marzo 2009, rad. 29089.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ Cfr. SP2146 2016, rad. 40627.

El principio de confianza es un criterio normativo aplicado dentro del trabajo en equipo, y para que opere es imprescindible que se haya cumplido con el deber legal de vigilar y corregir el proceder de los funcionarios en quienes estaba delegada la función de adelantar la fase precontractual¹⁹⁹ (se destaca).

Su alcance y contenido ha sido fijado por esta Corporación, de la siguiente manera:

«Es cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo. Esta implica la división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo y por lo tanto un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división de trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros. Esta, cuando ha precedido una adecuada selección del personal, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se le pueda atribuir a quien lo lidera, a condición naturalmente de que no haya provocado dolosamente o propiciado por ausencia o deficiencia de su vigilancia debida.

La Sala acepta que el trabajo es funcionalmente dividido en un Departamento, que el Gobernador como jefe de la administración se encuentra en imposibilidad de asumir directamente todos los asuntos, que para eso cuenta con una serie de secretarios que le colaboran, que establece con los mismos -es lo que se supone- una relación de confianza de doble vía y que por efecto de la que él deposita puede incurrir en hechos típicos originados en la actividad de sus colaboradores, frente a los cuales, sin embargo, es eventualmente admisible la realización de una conducta inculpable, por mediación del fenómeno del error²⁰⁰»

La delegación automáticamente no exonera de responsabilidad al encargado de la contratación, en ciertos casos se le reconoce por las irregularidades cometidas en la fase precontractual por los delegatarios en virtud a la activación plena del principio de confianza, siempre y cuando no se compruebe que la delegación tuvo como objeto eludir la responsabilidad, y que haya omitido ejercer las funciones de dirección, vigilancia y control derivadas de ese acto con este propósito.

¹⁹⁹ Cfr. CSJ SP 15528-2016, rad. 40383.

²⁰⁰ Cfr. CSJ SP, 21 de marzo de 2002, rad. 14124, reiterada en CSJ SP, 26 junio de 2008, rad. 26061.

Tratándose de la desconcentración de tareas contractuales (no de la desconcentración en general de la Ley 489 de 1998), no procede por lo general ya que supone la realización de actos de trámite que deben ser tutelados por el ordenador del gasto, conservando la dirección de esa fase, máxime que no hay acto administrativo transfiriendo la función.

En uno y otro caso, ha de observarse que en materia penal la responsabilidad es individual y la persona responde por lo que hizo u omitió. (...)

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 9 del Código Penal, para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Esta regulación obliga a la Sala a examinar si en el presente caso, los acusados crearon un riesgo jurídicamente desaprobado al bien jurídico tutelado, y si éste se realizó en el resultado típico, esto es, en la celebración de los contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales por no verificar previamente su observancia."

Para el efecto resulta indispensable establecer si cada uno de los tres procesados HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ incumplió el deber de verificar la observancia de los requisitos legales en el trámite por quienes intervinieron en la Secretaría de Obras Públicas e Infraestructura de la Gobernación, a fin de decidir si le es atribuible la celebración irregular de los contratos.

Pues bien, la Sala encuentra que mientras el Gobernador titular ostentaba la representación de los intereses del Departamento dada su condición de ordenador del gasto y mayor compromiso de velar porque la contratación a su cargo se llevara a cabo con irrestricto apego al ordenamiento jurídico, independientemente de la confianza que hubiere podido depositar en el personal subalterno por él designado para realizar dichas labores, contando con un elevado grado de responsabilidad que le exigía máximo cuidado y diligencia al

momento de comprometer contractualmente al Departamento pues precisamente accedió al cargo como resultado de la contienda electoral; esta misma situación no concurre en relación con los señores FRAGOZO DAZA y GNECCO RODRÍGUEZ quienes por ser empleados subalternos de aquél fueron designados para reemplazarlo durante sus ausencias temporales, si bien con plenitud de las capacidades jurídicas desde el punto de vista formal, es lo cierto que materialmente seguían dependiendo de la voluntad de aquel.

De esta suerte, si no medió delegación sino desconcentración de algunas actividades contractuales en la Secretaría de Obras Públicas, cuyos funcionarios habían sido designados directamente por el Gobernador titular, es claro que pese a contar con las facultades jurídicas para revisar a detalle el cumplimiento de los requisitos legales esenciales en los contratos sometidos a su consideración para la firma, debido al escaso y casi nulo poder o ascendencia sobre los servidores públicos que adelantaron dicha etapa, aunado al hecho de que los despachos donde ejercían sus funciones, eran la Secretaría de Hacienda y la Secretaría Privada de la Gobernación, lo que puede concluirse es que poca o mejor ninguna injerencia podían tener en el trámite contractual, independientemente de la cuantía o la forma de realización.

Ello unido a los pocos días en que debían desempeñarse como encargados, las posibilidades de dirección, coordinación, control y vigilancia, y verificación del cumplimiento de los requisitos legales esenciales en el trámite, eran igualmente limitadas, de suerte que eventualmente pudieron enfrentarse a la alternativa de suponer fundadamente que, como los

contratos llegaban a su despacho con los respectivos vistos buenos de la Secretaría de Obras Públicas e Infraestructura, así como por la abogada especialmente contratada al efecto, el trámite se había cumplido conforme a los preceptos que rigen la contratación, pues de sus textos no se podía inferir que el procedimiento contractual era ostensiblemente diverso, máxime si desde el comienzo se había optado por no realizar licitación pública sino contratación directa, por lo cual perfectamente estaban en condiciones de suponer que ninguna irregularidad se venía cometiendo en el trámite y al suscribir los referidos contratos adicionarlos.

Por razón de lo expuesto, se ocupará la Sala de analizar la situación de estos dos procesados, para posteriormente evaluar lo relativo a DELUQUE FREYLE

5.- Respecto de los acusados

5.1.- RAÚL NICOLAS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO GNECCO RODRÍGUEZ.

Con independencia del fraccionamiento contractual ya advertido en la totalidad de los contratos materia de acusación, que dio lugar a dar por establecida la unidad de acción orientada a eludir el procedimiento de la licitación pública atendiendo la magnitud de las obras a desarrollar, el costo de las mismas y los compromisos contractualmente adquiridos con la Nación y el Municipio de Maicao para dicho efecto, debe decirse que la atribución jurídica de la conducta por parte de la Fiscalía a estos dos procesados deriva de las irregularidades advertidas en la fase precontractual de la manera siguiente:

Respecto de RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA, la Fiscalía le reprocha haber suscrito los contratos 240 con Hildefonso Morales Ospina (Dicorel Ltda) para la construcción de alcantarillado sanitario en los Barrios Boscán y el Carmen y 241 para la construcción de alcantarillado en los barrios San José, San Martín y el Centro, celebrados el 26 de octubre de 2001; como también por los contratos 361 de 27 de noviembre de 2001 para la construcción de alcantarillado en el barrio Los Comuneros y 365 para la reposición de redes de distribución de acueducto en el barrio San José ubicado en el municipio de Maicao.

Mencionó que “en estos casos también resultaba materialmente imposible adjudicar los contratos a los segundos o terceros proponentes, porque era a todas luces evidente que estos deliberadamente sobrepasaron el presupuesto oficial disponible para esas obras, sin que hubiese existido otro criterio o factor de ponderación para la selección del contratista; todo es una estratagema para burlar las normas que gobiernan la contratación estatal”.

También, por los contratos adicionales al 044 del 20 de octubre de 2001 y al 045 el 24 siguiente.

Sobre estos contratos indicó que fueron suscritos con el propósito de aumentar el valor pese a que el contrato principal 044 fue cedido a RUSLAN ARIÑO GÁMEZ en fecha en que se dio inicio a las obras.

“En suma en este caso también se presentan irregularidades similares a las de la totalidad de los contratos adjudicados en el año 2001 para construir las redes de distribución de acueducto y alcantarillado del Municipio de Maicao”.

En relación con dichos aspectos, el procesado RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA²⁰¹ indicó:

“Si bien es cierto pude en un momento determinado suscribir los contratos anteriormente relacionados, no es menos cierto que lo hice en calidad de encargado y como tal para la firma definitiva de estos contratos se debieron surtir los procesos de rigor que condujeran a la legalidad de los mismos, entre esos están los estudios técnicos adelantados por la Secretaría de Obras del Departamento en cabeza del doctor ALEJANDRO BUILES y la Gerencia de Proyectos para el Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado de Maicao que por ese entonces contrató el Departamento. Adicionalmente, antes de la firma, todos esos procedimientos contaron con el visto bueno de la Oficina Jurídica del Departamento, para la época en cabeza del doctor DANILO ARAÚJO si no me falla la memoria”.

Indicó que:

“Estos contratos que si bien es cierto fueron firmados por mí en la época, no tenían otra intención sino la de cumplir con las necesidades y con lo contemplado en el Plan de Gobierno de la administración de entonces, pero que en ningún momento lo hice de manera arbitraria, sino que antes por el contrario en el tiempo tan corto que me dejaban como encargado, máximo tres días, no podía establecer cuáles habían sido los estudios previos o los parámetros legales con los cuales estos contratos se iban a suscribir. Todo ello era un procedimiento que iniciaba en la Oficina de Planeación Departamental, en donde se inscribía el proyecto para establecer su viabilidad o factibilidad y luego la Secretaría de Obras Públicas, en conjunto con la Gerencia de Proyectos contratada para entonces, establecían todos los criterios técnicos para la viabilización de estos proyectos. Luego la oficina Jurídica otorgaba su visto bueno y por último se solicitaba la disponibilidad presupuestal a la Secretaría de Hacienda, por parte del señor Gobernador para darle las formalidades plenas a este tipo de contratación”.

Dijo no saber con exactitud el número de veces que, estando cumpliendo la función de Secretario de Hacienda departamental, fue encargado de la Gobernación durante el año 2001, aunque cree que fueron 5 veces aproximadamente.

²⁰¹ Fls. 274 cno. 1 Fiscalía.

Cuando se le interroga sobre la razón por la cual los aludidos contratos fueron fraccionados en su objeto cuando ha debido realizarse licitación pública, sostuvo que *“todos estos procedimientos técnicos debieron ser definidos con mucha anterioridad tanto por la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, doctor ALEJANDRO BUILES, y la Gerencia del Plan Maestro de Acueducto de Maicao, doctor MANUEL GÓNGORA, previo visto bueno de la Oficina Jurídica de la Gobernación en cabeza para ese entonces del doctor DANILO ARAÚJO. Ellos eran los directamente responsables de establecer los criterios para definir si un contrato de este tipo y con el objeto definido debería someterse a licitación pública o contratación directa. Los Manuales de Funciones del departamento de La Guajira tienen establecida esta responsabilidad por dependencia y en el caso mío nunca participé de ninguna de estas decisiones, puesto que mi cargo era el de Secretario de Hacienda. Uno como Gobernador confía en la buena fe de los funcionarios responsables de cada área”*.

Respecto de los contratos por cuya celebración se le vinculó proccsalmente, indicó que si bien es cierto fueron suscritos por él para la vigencia de 2001, todos los procedimientos técnicos y de viabilización para la protocolización de su firma, estuvieron bajo la responsabilidad de la Secretaría de Obras Públicas, en cabeza de Alejandro Builes, puesto que eran estudios previos y análisis que surgían con los técnicos de esa dependencia y eran los que en un momento determinado sabían el monto total de la contratación directa o, en su defecto, si este tipo de contratos tenía que ser sometido a licitación y más aún las adiciones. Por lo anterior, solicita se cite al Secretario de Obras de entonces, señor Alejandro Builes, así como al Gerente del Plan Maestro Manuel Góngora, para que brinden las explicaciones del caso.

Señaló haber actuado de buena fe y en cumplimiento del deber que le asistía de no generar traumatismos en la construcción de las obras que debía desarrollar el

Departamento. Tiene entendido, dijo, que las obras contratadas se ejecutaron en su totalidad y que por lo tanto fueron puestas al servicio de la comunidad.

Recordó que el procedimiento para la firma de los contratos por parte del Gobernador encargado, consistía en que la Secretaría de Obras Públicas, por intermedio de su jefe, Alejandro Builes, remitía el contrato a la oficina jurídica, en cabeza de Danilo Araújo, y una vez colocados los vistos buenos, tanto desde el punto de vista técnico como jurídico, se remitía a la oficina de presupuesto de la Secretaría de Hacienda para la imputación o registro presupuestal. Luego de ello, pasaba al despacho del Gobernador encargado para su respectiva firma, se verificaba que estuviese el contrato original, copia del contrato con sus vistos buenos, el certificado de disponibilidad presupuestal, el registro presupuestal, y el presupuesto de la obra en ejecución. Debido al corto tiempo en su desempeño como Gobernador Encargado, resultaba imposible verificar todo el procedimiento iniciado meses atrás por lo cual obró siempre de buena fe.

En relación con lo anterior, a la Fiscalía no le resultan atendibles las manifestaciones del procesado desde la propia injurada, cuando sustenta la ausencia de responsabilidad en virtud del principio de confianza explicado por la jurisprudencia.

Indicó que cuando se asume un cargo como el de Gobernador de departamento han de conocerse los mínimos requisitos de la actividad a desarrollar y en particular la de la

suscripción de contratos, máxime si todo gobernador sabe de la existencia de la prohibición del fraccionamiento contractual.

De otra parte, respecto de ÁLVARO GNECCO RODRÍGUEZ le imputa las irregularidades advertidas en los contratos adicionales 240 y 241 del 24 de diciembre de 2001, después de 54 días de haber sido celebrados los contratos principales por Raúl Fragozo Daza pactados en tres meses, con el fin de aumentar el valor pese a que las obras se iniciaron el día 13 de diciembre y fueron suspendidas el día 21, después de haberse adicionado el contrato.

De igual manera, el contrato adicional al 241 se inició el 13 de diciembre y se suspendió el mismo día en que se suscribió el adicional el 20 de diciembre.

Respecto del contrato 427 le censura que por razón de que los otros proponentes hubiesen presentado propuestas superiores al presupuesto asignado, tenía que ser asignado a Filemón José López, considerando dichas propuestas como de relleno.

Reprocha que se hubiese celebrado el contrato 117 para la construcción del tanque elevado en el barrio Loma Fresca y el contrato 430 para la construcción de redes de acueducto en el mismo barrio.

Cuestiona que los contratos 427 y 430 celebrados los días 13 y 18 de diciembre de 2001, tengan una misma imputación presupuestal, de lo cual deduce improvisación y falta de planeación y transgresión de los principios de la contratación

en tanto se utiliza el mismo rubro para fraccionar obras, denotando afán para comprometer el presupuesto antes de expirar el año fiscal.

En síntesis, la Fiscalía sostiene que dichos contratos adolecen de las mismas anomalías presentadas en la totalidad de los contratos adjudicados en el 2001 para las redes de distribución de acueducto y alcantarillado.

Sobre el particular, Álvaro Gnecco Rodríguez²⁰² explicó que el tema de la contratación era manejado por el Secretario de Obras a quien se le deben pedir las explicaciones correspondientes, dado que como Secretario Privado no se enteraba de la construcción de redes de acueducto en el municipio de Maicao. Para la firma de dichos contratos simplemente verificaba que la carpeta llevara todos los soportes.

A este respecto dijo haberse desempeñado como secretario del despacho del Gobernador de La Guajira entre los años 2001 y 2003, y durante ese tiempo en varias oportunidades ejerció como Gobernador Encargado durante la administración de Hernando Deluque Freyle.

Frente a los contratos de obra pública suscritos en esa época, recordó que la Secretaría de Obras Públicas era la encargada de realizar todo lo concerniente a la celebración de los contratos de obra. Allí se iniciaba el trámite con la formulación e inscripción del proyecto en el Banco de Proyectos en la Secretaría de Planeación de la Gobernación.

²⁰² Fls. 167 y ss. cno. 3 Fiscalía.

Señaló que en la Secretaría de Obras se hacía la convocatoria a los posibles postulantes, se definía y llevaba a cabo todo el procedimiento previo, durante y después de la suscripción del contrato, pues debía llevar el control hasta en la supervisión a través de sus auditores o supervisores de que el contrato se cumpliera conforme hubiese sido convenido.

En relación con la construcción con el proyecto Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado del municipio de Maicao dijo no saber nada al respecto, pues ese tema debía ser manejado por el Secretario de Obras. Tampoco recuerda el trámite contractual adelantado para la construcción de las redes de distribución de acueducto y alcantarillado, pues era asunto de la Secretaria de Obras departamental junto con un operador del servicio en el citado municipio.

Precisó que su función como secretario del Gobernador era atender público, pues recibía cerca de 100 personas diarias que asistían al despacho con el propósito de entrevistarse con él.

Expresó no recordar la razón para no adelantar licitación pública para la construcción de las redes de distribución de acueducto y alcantarillado de los diferentes barrios del municipio de Maicao, en desarrollo del Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado de ese municipio, atendidas las cuantías y las características de las obras que se iban a desarrollar.

De igual modo, manifestó no poder dar razón sobre las personas o entidades que adelantaron los estudios de factibilidad, requisitos técnicos, diseños, gestión predial, impacto ambiental o las épocas de su realización, y si los mismos fueron tenidos en cuenta al momento de celebrar los contratos para la ejecución de la construcción de las redes de distribución de acueducto y alcantarillado de los diferentes barrios del municipio de Maicao en desarrollo del Plan Macstro.

Indicó al respecto que las únicas personas que deberían dar dichas explicaciones serían los señores ALEJANDRO BUILES o SAMUEL LANAÑO, quienes fungieron como Secretarios de Obras Públicas durante el gobierno de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE y se encargaban de investigar y elaborar todo lo pertinente a las etapas precontractuales, contractuales y post contractuales.

Con respecto a las labores que realizó como gobernador encargado del departamento de la Guajira para verificar el cumplimiento de los requisitos legales previos a la celebración de los contratos de dichas obras que aparece firmando, tales como el número 427 y los adicionales identificados con el número 1 a los contratos 240 y 241, contestó que le correspondía verificar la carpeta que se le llevaba a su despacho junto con todos los soportes, pero si había algún aspecto que debió ser considerado en la Secretaría de Obras Públicas y sin embargo no se hizo, sobre ello no podría dar razón alguna, pues esa Secretaría era la encargada de todos esos temas.

“Bueno mire, este aquí nosotros o como Gobernador encargado a mí me tocaba verificar la carpeta, una carpeta que se llevaba allí y la carpeta ¿si entiende? La carpeta iba con todos los soportes pero de que algunas cuestiones que debieron haberse tenido en cuenta que la secretaria de obras no las tuvo previo a la formulación del contrato o del proyecto ahí si no tengo, no, no tendría conocimiento de eso no, vuelvo y le digo la secretaria de obras se encarga de todo eso, es que lo único que uno hace desgraciadamente como gobernador encargado ocasionalmente, generalmente es por un solo día, entonces yo como venía una carpeta con todos los soportes yo digo no esto está bien pero de que anteriormente hubo o que esto o cualquier cosa eso no era competencia mía eso era competencia del secretario de obras que es el que tenía que estar aquí es el secretario de obras, es más hasta donde yo tengo entendido al secretario a los secretarios de obras ALEJANDRO BUILES y SAMUEL LANA O la procuraduría los investigo ¿si me entiende? Eso es a él, porque son a ellos que tienen que, que investigar porque nosotros, un ejemplo el gobernador encargado por un día que cuya función no es de estar pendiente que el contrato o no habrá contrato de obra yo podría responder por cualquier cosa que paso en el despacho del gobernador como secretario privado, de que vino una persona y la traté mal o que vino una persona y no la atendí, ahí si podía yo con mi actitud omisiva ser sujeto pasivo de cualquier investigación, pero del contrato y esa cuestión no eso fue desgraciadamente fue algo circunstancial porque era gobernador por un día, se me llevaba la carpeta con todos los soportes respectivos yo no le veía problema ahora de que se utilizó o hubo omisión por parte de la secretaria de obras son ellos los que tienen que responder, la Corte lo ha dicho y la procuraduría también en forma reiterada cada persona cuando asume un cargo es responsable del mismo y no tiene porque el superior jerárquico en ciertos momentos responder por las omisiones del inferior porque esta persona cuando asume el cargo jura conocer y responder por las obligaciones del cargo que asume”.

La Sala, al contrario de lo considerado por la Fiscalía, encuentra plausibles las explicaciones de estos dos procesados, en la medida en que al suscribir los contratos cuestionados, lo hicieron en condición de gobernadores encargados en razón de estarse desempeñando como funcionarios de la administración departamental, el uno como Secretario de Hacienda y el otro como Secretario Privado, ninguno de los cuales dentro de sus funciones oficiales se les había asignado la de intervenir en los trámites contractuales, por lo cual no podría afirmarse que tuvieran conocimiento

previo claro y preciso de las ejecutorias del denominado plan maestro de acueducto y alcantarillado de Maicao, municipio distinto de Riohacha, sede de sus actividades.

Si bien ambos mencionan que la labor de constatación y verificación del cumplimiento de los requisitos legales esenciales se limitó a revisar que las carpetas respectivas contaran con los vistos buenos tanto de la oficina jurídica como de la Secretaría de Obras Públicas e Infraestructura del Departamento, lo que daría en afirmar acreditado, en principio, que respecto de ellos no resulta aplicable el principio de confianza en tanto incumplieron el deber normativamente exigido de coordinar, orientar, vigilar, controlar y exigir la acreditación efectiva que en el trámite contractual se satisfizo íntegramente el cumplimiento de los requisitos legales esenciales por parte de los funcionarios de la Secretaría de Obras Públicas y la Oficina Jurídica, precisamente contratada al efecto para realizar dicha verificación; sin embargo, no puede olvidarse que la abogada **Guadalupe Esther Cañas Murgas**²⁰³ mediante el contrato de consultoría No. 061 del 28 de agosto de 2001 por \$18.000.000 suscrito con el Gobernador Hernando David Deluque Freyle, se comprometió precisamente a realizar la interventoría jurídica a los procesos precontractuales, contractuales y postcontractuales de menor cuantía adelantados por la secretaria de obras públicas y vías del departamento de la Guajira y a revisar las minutas de los contratos, luego de lo cual emitía el visto bueno para pasarlo al Despacho del Gobernador para su firma, agregando que:

²⁰³ Fls. 153 y ss. cno. 3 Corte.

“A la secretaria de planeación se llevaba primeramente el proyecto por la comunidad interesada en la realización del proyecto para su comunidad, por lo menos si se trataba de una ejecución de una obra de pavimentación, de alcantarillado o una de acueducto, ellos iban a la secretaria de planeación y en el banco de proyectos llevaban la solicitud. Allí, ese mismo proyecto se transfería a la secretaria de obras, al secretario de obras, y el con sus asesores que son los de, que tenía tres, eran tres subdirecciones, yo recuerdo que una era de LUIS MIGUEL GUERRERO, la otra estaba NINOSKA SCOTT y la otra no me acuerdo el nombre, era un apellido MENDOZA, eran tres subdirecciones. De esas tres subdirecciones, de acuerdo al tipo de, de proyecto a ejecutar, ellos revisaban el proyecto, lo viabilizaban, le daban el visto bueno y nuevamente regresaba a la secretaria de planeación donde se le daba curso. Ese era prácticamente como el estudio previo, la conveniencia, oportunidad de realizar el contrato, entonces regresaba nuevamente a la secretaria de obras y ya, ya priorizado, viabilizado, se iniciaba el trámite con obtener la disponibilidad presupuestal. Ya estando aquí con disponibilidad presupuestal entonces iniciábamos con las invitaciones en los procesos tanto de mínima como menor cuantía se hacían igual, igualmente los procesos invitando primero públicamente a través de un aviso que se publicaba en la secretaria de obras en la cartelera, una cartelera en la secretaria de obras y se invitaban a unos dos o tres contratistas que ya habían tenido de pronto contrato, que había un listado de contratistas, todo pues, la mayoría gente de ahí de la Guajira, de Riohacha, de los diferentes municipios de la Guajira, de San Juan, de Fonseca, o sea había mucho personal a quien se invitaba y ellos presentaban sus ofertas. Una vez presentaban las ofertas, se designaba el comité conformado por los tres directores con otros asesores y así después de evaluar la oferta, se hacía el contrato, y se lleva a donde el gobernador para que lo firmase, después se pasaba a la secretaria de hacienda para hacerle la reserva presupuestal y después se le hacía su acta de iniciación del contrato y allí se empezaba la ejecución de las obras. A mí particularmente me tocó hacer el seguimiento de que se cumpliera con la entrega de las obras, las actas, que todos los contratos tuvieran sus actas iniciales, sus actas. Se hacían dos o tres actas de recibos de obra, acta para poder primero pagarles el anticipo, después para justificar la ejecución de las obras, entonces iba una, dos o tres actas de ejecución de obras y al final estar pendientes de que los contratos efectivamente vinieran con su última acta final que demostraba que se había cumplido y allí hacer la liquidación del contrato, eso era lo que se cumplía en la secretaria de obra, lo que yo como contratista hacía”.

En este sentido debe señalarse que sin desconocer la existencia del fraccionamiento contractual puesto de presente a partir del análisis de la totalidad de los contratos celebrados y de la documentación referente a los mismos, la Sala no

advierde evidencia alguna que indique la existencia de motivo manifiesto para que los gobernadores encargados llegasen a desconfiar de la legalidad de un trámite contractual que venía llevándose a cabo desde el comienzo del mandato por el gobernador titular sin que éste les hubiera dado a conocer la existencia de reparo alguno, ni por parte del Secretario de Obras Públicas, donde se habría adelantado previa a la celebración del contrato, o de la funcionaria contratada por la Gobernación para certificar la legalidad del trámite surtido, les pusieran de presente que los contratos sometidos a su consideración podían presentar algún tipo de irregularidad, la cual tampoco podía ser advertida a simple vista teniendo en cuenta que de entrada los objetos contractuales a que se referían permitían la contratación directa y no la licitación pública.

De esta suerte, en la actuación de estos dos procesados no se evidencia que tuvieran necesidad de adelantar verificaciones adicionales sobre la legalidad del trámite llevado a cabo, máxime si los documentos que se les sometían a consideración, se referían a la forma directa de contratación, contaban con el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal, con el acta del comité evaluador de las propuestas que asignaba mayor puntaje a quien se le adjudicaba cada contrato y venían avalados con el visto bueno tanto por el Secretario de Obras, como por la jefe de la oficina jurídica, ambos designados por el Gobernador titular y, por tanto, de su absoluta confianza, conforme fue relatado por éste, de suerte que nada de lo actuado en la fase precontractual podía darles en sugerir siguiera que algo irregular podía estarse cometiendo.

En cualquier caso, ya el fraccionamiento contractual se había producido por el propio Gobernador Titular cuando inopinadamente decidió celebrar el contrato 004 del 5 de marzo de 2001 para la construcción de redes de acueducto en el barrio Almirante Padilla, pese a que el municipio de Maicao ya había adjudicado la licitación para asignarle la operación de los sistemas de acueducto y alcantarillado a la empresa Aguas de la Península, así como haber celebrado dos licitaciones públicas en desarrollo del convenio signado entre la Nación, el Departamento y el Municipio.

La investigación tampoco pudo establecer que estos dos procesados tuvieran motivos fundados para desconfiar de la actuación de los funcionarios encargados del trámite contractual, o que de manera consciente firmaran los citados contratos, pese a conocer que incumplían los requisitos legales esenciales o que esta situación pudiera establecerse a primera vista y no como resultado de un análisis ponderado ex post facto como el realizado por la Fiscalía.

No aparece evidencia alguna que indique que estos dos acusados hubiesen intervenido en la fase precontractual para manipular el proceso en orden a eludir la licitación para la adjudicación de las obras de optimización de las redes de acueducto y alcantarillado de Maicao, o que hubieren direccionado el proceso para favorecer a los contratistas, y menos recibido algún beneficio por hacerlo, como para suponer que por dicha razón no adelantaron verificaciones adicionales a las realizadas.

Tampoco se cuenta con elemento de juicio alguno que haga evidente el conocimiento que pudieran tener de la división del objeto material de la contratación de las obras de acueducto y alcantarillado de Maicao, ni los contratistas que resultaron favorecidos por las actuaciones llevadas a cabo en la secretaría de obras, los relacionan con tales hechos irregulares, todo lo cual permite inferir que pudieron haber actuado amparados en el principio de confianza.

Ahora, si bien en las circunstancias particulares de las conductas investigadas, el hecho de que los documentos contractuales allegados para la firma del Gobernador llegasen precedidos de la certificación y visto bueno emitido por el jefe de la dependencia encargada de su trámite, en este caso el Secretario de Obras, como por la Jefe de la Oficina Jurídica, en manera alguna significa que no se hubieren presentado irregularidades en dicha etapa que los responsables de la contratación no tuvieran el deber jurídico de advertir, ello sólo podría resultar exigible si al momento de celebrar el respectivo contrato faltase algún documento indispensable para su trámite o el aval de algún funcionario encargado de dicha misión, nada de lo cual acreditó la investigación adelantada por la Fiscalía.

En razón de lo anterior, la Sala no puede menos que concluir que la prueba válidamente recaudada impide llegar al grado de certeza de que los acusados FRAGOZO DAZA y GNECCO RODRÍGUEZ previo a la firma de los contratos y adiciones, instruyeron, vigilaron y controlaron el cumplimiento de los requisitos legales esenciales por los encargados del trámite, para evitar que se violaran los principios de la

contratación pública; pero tampoco que dejaron de hacerlo, y mucho menos que hubiesen actuado de acuerdo con el gobernador titular para manipular la contratación y adjudicar irregularmente los contratos en beneficio particular de los contratistas.

En efecto, si bien se acreditó la existencia de irregularidades en el trámite de los contratos celebrados por ellos, no acontece igual con respecto a que hubieren actuado con la finalidad de transgredir los principios de legalidad, planeación, transparencia y selección objetiva para fraccionar el objeto contractual y de este modo eludir la licitación pública.

No puede olvidarse, se insiste, que estos dos acusados no hacían parte de la Secretaría de Obras Públicas donde se adelantaba el trámite contractual, que tampoco participaron de los comités de evaluación de las propuestas y ninguna prueba los vincula con alguno de los contratistas. Lo único que se sabe es que con anterioridad el Gobernador Titular DELUQUE FREYLE ya había suscrito múltiples contratos de obra para el Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado de Maicao con lo que había materializado el fraccionamiento del objeto contractual para eludir la licitación pública, y que los documentos contractuales llegaron a sus despachos con los vistos buenos del Secretario de Obras, las actas del comité evaluador y el visto bueno de la oficina jurídica, que a partir del valor del contrato celebrado con base en el certificado de disponibilidad presupuestal, no observaron reparo alguno para autorizar con su firma los aludidos negocios jurídicos.

Al estar probado que los doctores RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ fungieron en calidad de gobernadores encargados del Departamento de La Guajira para reemplazar temporalmente a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE por unos pocos días mientras éste se apartaba de sus funciones para atender compromisos oficiales; que no participaron en la celebración del Convenio 050 de 2000 suscrito entre la Nación, el Departamento de La Guajira y el Municipio de Maicao para la optimización del sistema de acueducto de dicha ciudad; que tampoco participaron en las fases precontractuales adelantadas en la Secretaría de Obras Públicas del Departamento pues sus funciones eran de Secretario de Hacienda y Secretario Privado; que todos los contratos anteriores celebrados por el Gobernador lo habían sido bajo la figura de la contratación directa; que cada uno de los contratos y sus adiciones firmados por ellos se cumplía el tema de la cuantía normativamente exigida para dicha forma de contratación; que los documentos contractuales incluían el acta de evaluación realizada por el comité designado por el Secretario de Obras Públicas informando que el mayor puntaje se asignaba a quien había presentado la propuesta más favorable en términos económicos para la entidad, y que en todos los casos la documentación llegaba precedida de los correspondientes vistos buenos del Secretario de Obras y la Oficina Jurídica, junto con el certificado de disponibilidad presupuestal; resulta posible inferir que el contrato cumplía los requisitos legales esenciales por lo que con su firma ningún delito podía estarse cometiendo.

Pero, así como esta posibilidad resulta siendo admisible de cara a la prueba recaudada, con base en esos mismos elementos de juicio la tesis contraria derivada del hecho de pertenecer a la estructura de la administración departamental en condiciones de secretarios de Despacho, las repetidas veces que se desempeñaron como Gobernadores encargados, así como la experiencia en el desempeño de sus cargos también podría resultar válidamente plausible, toda vez que de ellas se podría inferir que tenían conocimiento claro sobre el denominado Plan Maestro de Acueducto de Maicao, el convenio 050 de 2000 celebrado con la Nación y dicho municipio, la finalidad perseguida, la necesidad de celebrar un solo contrato mediante licitación pública y no varios como finalmente se hizo dando lugar al fraccionamiento contractual para favorecer determinados contratistas, nada de lo cual puede ser materia de aclaración a estas alturas del proceso en que sólo resta la emisión del correspondiente fallo de mérito con que se ponga fin a la actuación.

Por esta razón, y como la Fiscalía no ahondó en la investigación en orden a establecer si los acusados FRAGOZO DAZA y GNECCO RODRÍGUEZ incumplieron o no los deberes legales derivados de la desconcentración de vigilancia y control de las actuaciones de los funcionarios de la Secretaría de Obras Públicas y la Oficina Jurídica, ni si acorde con el tiempo en que fueron encargados como Gobernadores estaban en condiciones de implementar mecanismos apropiados para controlar que los funcionarios que intervenían en el trámite precontractual lo impulsaran respetando los principios de la contratación, y de no hacerlo, adoptar las medidas necesarias para subsanar dicha anomalía, pues de acreditarse que personalmente hacían

esa constatación o que en los cambios de gobierno se les presentaban informes, o que hubiesen designado personal que cumpliera esa labor, la prueba debería así indicarlo, pero en este caso como no se profundizó en el tema no se obtiene información sobre dicho particular, pues si ello se hubiese establecido, podría asegurarse que por razón de los controles realizados los procesados FRAGOZO DAZA Y GNECCO RODRÍGUEZ podrían confiar que con la revisión física de la carpeta de los contratos bastaba para firmar con toda seguridad que en cada caso se habían observado los requisitos legales esenciales en el trámite contractual.

En tales condiciones, la Sala no tiene más alternativa que dar aplicación a lo normado por el inciso segundo del artículo 7° de la ley 600 de 2000, resolver las dudas a su favor y absolverlos de los cargos que les fueron formulados en la resolución de acusación.

En cualquier caso, y con el sólo propósito de responder las consideraciones de la Fiscalía y el Ministerio Público en el sentido que estos dos procesados actuaron con conocimiento y voluntad de transgredir la ley de contratación a través de la suscripción de los referidos contratos, la Sala advierte que ninguna prueba da cuenta que de haber incidido en la fase precontractual, que hubieren recomendado la apertura de determinado proceso, o hubieren suscrito los referidos contratos con el ánimo de beneficiar a alguno de los contratistas, o que hubieren sugerido el nombre de alguno de ellos para su adjudicación.

La Sala no puede dejar de poner de presente, que el sólo

hecho de haberse demostrado la existencia de irrregularidades trascendentes ocurridas en la fase precontractual en los contratos celebrados por los Gobernadores encargados RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ, resulta insuficiente para deducir que tenían conocimiento de que con la firma de los contratos y sus adiciones estaban realizando el tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues lo contrario implicaría reconocer que en Colombia tiene vigencia la responsabilidad objetiva, cuando en realidad la misma se halla proscrita por nuestro ordenamiento, por lo cual no resultan compartidos los criterios sobre el particular expuestos tanto por la Fiscalía como por el Ministerio Público en el presente asunto.

5.2.- De HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE.

Con relación a este acusado, debe decirse que la situación es ostensiblemente diversa de los anteriores, para lo cual cabe señalar que si bien admitió haber suscrito los contratos por cuya celebración fue vinculado proccsalmente a la actuación, dijo que sin mediar delegación todos los proyectos se discutían en la Secretaría de Obras Públicas del departamento por parte del Secretario de turno, con la gerencia de proyectos y la empresa operadora quien intervenía planeando las necesidades, que los contratos eran pasados para su firma una vez evaluadas las necesidades y las propuestas y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal se efectuaban los trámites pertinentes, por eso en el mes de marzo de 2001 se adelantó un contrato que guardaba relación con el barrio Almirante Padilla siendo lo único que se podía contratar en ese momento.

Entiende que se realizaron varios contratos en tanto se trataba de objetos distintos y las características de los trabajos eran diferentes, de modo que para dicho efecto existían razones técnicas, presupuestales y de tesorería, pero en todo caso firmaba los contratos en la medida en que contenían la minuta con los certificados de disponibilidad presupuestal, el acta de selección del contratista y el visto bueno de la oficina jurídica.

Las explicaciones que el acusado brinda, en modo alguno se compadecen con la magnitud de la obra que se habían comprometido a realizar la Nación, el departamento de la Guajira y el Municipio de Maicao, los compromisos contractualmente adquiridos por dichos entes territoriales, ni los esfuerzos financieros que en tal sentido cada uno de ellos se comprometió a realizar. Sus explicaciones se orientan a minimizar la trascendencia de las conductas realizadas, a trasladar la responsabilidad a sus funcionarios subalternos de la Gobernación y hacerla depender de afirmaciones a la postre indefinidas, que no se compadecen con el hecho cierto de que la cantidad de contratos debían obedecer al propósito de contribuir a solucionar los graves problemas que en los servicios de acueducto y alcantarillado se presentaban en el municipio de Maicao y que habían dado lugar a la suscripción del Convenio 050 de 2000

Lo cierto del caso es que no logró explicar las razones por las cuales se adelantaron múltiples contratos y no uno como era lo jurídicamente procedente, atendiendo no sólo la magnitud de las obras a realizar sino lo dispuesto en el Convenio 050 de 2000 suscrito con el Gobierno Nacional y el Municipio de Maicao que exigía llevar a cabo licitación pública

y no autorizaba la contratación directa, así como la partida presupuestal asignada por la Asamblea Departamental para adelantar la contratación del Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado de dicho municipio, que a todas luces indicaban la configuración de la unidad de objeto contractual.

Ahora bien, como ya ha sido visto, con la prueba recaudada, especialmente de carácter documental, a la Sala no le cabe ninguna duda que en el trámite y celebración de los contratos identificados con los número 004, 044, 045, 117, 143, 211, 228, 236, 240, 241, 361, 365, 427, 430, 431, 432, 433, 435, 436, 437, 438, 439, 440 y 486, adelantados por la Gobernación de La Guajira en desarrollo del Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado del Municipio de Maicao, se incurrió en múltiples irregularidades de trascendencia penal, en tanto no sólo resultaron conculcados los principios de legalidad del trámite, en cuanto ha debido realizarse licitación pública y no múltiples contratos por la vía de la contratación directa debido al injustificado fraccionamiento del objeto, sino que por virtud de la falta de estudios previos en razón a que el Plan Maestro aún no había sido diseñado se transgredieron los principios de planeación y de economía; pero además, al no existir reglas claras de evaluación de los proponentes se asignaron los contratos a quien sólo ofreció la propuesta económica más favorable sin tomar en consideración su experiencia, su capacidad técnica ni económica, se dio lugar a violar el principio de selección objetiva para asignar varios contratos a un solo contratista, y además que tanto el municipio como la Gobernación resultaron celebrando contratos para un mismo objeto, con lo cual la transgresión de los principios que rigen la contratación resulta manifiesta.

En razón de ello, la Fiscalía le atribuyó a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE la realización del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, debido a que en su condición de Gobernador del departamento de La Guajira le correspondió dirigir el proceso de contratación para la construcción de las redes de acueducto y alcantarillado del municipio de Maicao, siéndole obligado coordinar, vigilar y controlar no solo la etapa precontractual o de trámite, sino la poscontractual o de liquidación, en orden a precaver el incumplimiento de los requisitos legales esenciales, pese a lo cual no lo hizo.

La atribución principal es no haber llevado a cabo licitación pública en lugar de contratación directa, con lo cual desconoció que la licitación tiene como propósito garantizar la igualdad de oportunidades para todos los proponentes y el adecuado control social del proceso de selección, evitando discrecionalidad de la administración, por lo cual trasciende el formalismo de la simple invitación a contratar que fue lo realizado en este caso con respecto a la totalidad de los contratos celebrados.

Además, que es un procedimiento por medio del cual se convoca públicamente a todas aquellas personas que reúnan las condiciones y aptitudes para celebrar un contrato, permitiendo la presentación de ofertas en igualdad de condiciones, siempre que los oferentes cumplan los requisitos exigidos en los términos de referencia para de esa manera

seleccionar la oferta más favorable, conforme en tal sentido ha sido reconocido por la doctrina especializada²⁰⁴.

Por esa razón, es importante la divulgación anticipada de los prepliegos para observaciones de la sociedad (10 días antes del acto de apertura del proceso contractual) y de los avisos (con antelación de 10 a 20 días), la cual, por supuesto, se omitió en todos los casos.

Al burlar el mecanismo de licitación pública, se impidió la participación de personas naturales y jurídicas que hubieran podido estar interesadas en realizar la totalidad de las obras individualmente contratadas, por lo tanto, se cerró la posibilidad a un número superior y diverso de ofertas diferentes a las presentadas para evaluar la más favorable.

Y, se eludió la teleología del estatuto de contratación estatal que busca garantizar la objetividad, la igualdad de oportunidades y la imparcialidad en la escogencia de la mejor oferta²⁰⁵, transgrediéndose los artículos 24-1 y 29 de la Ley 80 de 1993; 33 y 36 de la Ley 9ª de 1989; y, 10 del Decreto 2400 de 1989.

Ahora bien, como ha sido suficientemente dicho, por la Sala, la delegación y la desconcentración en materia de contratación estatal constituyen herramientas útiles para el

²⁰⁴ ESCOBAR, Rodrigo. Citado en: MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública, Bogotá: editorial: Universidad Externado de Colombia, 4ª edición, 2015, página 583.

²⁰⁵ Incluso, como más adelante se demostrará, también a pesar de haberse anunciado contratación directa también se soslayó una de sus etapas al omitirse la elaboración de los proyectos de los términos de referencia y su publicación previa, lo cual implicó vulneración a la selección objetiva.

cumplimiento de la función pública, razón por la cual la reglamentación prevé razonadamente la participación de diversos servidores públicos, a quienes se les atribuye competencia para actuar en los procedimientos precontractuales de licitación, adjudicación, o incluso con la finalidad de celebrar contratos, es decir, para dar impulso a las distintas etapas de la contratación²⁰⁶.

De esta suerte, en total armonía con lo anterior, el Código Penal en el delito en estudio distingue las conductas ejecutadas por los servidores públicos encargados de tramitar un contrato, de la realizada por el representante de una entidad como ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación²⁰⁷, al prever como hipótesis delictiva tramitar el contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, y celebrarlo sin verificar el cumplimiento de los presupuestos legales esenciales en cada fase; diferenciación fundada en la forma desconcentrada como actualmente se cumple la función pública en las entidades estatales²⁰⁸.

Sin embargo, para que en un momento dado resulte aplicable el principio de confianza, resulta indispensable que en la actuación aparezca acreditada no sólo la figura de la delegación o de la desconcentración, sino que el ordenador del gasto desplegó los deberes de instrucción, seguimiento, vigilancia y control sobre las actuaciones de los funcionarios delegados para adelantar el trámite precontractual, o los encargados por la ley o los reglamentos para dicho efecto.

²⁰⁶ Cfr. CSJ AP5404-2016, rad. 44655.

²⁰⁷ Cfr. CSJ SP 26, marzo 2009, rad. 29089.

²⁰⁸ *Ibidem*.

En este caso, el proccsado HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE no solamente argumenta que ninguna irregularidad se presentó por haber celebrado 24 contratos por la vía de la contratación directa para la construcción del sistema de acueducto y alcantarillado de Maicao en lugar de una sola licitación pública dada la unidad de objeto, pues consideró que se trató de objetos distintos y que además razones financieras y presupuestales aconsejaban dicho proccder, cuando como se demostró, nada de ello corresponde a la realidad que la actuación evidencia.

Adujo también, que confió en la actuación de su Secretario de Obras Públicas, de la jefe de la Oficina Jurídica y de los conceptos emitidos por los comités evaluadores que asignaban los puntajes para la selección de los contratistas.

No pudo demostrar, sin embargo, que pese a todos los controles desplegados, dichos funcionarios hubieren actuado asaltando su buena fe, pues al contrario de lo dicho, lo que la actuación evidencia es que el Gobernador Deluque Freyle no sólo no delegó el trámite precontractual ni contractual en funcionarios subalternos conforme él mismo lo indicó en su indagatoria, sino que la prueba evidencia que no ejerció las funciones de orientación, dirección, control y vigilancia, porque lideró todo el proceso de comienzo a fin como en tal sentido fue puesto de presente por el Secretario de Obras Alejandro Magno Builes²⁰⁹, amañándolo para adjudicarlo irregularmente en interés particular de los contratistas.

²⁰⁹ FIs. 44 y ss. cno. 3 Corte.

El hecho de que contara con el concepto jurídico de la abogada Guadalupe Esther Cañas²¹⁰ quien había sido contratada para dicho efecto conforme ella misma lo refirió, no exoneraba al Gobernador del deber de verificar que los requisitos legales esenciales en realidad se estuvieran cumpliendo, cuestión que en este caso, no encontró realización, máxime si en la actuación no se indica que permanentemente estuviere al tanto del desarrollo de cada uno de los procesos contractuales en orden a verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, por lo cual no tiene cabida la pregonada alegación de resultar aplicable el principio de confianza, que la Sala tampoco reconoce en favor de los otros dos procesados, señores FRAGOZO DAZA y GNECCO RODRÍGUEZ, por las razones ampliamente explicadas y que dejan en evidencia que éstos se encontraban en una situación fáctica, jurídica y administrativa, ostensiblemente diversa de la ocurrida con DELUQUE FREYLE.

En este sentido la Sala no puede menos que reiterar que la contratación estatal demanda del ordenador del gasto y representante legal de la entidad oficial que ejerza un efectivo control sobre todas las fases de la contratación, trámite, celebración y liquidación, lo que le implica el deber de verificar el cumplimiento de las exigencias normativamente establecidas que la legislación considera esenciales en cada una de esas fases, razón por la cual el Código Penal le exige el deber de examinar minuciosamente lo tramitado por las otras dependencias antes de firmar²¹¹, de suerte que si no lo hace, y

²¹⁰ Fls. 153 y ss. cno. 3 Corte.

²¹¹ Cfr. SP2146 2016, rad. 40627.

al celebrar el contrato se transgreden los requisitos legales esenciales que la ley exige, no cabe duda que se configura la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y su concreción en el resultado de celebrar un contrato transgresor de aquellos presupuestos que le resultan esenciales, como sin duda, aconteció en el presente caso con respecto al gobernador DELUQUE FREYLE.

Al efecto debe señalarse, que el propio procesado DELUQUE FREYLE, en la diligencia de indagatoria²¹² relató que los proyectos que tenían que ver con acueductos municipales se discutían en la Secretaría de Obras Públicas por parte del secretario de turno y con la gerencia de proyectos para efectos de acueducto y alcantarillado. Además, la gerencia de la empresa operadora del acueducto y alcantarillado intervenía en este proceso planeando sus necesidades. De esta suerte, dijo, en la Secretaría de Obras Públicas se surtía el trámite de todo el proceso contractual, para, finalmente, después de la revisión jurídica, someterlo a la firma del Gobernador, sin que para dicho efecto hubiese realizado delegación alguna.

Señaló que *“el trámite surtido, como lo anotaba anteriormente, se ventilaba básicamente a través de la Secretaría de Obras y sus distintas dependencias como la Dirección de Agua Potable. Ellos se encargaban de evaluar las necesidades y los proyectos y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal efectuaban los trámites que consideraban pertinentes para la celebración final del contrato. como, por ejemplo, en tratándose de contratación directa, la publicación de los avisos, recepción de ofertas, análisis, y, finalmente, selección del oferente”*.

²¹² Fls. 203 cno. 1 Fiscalía.

Agregó que *“revisando el expediente, encuentro, por ejemplo, para una mayor ilustración, un oficio visible a folios 298 del cuaderno de anexos No. 1, en donde un Profesional de la Secretaría de obras se dirige al Secretario de Obras Públicas y Vías Departamental, en donde le remite las ofertas presentadas por determinados proponentes con sus respectivas evaluación y orden de elegibilidad”*.

Indicó, de otra parte, que los documentos que acompañaban a la minuta de los contratos que se le presentaban para la firma, eran sobre todo el de la disponibilidad presupuestal y el acta de selección del contratista, y que recuerde había un visto bueno de la oficina jurídica, que básicamente estaba en la minuta, sin que realizara verificación adicional, ni refiriera el adelantamiento de actividad alguna de verificación, seguimiento o control a las actuaciones de los funcionarios de la secretaría de Obras Públicas encargados del trámite contractual.

Asimismo, en la ampliación de indagatoria²¹³ indicó que el trámite precontractual, contractual, de ejecución y liquidación adelantado para la construcción de las redes de distribución de Acueducto y Alcantarillado de diferentes barrios de Maicao en desarrollo del Plan Maestro, fue de contratación directa, liderado por la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, con sus profesionales, quienes seleccionaban los proyectos y les cursaban invitaciones a los contratistas o se fijaba un aviso de invitación a contratar.

Agregó que la Secretaría de Obras evaluaba las propuestas, escogía al contratista y ordenaba elaborar la

²¹³ Fls. 168 y ss. cno. 3 Fiscalía.

minuta correspondiente por parte de la Secretaría Jurídica o la oficina de contratación del departamento. La ejecución del contrato la hacía el contratista y la interventoría en algunos casos estaba a cargo del doctor Góngora, aunque para dicho efecto en la mayoría de los casos estaba contratada la firma Estudios Técnicos Limitada. Que recuerde, los contratos se ejecutaron sin traumatismo alguno y después se procedió a su liquidación.

Sobre la razón que se tuvo para no haber adelantado licitación pública para la construcción de las redes de distribución de acueducto y alcantarillado de diferentes barrios de Maicao en desarrollo del Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado de ese municipio, atendidas las cuantías y las obras que se iban a adelantar, así como los objetos de esos contratos, señaló que por entonces no existía claridad sobre el tema, al punto de llegar a pensar que las cosas se estaban haciendo bien, pues se hablaba era de proyectos a desarrollar que iba entregando el operador del sistema, que era una empresa de la cual no recuerda su nombre pero cuyo gerente era el doctor LUIS FERNANDO OSORIO, quien les iba entregando los proyectos que se inscribían en el banco de proyectos y con los cuales se iba procediendo a la contratación, en unos casos de acueducto y en otros de alcantarillado; en unos eventos de construcción de tendido nuevo de tubería y en otros de reposición de tubería; teniendo en cuenta que se trataba de distintos barrios, por lo cual se estimó no estar incurriendo en ningún tipo de irregularidad en la contratación.

Precisó que los estudios previos en la elaboración del proyecto, tales como de factibilidad, requisitos técnicos,

diseños, gestión predial e impacto ambiental, eran elaborados por el operador del sistema cuyo gerente era LUIS FERNANDO OSORIO y se trataba de una empresa contratada en el año 2000, cree que como consecuencia del convenio celebrado ente el Ministerio de Vivienda, el departamento y el Municipio, de suerte que cuando asumió la Gobernación ya se encontró con dicha empresa.

Frente a la pregunta sobre las labores que realizó como gobernador del departamento de La Guajira para verificar el cumplimiento de los requisitos legales señalados en el estatuto de contratación previsto en la Ley 80 de 1993, indicó que cuando se es Gobernador de Departamento y se tiene el deber de atender tantos problemas de orden público, social y económico, así como de salud y educación, incluyendo el número de viajes oficiales a la Capital de la República, no se puede estar pendiente de hacer un análisis legal de cada caso pues para eso cuenta con un grupo de asesores que son los que al detalle deben estudiar cada uno de dichos temas.

Así resulta manifiesto, que el propio Gobernador reconoce no haber adelantado ninguna labor de verificación del cumplimiento de los requisitos legales esenciales por parte de los funcionarios encargados de tramitar los contratos materia de investigación y juzgamiento, de modo que tampoco puede ahora reclamar en su favor la absolución de los cargos que le fueron formulados previo reconocimiento de la aplicación del principio de confianza, el cual, como ha sido visto, resulta ostensiblemente improcedente.

Asimismo, si bien adujo haber contratado los servicios de la abogada Guadalupe Esther Cañas Murgas para que verificara la legalidad del trámite contractual que por vía directa adelantaba la Gobernación, no puede dejarse de considerar que dicha contratación constituyó apenas una mampara para dar apariencia de legalidad a un trámite contractual viciado desde su génesis misma, y que la propia profesional ²¹⁴ indicó que la asesoría la brindaba directamente a la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, correspondiéndole hacer las invitaciones públicas y privadas, por cuanto la selección la hacía cada comité, para posteriormente elaborar la minuta del respectivo contrato; que la decisión sobre cómo se iba a hacer la contratación no era solamente de ella, toda vez que el Municipio, el Departamento y el Ministerio también tuvieron que haber tomado la decisión de cómo se iba a hacer la contratación, es decir, había otras personas interviniendo en el proceso.

Agregó que a la oficina de contratación nunca vio que acudiera el Gobernador Deluque Freyle, pues siempre se interactuaba con el Secretario de Obras y con los subdirectores que allí se encontraran, uno para agua potable y otro para alcantarillado, para elaborar lo que eran los términos de referencia y adelantar la parte contractual, de tal suerte que el Gobernador sólo intervenía cuando se le llevaba la minuta del contrato para su firma, pero nunca le manifestó un particular interés por algún contrato, por lo cual respecto de ella, se observa que ninguna labor de vigilancia o control realizó el gobernador Deluque Freyle, distinta de la sola constatación que la minuta del contrato contara con su visto bueno.

²¹⁴ Fls. 153 y ss. cno. 3 Corte.

Aún el propio Secretario de Obras Alejandro Magno Builes Suárez²¹⁵, indicó que el proceso de contratación incluía tres fases a cargo de distintos comités, que eran el técnico, el jurídico y el económico, pues el tema jurídico lo manejaba la abogada, el técnico uno de los funcionarios de la Secretaría de Obras, y el económico también en la Secretaría, *“en ese equipo institucional era donde se manejaban las propuestas de esa contratación y con esas se hacía un acta donde se rendía un informe al Gobernador para que tomara la decisión del caso como ordenador del gasto”*.

Anotó que el Gobernador Hernando Freyle tenía el control directo frente a las diferentes etapas de la contratación estatal, ya que cuando la Secretaría de Obras Públicas le pasaba el acta de evaluación de las propuestas para que él tomara las decisiones pertinentes de acuerdo a esas ofertas presentadas, pues *“él era el ordenador del gasto y era quien debía tomar esa decisión y los contratos los firmaba el señor Gobernador de acuerdo a la base que ya se había tomado como decisión de las ofertas presentadas”*.

Aclaró que los funcionarios de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento hacían todo el proceso con fundamento en las previsiones de la Ley 80 de 1993, ***“a cada quien se le encomendaba una función, la asumía como tal y entregaba sus respuestas, y se le entregaba un acta de evaluación al final al Gobernador para que tomara la decisión respectiva, en esa acta de evaluación se suministraban unos porcentajes, unas calificaciones y se decía quién quedaba en primer, segundo y tercer lugar de esas propuestas ya presentadas, el acta del comité sugería quién contratar, no éramos ordenadores del gasto era una decisión que él tomaba de acuerdo a esos parámetros técnico jurídicos y financieros”***.

²¹⁵ Fls. 44 y ss. cno. 3 Corte.

Con esta declaración, se patentiza aún más, la improcedencia de aplicar en este caso el reconocimiento del principio de confianza, a favor del procesado DELUQUE FREYLE, pues está visto que ninguna labor de vigilancia y control distinta de la sola revisión formal de la documentación allegada, adelantó en orden a verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales en el trámite contractual, que le permitiera celebrar los negocios jurídicos sometidos a su consideración, bajo el supuesto fundado de haber sido tramitados con irrestricto apego a la ley de contratación.

De otro lado, ninguna discusión admite que el delito atribuido a los acusados es de naturaleza esencialmente dolosa, que no admite la modalidad culposa.

A este respecto, cabe traer a colación el pronunciamiento de la Sala de Casación Penal²¹⁶, en el sentido que *“el elemento subjetivo del tipo dispuesto en el artículo 410 del Código Penal, resulta del simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación administrativa, pues, el objeto de protección es el principio de legalidad en la contratación estatal. De ahí que, cuando se desconozcan principios como el de selección objetiva, eludiendo el procedimiento preestablecido para privilegiar a unos contratistas en detrimento de otros, el beneficio de aquellos surge de la adjudicación de un contrato tramitado irregular e ilícitamente²¹⁷ y se estructura objetivamente el tipo penal aún en el evento de que el resultado favorezca a la administración y genere desventaja para el contratista.”*

Acorde con la prueba testimonial y documental allegada, a la cual se ha hecho amplia referencia en el cuerpo de este pronunciamiento, es claro que el procesado DELUQUE

²¹⁶ Cfr. CSJ, SCP AP241-2017, 25 Ene. 2017, Rad. 48134.

²¹⁷ Auto del 20 de agosto de 2002. Radicado N° 18.029.

FREYLE no sólo conocía los elementos integrantes del tipo objetivo, sino que voluntariamente decidió llevarlo a cabo.

De esta suerte no se explica que pese a tener claro conocimiento de las obligaciones adquiridas por la Gobernación al suscribir el Convenio 050 de 2000 con el Ministerio de Desarrollo Económico y el Municipio de Maicao para aunar esfuerzos financieros en orden a la optimización del sistema de acueducto de dicha ciudad, el Gobernador DELUQUE FREYLE no hizo evidente intención alguna de darle cabal cumplimiento.

Dejó de lado los precisos términos del acuerdo, en donde se establecían no solamente las cuantías con las cuales habrían de contribuir a la ejecución de la propuesta de mejorar los sistemas de acueducto y alcantarillado de Maicao, sino las obligaciones adquiridas por cada uno de los entes territoriales, entre las cuales se hallaba la necesidad de llevar a cabo los procesos contractuales respetando los principios de transparencia debida y de la selección objetiva de los contratistas a través de la realización de procesos licitatorios previamente aprobados por ese Ministerio, conforme si procedió el Municipio de Maicao con las licitaciones 001, 002 y 003 de que da cuenta la actuación.

Por el contrario, el Gobernador DELUQUE FREYLE, sin mediar acto de delegación, prevalido de su ascendencia sobre el Secretario de Obras Públicas e Infraestructura Alejandro Magno Builes Suárez, el arquitecto Ninoska Scott Ruiz, Director Operativo de Agua Potable y Saneamiento Básico del Plan Maestro de acueducto y Alcantarillado Sanitario de

Maicao, así como sobre la abogada Guadalupe Esther Cañas Murgas, todos ellos de la Secretaría de Obras departamentales a quienes designó en dichos cargos, pretendió desligarse de toda responsabilidad en materia de contratación para atribuirle a sus servidores a quienes había designado en dichos cargos para que con su intervención se pudiera brindar una apariencia de legalidad al trámite contractual sin realmente tenerla.

Al efecto es de recordarse que en la diligencia de indagatoria²¹⁸ dijo que en la Secretaría de Obras Públicas se surtía el trámite de todo el proceso contractual, para, finalmente, después de la revisión jurídica, someterlo a la firma del Gobernador, sin que para dicho efecto hubiese realizado delegación alguna y agregó:

“...el trámite surtido, como lo anotaba anteriormente, se ventilaba básicamente a través de la Secretaría de Obras y sus distintas dependencias como la Dirección de Agua Potable. Ellos se encargaban de evaluar las necesidades y los proyectos y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal efectuaban los trámites que consideraban pertinentes para la celebración final del contrato, como, por ejemplo, en tratándose de contratación directa, la publicación de los avisos, recepción de ofertas, análisis, y, finalmente, selección del oferente”.

A esta conclusión arriba la Sala, a partir del análisis conjunto de la evidencia recaudada, que da cuenta cómo mientras por parte del Municipio de Maicao sí se pudieron adelantar procesos licitatorios tanto para la escogencia del operador de los sistemas de acueducto y alcantarillado como para la construcción de las redes de conducción y distribución, esto mismo no se hizo por parte de la Gobernación de La

²¹⁸ Fls. 203 cno. 1 Fiscalía.

Guajira pese a existir una evidente unidad de objeto material de la contratación, atendiendo la magnitud de las obras a realizar y su costo.

Asimismo, no de otra manera puede entenderse cómo incluso el Ingeniero Manuel Leopoldo Góngora Sierra, a quien contrató a finales del año 2001 no sólo para realizar la interventoría a las obras de optimización y ampliación del acueducto de Maicao y la gerencia del proyecto Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado, después de que la mayoría de las obras habían sido contratadas por la vía directa, lo cual, no deja de ser llamativo por evidenciar precisamente la falta de planeación en dicho proceso; puso de presente la necesidad de coordinación de las redes de acueducto y alcantarillado, siendo precisamente por ello que el operador del sistema contratado por el municipio de Maicao a través de la licitación pública 003 de 2000, Aguas de la Península, se comprometió a administrar los dos sistemas, cuestión que el procesado DELUQUE se empeña en desconocer para afirmar que se trataba de objetos contractuales distintos que posibilitaban adelantar al tiempo múltiples contrataciones, en postura obviamente secundada por la jefe de la Oficina Jurídica de la Secretaria de Obras, el Secretario de Obras, el jefe de agua potable y saneamiento básico y, como es apenas obvio, por todos y cada uno de los contratistas que fueron beneficiados con los contratos a ellos adjudicados, quienes al unísono, trataron de convencer tanto a la Fiscalía como a la Corte, sin lograrlo, que los contratos celebrados por el Gobernador DELUQUE FREYLE en el año 2001 en desarrollo del Convenio 005 de 2000, cumplieron la totalidad de los requisitos legales esenciales que podían adelantarse por la vía de la contratación

directa, que respetaron los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, y cuyas obras no solamente fueron cabalmente ejecutadas sino que fueron puestas al servicio de la comunidad, nada de lo cual, como ha sido visto, es enteramente cierto.

Al efecto debe ponerse de presente cómo ninguno de los procesos contractuales adelantados por el Gobernador DELUQUE FREYLE, se halla acompañado de algún estudio técnico, económico y financiero que le sirva de respaldo o justificación.

En todos brilla por su ausencia la existencia de estudios de precios representativos del mercado que permitiera identificar el valor probable de las obras contratadas a efectos de justificar la expedición de los certificados de disponibilidad presupuestal.

No existe un documento soporte de la contratación del cual pueda inferirse la denominación de Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado, el que no podía existir pues de acuerdo con la declaración del presidente de la Compañía Operadora Aguas de la Península, Ingeniero Luis Fernando Osorio, sólo comenzó a diseñarse a finales de 2003 por la empresa Acuadatos de Bogotá contratada para dicho efecto, para comenzar la formulación del proyecto a comienzos de 2004.

A este respecto la Sala no puede dejar de precisar, que la propuesta defensiva contenida en los alegatos de conclusión, fundada en que en los todos los contratos celebrados por el

procesado HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE se cumplió la totalidad de los requisitos establecidos en las disposiciones legales vigentes para la época, carece de en un todo de fundamento, pues si bien el Decreto 2770 del 30 de septiembre de 2002, sólo empezó a regir el 1º de enero de 2003, y que el presupuesto de estudios previos tan sólo se definió a través del Decreto 2474 del 7 de julio de 2008, no puede olvidarse que el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 estableció desde un comienzo el principio de economía, como norma rectora de la contratación estatal, y que en su ordinal 12 previó que con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección de los contratistas o de la firma del contrato, según el caso, se deberían elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, así como los pliegos de condiciones o términos de referencia; sin perder de vista que el ordinal 7º ejusdem, estableció que la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se deberían analizar o impartir con la debida antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, nada de lo cual se cumplió en este caso.

Ahora, si el compromiso del Departamento de La Guajira al suscribir el Convenio 050 de 2000 era brindar apoyo financiero al proyecto de optimización de los sistemas de acueducto y alcantarillado del municipio de Maicao y no suplir a éste en la asunción de una responsabilidad contractual para la construcción de unas obras que no le competía, no cabe duda que las excusas ofrecidas sobre las limitaciones financieras en razón de los giros de las regalías por concepto de la explotación minera, así como las objeciones presentadas al concepto del investigador sobre la existencia de

disponibilidad recursos en el presupuesto para la contratación por la vía de la licitación pública, resultan infundadas, pues ya está visto que la finalidad en la actuación del acusado no era en manera alguna la de prestar su contribución a la solución de un problema de saneamiento básico que aquejaba a los pobladores del aludido municipio, de ahí que a la Sala tampoco le resulte necesario hacer precisiones adicionales sobre dicho particular aspecto.

De esta suerte el argumento de existir limitaciones técnicas, presupuestales y de tesorería para haber fraccionado el objeto contractual disminuyendo sus cuantías y permitir el adelantamiento de la contratación por la vía directa y no por la de la licitación pública, no resulta comprobado en la actuación y antes por el contrario se ofrece ampliamente desvirtuado.

Ciertamente, no puede olvidarse que a la empresa Estudios Técnicos y Construcciones Ltda. se le adjudicaron los contratos 143 y 431 por valores que sumaron \$333.000.000.00 sin ninguna justificación legalmente atendible.

La Sala observa que asiste razón a la defensa cuando cuestiona la postura de la Fiscalía expuesta en el sentido que la sumatoria de los dos rubros incluidos en el presupuesto departamental del año 2001 y referidos a los temas de acueducto y alcantarillado, le permitían al departamento contar con recursos suficientes para adelantar un proceso licitatorio en el municipio de Maicao atendiendo la unidad contractual del objeto.

Esto en razón a que ciertamente, como se alude por la defensa, una cosa es asignar un rubro exclusivamente para atender las obligaciones derivadas del convenio 050 de 2000 en orden a apoyar financieramente la optimización de los sistemas de acueducto y alcantarillado del municipio de Maicao (01-3-61-20), y otra asignar una partida presupuestal distinta para atender las necesidades de la misma índole pero en las demás zonas rurales y urbanas del departamento (01-3-64-20), no necesariamente Maicao, que ya contaba con financiación propia del departamento y de la Nación para dicho propósito.

Pese a lo anterior, la Sala no puede desconocer que la realidad probatoria indica que, tanto física, como técnica, contractual y presupuestalmente, en el proyecto de optimización del sistema de acueducto y alcantarillado de Maicao, había unidad material de objeto que ameritaba la realización de licitación pública atendiendo la magnitud de la obra y la cuantía de la misma, y no la celebración de múltiples contratos como finalmente fue lo que se hizo por parte del acusado y que a la postre no solucionaron el problema de saneamiento básico que se pretendía intervenir, pues de ello da cuenta la inspección realizada por la Procuraduría Delegada a las obras realizadas.

En cualquier caso el liderazgo del Gobernador DELUQUE FREYLE en el referido proceso, aparece puesto de presente por el Secretario de Obras Alejandro Magno Builes Suárez, al indicar que era el Gobernador quien no solamente iniciaba el proceso mediante la solicitud del certificado de disponibilidad presupuestal sino quien lo culminaba mediante la suscripción del referido contrato, y que en últimas tomaba la decisión no

solamente de elegir la forma de contratación sino de adjudicar el contrato y por ende, en condición de ordenador del gasto departamental comprometer los recursos oficiales.

Si bien la Sala no puede pasar inadvertido la incorrección en que incurre la Fiscalía al afirmar con apoyo en el informe PJ 41300-810294, de 23 de septiembre de 2013, suscrito por el investigador Víctor Malaver Peña, que el certificado de Cámara de Comercio allegado al contrato celebrado por la firma ARING Ltda. es falso, en cuanto sólo aparece inscrita en el Registro Único de Proponentes a partir del año 2002 y no de 2000, cuestión que le permitió acceder al contrato adjudicado; por cuanto, una cosa es la Cámara de Comercio de La Guajira que expidió la constancia y otra la Cámara de Comercio de Riohacha que certificó no solamente la experiencia en la realización de obras de acueducto y alcantarillado sino el año de inscripción, coincidente con el allegado al trámite contractual.

Tampoco resulta preciso sostener que la administración Departamental de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE celebró dos contratos con un mismo objeto (436 y 437), con fundamento en que ambos se refieren a la construcción de obras de distribución de acueducto de Maícao en los barrios El Carmen y Pastrana pero que fueron adjudicados a contratistas distintos; pues si bien ello es formalmente cierto, en cuanto las cláusulas segundas de las respectivas minutas tienen idéntico texto, sobre lo cual ninguna explicación atinaron a brindar el procesado, los contratistas y la abogada encargada de la elaboración de la minuta, cierto es que a criterio de la Sala ello obedeció a un lamentable error de transcripción, tal vez

derivado de la utilización de plantillas en el proceso de escritura, pues es claro que tanto el título como los demás documentos acompañantes del contrato 436, aluden al Barrio San Martín y no a los demás allí mencionados.

Estos desaciertos de la Fiscalía, sin embargo, no logran demeritar el sesudo análisis probatorio realizado en la resolución de acusación, en la que se puso de presente el cúmulo de irregularidades que dieron lugar a afirmar la transgresión de los principios que rigen la contratación estatal, como el caso de los contratos que pese a haber sido celebrados por el Municipio de Maicao, también aparecían suscritos por el Gobernador.

Tal situación aconteció con los contratos números 026, 027, 036, 030, 031 celebrados por el municipio de Maicao de que da cuenta el acta número 4 levantada con ocasión del contrato de consultoría 431 de 2001, coincidentes en su objeto con los celebrados por el departamento, e identificados con los números 439, 004, 045 y 365.

De igual modo, mientras el municipio celebró los contratos 026, 027, 030 y 031 de acueducto para los barrios Boscán, Paraíso, Laureles, Santa Isabel y San Antonio: el departamento suscribió los contratos 044, y 236 con el mismo objeto.

Asimismo, en cuanto a redes de alcantarillado para los barrios Boscán, Los Olivos y El Paraíso, el municipio celebró los contratos 030 y 032, el departamento autorizó los contratos 240 y 435 con ese mismo objeto.

Todo lo cual pone de presente la transgresión a los principios de transparencia, planeación y selección objetiva.

Pese a las reiteradas manifestaciones del procesado HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, en el sentido de haber adelantado el procedimiento contractual con sujeción estricta a la ley de contratación, pues además las fases precontractuales fueron llevadas a cabo en la secretaría de Obras y la oficina jurídica quienes certificaron la legalidad del trámite; dichas explicaciones resultan incapaces de conmovér siquiera la contundente prueba de carácter documental y testimonial a que se ha hecho referencia.

En conclusión, la prueba testimonial, documental y pericial a que se ha hecho alusión, demuestra en grado de certeza que el procesado HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, de manera consciente y voluntaria no sólo tramitó, sino que celebró los contratos 004, 044, 045, 117, 143, 211, 238, 236, 430, 431, 432, 433, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 486, 240, 241, 361, 365 y 427 (los 5 últimos, suscritos por los Secretarios que lo reemplazaron en encargo de funciones, pero cuyo trámite irregular había sido autorizado desde un comienzo por el Gobernador Deluque Freyle dado el interés particular de adelantarse las obras por el sistema de contratación directa y no de licitación pública y el poder de dirección y control ejercido como máxima autoridad departamental, conforme se indicó en la acusación) con transgresión de los requisitos legales esenciales. Es decir, sabía que con su proceder se apartaba de los principios y normas que rigen la contratación administrativa.

En este sentido es de precisarse que en relación con los contratos celebrados o adicionados por ÁLVARO GNECCO RODRÍGUEZ y RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA, como quiera que aludían también al macro proyecto de construcción de redes de acueducto y alcantarillado del municipio de Maicao en el marco del Convenio 050 de 2000 suscrito entre la Nación, el departamento de La Guajira y el Municipio de Maicao, el gobernador titular HERNANDO DELUQUE FREYLE en condición de ordenador del gasto público departamental tenía igualmente por deber coordinar, dirigir, vigilar y controlar los procesos contractuales que se adelantaran a su amparo, obligación que en este caso deliberadamente dejó de realizar, siendo por tanto igualmente penalmente responsable por dichas actuaciones, pues, conforme ha sido visto, dada la unidad de acción, la finalidad perseguida no era en manera alguna adelantar proceso licitatorio sino la realización de múltiples contratos ostensiblemente ilegales por la vía de la contratación directa previo fraccionamiento del objeto contractual, en menoscabo de la satisfacción de los intereses de la comunidad que estaba llamado a proteger y sin embargo dejó de lado realizar.

De esta suerte, se encuentra acreditado que el procesado incurrió en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en calidad de autor, de conformidad con las previsiones de los artículos 29 y 410 del Código Penal de 2000.

6.- De la antijuridicidad.

Sin perjuicio de reconocer, siguiendo la jurisprudencia²¹⁹, que de acuerdo con *“la categoría dogmática de la antijuridicidad, la conducta no sólo debe contrariar el ordenamiento jurídico considerado en su integridad (antijuridicidad formal), sino que además, debe lesionar o poner efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico protegido por la ley (antijuridicidad material), de manera que no todo daño o peligro comporta un delito, pero sí, todo delito supone necesariamente como condición insustituible la presencia de un daño real o por lo menos, de un peligro efectivo para el interés objeto de protección jurídica”*, en este caso es de precisarse que la conducta endilgada al procesado con unidad de acción, además de típica, resulta antijurídica, debido a que con su realización sin existir causal alguna que llegase a justificarla, lesionó efectivamente y de manera grave el bien jurídico de la administración pública, al haber irrespetado su investidura de Gobernador Departamental para eludir la ley de contratación que le obligaba comportarse en dicha materia de manera transparente celebrando licitación pública en lugar de múltiples contratos plagados de irregularidades, y buscar tan sólo el interés general, y no el beneficio personal o de particulares.

En este sentido cabe recordar, por ende, reiterar, la postura de la Sala²²⁰, en el sentido que:

“Respecto a los delitos que atentan contra la administración pública, la Sala de Casación Penal de esta Corporación tiene dicho que ese bien jurídico protege tanto la función, que corresponde a lo que puede denominarse expresión dinámica del interés jurídico, como los bienes de la

²¹⁹ Cfr. CSJ, SCP SP 5356 2018, 04 Dic, 2019, Rad. 50525.

²²⁰ Cfr. CSJ, SEP 083-2022, 29 JUN, 2022, Rad. 47253.

administración, la concepción estática del mismo²¹, por tanto la elevación a los delitos contenidos en el título dedicado al mismo tiene una doble connotación: i) apunta al correcto ejercicio de la función pública, entendida ésta como la actividad funcional del Estado, de los entes territoriales y demás entidades públicas de todo orden, que actúan conjunta y coordinadamente en el cumplimiento de los fines estatales, como garantía de que la prestación del servicio público responda siempre al interés general y conforme a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política; y ii) propende por la protección de los bienes patrimoniales del Estado, esto es, aquellos destinados para el desarrollo de esos mismos fines”.

7.- De la culpabilidad

Acorde con la objetividad que la actuación ofrece, en ningún momento se ha dado en sugerir siquiera que al realizar todas y cada uno de los comportamientos atribuidos en la acusación, y que la Sala afirma haber realizado con unidad de acción finalísticamente dirigida a lesionar el bien jurídico administración pública, HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE no se encontrara en pleno uso de sus facultades y capacidades cognitivas, por lo cual la decisión que se impone es tenerlo procesalmente como una persona jurídicamente imputable.

Adicional a ello, se evidenció que pese a conocer que con los actos de contratación llevados a cabo, realizaba la integridad del supuesto fáctico del tipo penal atribuido y su antijuridicidad, sin que en su favor concurriera alguna de las causales de ausencia de responsabilidad previstas en el artículo 32 del Código Penal, el Ex Gobernador DELUQUE FREYLE voluntariamente decidió proceder antijurídicamente

²¹ CSJ SP, 26 jun. 2019, rad. 47475.

para ubicarse en el campo de la criminalidad, y lesionar sin justa causa el bien jurídico de la administración pública.

Acreditados los requisitos contenidos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 y acogiendo la solicitud de la Fiscalía y el Ministerio Público, la Sala declarará a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE responsable penalmente como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales ejecutado en unidad de acción y no mediante pluralidad delictiva como le fue atribuido por la Fiscalía, acorde con lo previsto en los artículos 29 y 410 de la Ley 599 de 2000.

8.- Conclusiones sobre el concurso de delitos atribuido al ex gobernador Deluque Freyle.

Con el análisis que viene de realizar la Sala, es de concluir que con la prueba válidamente recaudada en las fases de instrucción y juzgamiento, los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentaron la resolución de acusación proferida por la Fiscalía Doce Delegada ante la Corte, no resultaron demeritados por la actividad probatoria realizada en la fase de juzgamiento, y antes por el contrario fueron fortalecidos como tinosamente es puesto en parte de presente por el Agente del Ministerio Público, logrando de tal modo desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al entonces Gobernador del departamento de La Guajira HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, pues de la misma surge el grado de certeza requerido para proferir fallo de condena en su contra por la realización del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales realizado con unidad de acción y no de concurso delictivo frente a los varios contratos por cuya

celebración en su contra se profirió resolución de acusación, toda vez que los comportamientos llevados a cabo, y por cuya realización fue vinculado mediante indagatoria sin afectarlo con medida de aseguramiento y en su contra se profirió resolución de acusación, resulta típicamente antijurídica y culpable, haciéndolo por tanto, merecedor a que respecto suyo se apliquen las correspondientes consecuencias jurídicas normativamente previstas.

9.- Determinación de las consecuencias jurídicas de las conductas punibles

Siendo la conducta ejecutada por el acusado típica, antijurídica y culpable se prevé como consecuencia una sanción punitiva, la que se establecerá conforme los criterios de dosificación fijados por el legislador.

10.- Individualización de las penas

10.1.- Prisión, inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa

A la Sala le compete individualizar la pena a imponer de conformidad con los baremos previstos en los artículos 60 y 61 del C.P., teniendo en cuenta que se trata de una sola conducta delictiva y no varias como le fuera atribuido en la acusación.

10.1.1.- En cuanto al delito de **contrato sin cumplimiento de requisitos legales** (artículo 410 CP), sin la modificación introducida por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, tiene como sanción entre 48 y de 144 meses de prisión,

de tal suerte que el ámbito de punitivo de movilidad general es de 96 meses, que al dividirlo en cuatro nos da una movilidad concreta para cada cuarto de 24 meses de prisión²²².

De acuerdo con señalado en los artículos 60 y 61 del código penal, los cuartos en los que se ha de tasar la pena son:

Mínimo: entre 48 a 72 meses de prisión.

Primer medio: de 72 meses y 1 día y 96 meses de prisión

Segundo medio: de 96 meses y un día a 120 meses de prisión;

Máximo: de 120 meses y 1 día a 144 meses de prisión.

Sigue ahora ubicar el cuarto de movilidad en que ha de establecerse la pena a imponer atendiendo los criterios previstos en el inciso segundo del artículo 61 del Código Penal que, para el caso, teniendo en cuenta que obran circunstancias de mayor y menor punibilidad, la movilidad debe ubicarse en los cuartos medios.

La selección del cuarto medio no es una actuación discrecional, como sí sucede cuando el juez decide si aplica o no el mínimo punitivo, pues en este caso su intervención se limita a verificar si en la acusación se incluyeron circunstancias de menor y mayor punibilidad, para luego seleccionar el cuarto correspondiente.

²²² $(144-48=96) (96/4= 24)$

Solo así podría explicarse que el legislador al determinar los límites legales de punición una vez fijadas las sanciones mínima y máxima, hable de cuartos medios y no de un cuarto intermedio, precisamente buscando que por criterios objetivos se determine cuál de esos cuartos medios es el que corresponde al caso concreto. De lo contrario, es el simple arbitrio del juzgador el que de manera indiscriminada le permite moverse en el cuarto intermedio y ninguna razón advertiría entonces la necesidad de separarlo a su vez en dos baremos diferentes²²³.

En este mismo sentido, siguiendo con el criterio del legislador y la finalidad que animó la necesidad de determinar objetivamente los cuartos de movilidad punitiva, no puede pasarse por alto cómo para efectos de adscribir la pena en el escenario del cuarto mínimo, claramente se remite a la existencia de únicamente circunstancias de menor punibilidad; y respecto del cuarto máximo, señala como parámetro el que solo se materialicen circunstancias de mayor punibilidad; de lo que se sigue que la definición de cuál de los cuartos medios ha de aplicarse a un caso concreto surge necesariamente del criterio referido a la combinación cuantitativa y cualitativa de circunstancias de mayor y menor punibilidad²²⁴.

Últimamente, la Corte²²⁵ ha tomado en cuenta como criterio de selección de uno de los dos cuartos medios aplicables,

²²³ CSJ. SP6699-2014, radicado 43524 de 28 de mayo de 2014.

²²⁴ CSJ. *Ibidem*.

²²⁵ Cf. CSJ. SP338-2019, radicado 47675 de 13 de febrero de 2019: “*Se deberán escoger los cuartos medios (segundo cuarto de punibilidad - SCP- o tercer cuarto de punibilidad - TCP) cuando concurren simultáneamente circunstancias genéricas de punibilidad del artículo 55 y 58 del C.P. (el número, la naturaleza y gravedad de las mismas determinará si se aplica el segundo -SCP- o el tercer cuarto de punibilidad -TCP-)*”.

no solamente a la cantidad de circunstancias de mayor o menor punibilidad, sino además su naturaleza y gravedad.

En ese orden de ideas, si en el presente caso se reconocen una circunstancia de menor punibilidad y una de mayor, ello en principio no sería suficiente para justificar el cuarto medio a seleccionar para su aplicación, por lo que, además, la Sala para este fin tomará en cuenta también su naturaleza y gravedad.

En este caso, comoquiera que ambas circunstancias tienen el mismo peso en cuanto que el delito imputado es inherente a la condición de ordenador del gasto que el gobernador ostenta, la Sala se ubicará en el primer cuarto medio dado que en la resolución de acusación se imputó fáctica y jurídicamente la circunstancia de mayor punibilidad del numeral noveno del artículo 58 del código penal, relacionada con *“La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio”*; y atendiendo la carencia de antecedentes penales del acusado, que se constituye en circunstancia de menor punibilidad de que trata el artículo 55.1 de la ley 599 de 2000.

Sobre este último aspecto es de señalar que si bien la Dirección de Investigación Criminal e Interpol de la Policía Nacional²²⁶, informó que respecto de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE la Sala de Casación Penal de la Corte mediante oficio 16075 comunica sentencia condenatoria proferida el 25 de mayo de 2016, por el concurso de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, el cabal entendimiento dado por esa misma

²²⁶ Fl. 99 cno. Original No. 2 Corte

Corporación a la circunstancia genérica de menor punibilidad prevista en el artículo 55.1 del Código Penal, en relación con la carencia de antecedentes penales, da lugar a dicho reconocimiento en el presente caso, en tanto y en cuanto la mencionada sentencia fue proferida con posterioridad a los hechos aquí juzgados, lo cuales tuvieron lugar en el año 2001.

En ese sentido es de recordar, que mediante fallo de segunda instancia SP095-2020 proferido el 29 de enero de 2020 dentro del radicado 51795, la Sala de Casación Penal precisó;

“A este respecto, importa destacar que las sentencias en cuestión fueron proferidas el 13 de marzo de 2013, el 27 de noviembre de este mismo año y en el año 2018, acorde con lo que, sobre el particular, consigna el fallo atacado.

Los hechos que diseñan los cargos aceptados en este caso por el acusado, ocurrieron en el año 2006.

Entiende la Sala, respecto de la naturaleza y alcances de la causal de menor punibilidad contemplada en el numeral primero del artículo 55 del C.P., que el mayor reproche surgido de la reiteración en el delito, para fincar en la ausencia de antecedentes la posibilidad de acceder a menor pena en concreto, se soporta en el mecanismo disuasivo que, debe entenderse, ha de representar para una persona el hecho de haber sido objeto de una condena penal, para efectos de que no incurra de nuevo en el delito.

Y si lo hace, se rebajan sus beneficios, o mejor, accede a una mayor pena por la vía de no tomar en cuenta la carencia de antecedentes penales.

Pero, si los varios delitos se ejecutan de forma coetánea, así conduzcan a diferentes sentencias, unas anteriores que otras, la aplicación del reproche en cuestión emerge inane y pierde su necesario efecto disuasivo, simplemente, porque no era conocida la sentencia por el acusado, para el momento en el cual ejecutó la otra conducta.

Por lo demás, emerge un despropósito examinar la cuestión a la luz exclusiva del elemento cronológico -que unos fallos sean anteriores a

otros-, dado que con ello se facultan consecuencias como que, de romperse la unidad del proceso, así se trate de hechos conexos, efectivamente pueda hacerse valer la materialidad de la primera sentencia para eliminar la causal de menor punibilidad en la segunda o posteriores.

Desde luego, no puede ser el mero avatar procedimental –que determinados procesos terminen antes que otros-, el factor por el cual se guía la aplicación o no de la aminorante punitiva.

Es por ello, que la interpretación de lo que el legislador quiso referenciar de cara al mecanismo en examen, necesariamente obliga advertir que el antecedente penal, en cuanto, sentencia ejecutoriada, al cual se alude en la norma, debe haberse proferido con anterioridad a los hechos que signan el proceso en el cual se realiza la dosificación punitiva (se destaca).

Para el caso, acorde con lo anotado, es claro que las sentencias a las cuales se hace relación en el fallo impugnado, fueron proferidas con mucha posterioridad a los hechos que aquí se atribuyen al procesado, razón por la cual aquellas no pueden hacerse valer para estimar no cubierta la causal de atemperación punitiva establecida en el numeral primero del artículo 55 del C.P.”

La gravedad específica de la conducta realizada, atendiendo las particularidades reseñadas, no admite discusión, en cuanto aparece reflejada en el número de actos orientados a la violación de las normas que gobiernan la contratación estatal simulando que el proceso de selección de un significativo número de contratistas fue transparente, cuando en realidad distante estuvo de ser así, toda vez que ha debido celebrarse licitación pública atendiendo la cuantía del objeto contractual materialmente unitario, pero que fue fraccionado para celebrar por la vía de la contratación directa de menor cuantía, múltiples contratos con requisitos menos exigentes que los normativamente restablecidos para la licitación pública.

De manera que a pesar de que el comportamiento juzgado puso de presente el ningún respeto por la institucionalidad, no

hay duda que comportamientos desviados como el que se juzga incrementan el riesgo contra ella, hecho que denota una mayor gravedad del comportamiento, lo cual en el marco de la ecuación entre la intensidad del mismo y la respuesta punitiva conlleva a que la pena no sea la menor del cuarto seleccionado.

El agravio inferido se traduce en un menoscabo evidente a los valores que han de regir el ejercicio de los cargos en la administración pública, que por esencia y definición debe estar inspirado en los principios de la probidad y la transparencia de quienes están llamados a alcanzar los altos y nobles fines del Estado.

Esa conclusión, es viable si se considera que el cúmulo de actuaciones irregulares finalísticamente dirigidas con unidad de acción a eludir los procedimientos contractuales preestablecidos, por su esencia son producto del quehacer voluntario de los funcionarios que intervinieron el trámite previo a la celebración de algo que no podía ignorar DUQUE FREYLE, a quien por su condición de gobernador de departamento se le impone un juicio de exigibilidad mayor que al común de los ciudadanos.

En cuanto hace a la circunstancia alusiva a la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, es de resaltar que su aplicación no comporta violación alguna al principio *non bis in idem*, a tal punto que la Sala de Casación Penal ha definido que la mera calidad de servidor público no conduce obligatoriamente a su existencia (Cfr. CSJ SCP SP 9225-2014, 16 JUL. 2014, Rad. 37462).

No obstante, en este preciso evento, resulta manifiesto que la condición de Gobernador de Departamento que HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE ostentaba, por sí mismo constituye una posición de indiscutible privilegio social que aunada al hecho de contar con un grado de ilustración superior, en cuanto se trata de un abogado egresado de una reconocida universidad de la capital de la república, lo cual pone de presente un grado de ilustración muy superior al promedio del común de los ciudadanos de este país, con lo cual la referida circunstancia de mayor punibilidad se ofrece debidamente acreditada.

En consecuencia, el mínimo del primer cuarto medio (72 meses) se incrementará en tres (3) meses *(que corresponden al 12.5% del ámbito de movilidad (24 meses)²²⁷*), de suerte que la pena para ese ilícito será de setenta y cinco (75) meses de prisión.

Frente a esta conducta, se tiene lo siguiente: (i) es indiscutible la gravedad del daño causado al bien jurídico (administración pública), en tanto al tramitar contrato con transgresión de los requisitos legales esenciales y suscribirlo sin verificar el cumplimiento de los mismos favoreció intereses particulares, constituyendo un acto de corrupción, razón por la cual el dolo en su actuar fue de gran entidad pues siendo gobernador y dada su experiencia en otros cargos públicos sabía cómo debía proceder, lo que amerita mayor reproche dado que la sociedad esperaba un comportamiento de respeto a la normatividad, máxime cuando simuló llevar a cabo un proceso contractual transparente cuando en verdad la

²²⁷ $3 \times 100 / 24 = 12.5\%$.

turbiedad impedía ver que desde un comienzo el contratista estaba seleccionado por presentar una propuesta económica ligeramente menor a la presentada por los otros supuestos contrincantes en la aparente contienda contractual ya se sabía de antemano cuáles bienes habría de suministrar, y su costo, impidiendo la realización de un proceso contractual transparente a través de la licitación pública y no la contratación directa.

Por las razones anteriores, no se partirá del mínimo.

La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas oscila entre 60 y 144 meses; el ámbito de movilidad general es de 84 meses, que al dividirlos en 4 nos da una movilidad concreta de 21 meses; los cuartos: de 60 a 81 meses; de 81 meses más un día a 102 meses; de 102 meses más un día a 123 meses; y, de 123 meses más un día a 144 meses.

Como quiera que para la pena de prisión se aumentó el mínimo del primer cuarto medio en el 12.5% del ámbito de movilidad, si se aplica este mismo porcentaje al ámbito de movilidad concreto de esta pena (21 meses), nos arroja un guarismo de 2,6 meses, que si se suman al mínimo del primer cuarto medio (81 meses y un día) nos arroja una pena de 83,6 meses de inhabilitación, o lo que es lo mismo 83 meses y 18 días.

La multa es 50 a 200 s.m.l.m.v., siendo el ámbito de movilidad general de 150 que al dividirlos en 4 nos da una movilidad concreta para cada cuarto de 37.5 smlmv, en

consecuencia, el primer cuarto va de 50 a 87.5; los medios de 87.5 a 125 y de 125 a 162,5; y el máximo de 165.5 a 200 smlmv.

Aplicado el mismo porcentaje de incremento (12.5%) al ámbito concreto de movilidad de la multa (37.5), y se suma al mínimo del primer cuarto medio (87,5), nos arroja un guarismo de 92,18 smlmv.

Considera la Corte necesario aclarar que se trata de salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de realización de la conducta²²⁸, conforme ha sido indicado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte²²⁹ y por ésta²³⁰, pues además de que así se respeta el principio de legalidad estricta de los delitos y de las penas, se acoge la pretensión del legislador de aplicar instrumentos de política criminal que dieran certeza sobre la clase y monto de este tipo de sanciones.

Es preciso indicar, finalmente, que la pena de multa se deberá consignar a nombre del Consejo Superior de la Judicatura, según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000.

11.- De los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad

²²⁸ El salario mínimo legal vigente para el año 2015 era de \$644.350.00. Los 23.009,4 s.m.l.m.v, equivalen a \$14.826'106.890,00.

²²⁹ CSJ SCP SP 22 Feb. 2012, rad. 303777: "La anterior conclusión encuentra sustento en el principio de legalidad, según el cual la cuantía y naturaleza de las penas debe estar determinada con anterioridad a la realización de la conducta punible; díjase, entonces, que así como el tiempo de la realización del comportamiento típico determina la norma que regula la pena privativa de la libertad aplicable, lo propio acontece con la pena pecuniaria (multa), con la única excepción del principio de favorabilidad, en sus dos aristas de retroactividad y ultraactividad".

²³⁰ CSJ SEP SP-00057-2021, 10 Jun 2021, rad 00026.

11.1.- La suspensión de la ejecución de la pena

Con la expedición de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, por medio de la cual se modificó el artículo 63 del Código Penal, la procedencia de este sustituto penal quedó condicionada a que la pena de prisión no exceda de cuatro (4) años, norma que a pesar de ser benéfica para el procesado, no es aplicable en el presente caso por virtud del principio de favorabilidad en consideración a que si bien es cierto el anterior precepto exigía una pena a imponer que no excediera de tres (3) años; también lo es que el artículo 32 de la nueva norma excluyó la posibilidad de conceder ese tipo de sustituto en los casos de delitos contra la administración pública²³¹.

Conforme a lo anterior, la norma aplicable es el original artículo 63 de la Ley 599 de 2000, y dado el monto de la pena a imponer a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, individualizado anteriormente, resulta evidente que no se cumple con el factor objetivo, razón suficiente para negar el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sin que sea necesario entrar a analizar el factor subjetivo.

11.2.- La prisión domiciliaria del artículo 38 del Código Penal

De acuerdo a la época de la comisión de los hechos (2001) por los cuales se investigó la conducta del ex Gobernador de La Guajira, HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, le resulta

²³¹ CSJ AP1576-201, 2 abr. 2014, rad. 43342; AP4276 240, 30 jul. 2014, rad. 38262; SP124623 2014, 27 oct. 2014, rad. 34282.

aplicable la disposición por entonces vigente, esto es, lo previsto en el artículo 38 original de la Ley 599 de 2000, máxime cuando las posteriores reformas legales al referido instituto restringen su concesión a las personas procesadas y condenadas por delitos contra la Administración Pública, es decir, no le son favorables al aquí procesado.

Acorde entonces con las previsiones de la referida disposición, para la concesión del referido mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, se debe tener en cuenta que:

“1. La sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.

2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: (...).”

Así resulta claro que en el presente asunto concurre el elemento objetivo del numeral primero de la disposición en cita, porque la pena mínima señalada en la ley para el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales descrito en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, es de 4 años de prisión.

En cuanto al requisito de carácter subjetivo, esto es, el examen del desempeño personal, laboral, familiar o social, orientado a establecer si fundada y motivadamente no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, se debe, como lo ha señalado la jurisprudencia, hacer el análisis teniendo en cuenta las funciones de la pena previstas en

el artículo 4° del Código Penal, particularmente las de prevención general y retribución justa, cuya observancia surge imperiosa no solo al momento de la individualización del castigo intramural, sino también en el de su sujeción como tal o, inclusive, bajo la figura de la reclusión domiciliaria.

Al respecto se ha pronunciado esta Colegiatura:

“Exige igualmente la norma que ‘el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena’, conclusiones que no pueden obtenerse sin estudiar los fines de la pena.

El artículo 4° del Código Penal señala que la pena cumplirá funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado y que la prevención especial y la reinserción operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

La Corte interpreta que cuando allí se declara que las funciones de prevención especial y reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión (sea esta domiciliaria o carcelaria) no se excluyen las demás funciones como fundamento de la misma pena, sino que impide que sean la prevención especial y la reinserción criterios incidentes en la determinación o individualización de la pena privativa de la libertad.

Significa lo anterior, que tanto para imponer, como para ejecutar la prisión domiciliaria en sustitución de la prisión carcelaria deben tenerse en cuenta también las funciones de la pena que tienen que ver con la prevención general y la retribución justa²³²”.

Acorde con lo que viene de ser señalado, encuentra la Sala que existe un pronóstico favorable para que HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE cumpla la sanción impuesta al interior de su domicilio, pues con ello es suficiente para que obren las

²³² CSJ SP, 28 nov. 2001, Rad. 18285; SP5765-2015, 13 may. 2015, rad. 43611; AP1208-2015, rad. 41034; SP14985-2017, 20 sept. 2017, Rad. 50366; y, SP4237-2020, 4 nov. Rad. 57763.

funciones de la pena de prevención general y especial, y retribución justa.

En efecto, si bien, la conducta punible por la cual se emite condena es grave, en tanto afectó el bien jurídico de la Administración Pública y fue desarrollada mientras el procesado ostentaba la condición de servidor público, también lo es que fueron cometidas en el año 2001.

Asimismo, pese a que es censurable que DELUQUE FREYLE hubiese defraudado el voto de confianza que le otorgó la comunidad para que ocupara el cargo de Gobernador del Departamento del La Guajira, periodo 2001-2003, con el fin de favorecer intereses de particulares y cometer la conducta punible, como se revela no sólo con la condena ahora impuesta, lo cierto es que de ese comportamiento no puede inferirse el desempeño personal actual del procesado, pues el mismo tuvo lugar hace 21 años y no obra en la foliatura circunstancia que denote la recurrencia en la comisión de hechos punibles.

Aunado a lo anterior, el comportamiento procesal asumido por HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE revela que no eludirá el cumplimiento de la sanción, porque conocedor de las consecuencias a las que se enfrentaba en el presente proceso, oportunamente acudió al llamado de la administración de justicia, siendo escuchado en diligencia de indagatoria, asistiendo las veces que ha sido requerido circunstancias que permiten colegir fundadamente que no se sustracrá al cumplimiento de la pena impuesta por este asunto.

Además, tampoco puede pasarse por alto que DELUQUE FREYELE puso de presente en la indagatoria²³³ su arraigo familiar, esto es, que es casado y padre de cinco hijos, lo que permite determinar que acatará la sanción impuesta, aspecto este último sobre el cual esta Corporación señaló que *“...el juez está llamado a valorar los diferentes nexos que el condenado tiene con un lugar determinado, para así contar con un referente objetivo que le permita suponer fundadamente que aquél no evadirá el cumplimiento de la pena²³⁴”*.

Así las cosas, para la Sala, la prisión domiciliaria es el mecanismo más idóneo para que se cumpla la pena y las funciones que deben obrar en el sentenciado como un reconocimiento a su comportamiento posterior al acto delictivo y, al acogimiento a la ley que ha mostrado en este asunto.

En esas condiciones al cumplirse los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el artículo 38 del Código Penal, es clara la procedencia de la prisión domiciliaria a favor de HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE, la cual, previa la actualización de su lugar de domicilio, la garantizará mediante caución en cuantía equivalente a cinco (5) smlmv y la suscripción de diligencia de compromiso del cumplimiento de las obligaciones a que hace referencia el numeral 3° del citado artículo 38.

Así, una vez la presente sentencia adquiera firmeza se citará al condenado DELUQUE FREYLE para los fines atrás indicados, luego de lo cual se emitirá boleta de detención ante

²³³ Fls. 274 y ss. C.O 1 Fiscalía.

²³⁴ CSJ SP918-2016, 3 feb. 2016. Rad. 46647.

el director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC- para la vigilancia de la pena.

12.- De las consecuencias civiles derivadas del delito

Acorde con lo previsto por el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado el juez, en este caso la Corte, procederá a liquidarlos de acuerdo a lo establecido en la actuación y condenará al responsable. También se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho, si a ello hubiere lugar.

El artículo 170 del mismo Estatuto establece que toda sentencia debe contener los fundamentos jurídicos relacionados con la indemnización de perjuicios, en los eventos en que proceda y la condena en concreto de los que hubieren sido causados.

A este respecto es de recordar que la Sala de Casación Pcnal de esta Corporación, tiene establecido lo siguiente en relación con el aludido tema:

“En orden a lo estatuido por los artículos 94, 95 y 96 del Código Penal y artículos 45 y 46 del Código de Procedimiento Penal, la conducta punible origina en el responsable penalmente y en quienes con arreglo a la ley sustancial estén obligados a responder, el deber legal de reparar los daños materiales y morales causados a las personas naturales o a sus sucesores y a las jurídicas perjudicadas directamente con la conducta punible, quienes tienen la facultad de ejercer la acción indemnizatoria en la actuación penal o por fuera de ella en la jurisdicción civil.

El artículo 21 de la ley 600 de 2000, establece como norma rectora el restablecimiento del derecho, obligando al funcionario judicial a adoptar las medidas necesarias para lograr la cesación de los efectos jurídicos

ocasionados por el delito, que las cosas retornen a su estado original y se indemnicen los perjuicios causados con ella.

La ley penal sustancia consagra dos clases de daños, los materiales y los morales, los primeros se entienden como aquellos que afectan el patrimonio económico del perjudicado y, los segundos, los que inciden en alguna de las esferas de las personas distinta a la patrimonial.

A la luz de la ley civil, los daños materiales están constituidos por daño emergente relativo a las erogaciones económicas hechas por el perjudicado para atender las consecuencias del delito, y el lucro cesante traducido en las ganancias o lo dejado de percibir con motivo de la comisión del injusto típico.

La jurisprudencia y la doctrina han aceptado la existencia de dos especies de daños morales, los objetivados y los subjetivos. Los primeros inciden en la capacidad productiva o laboral de la persona agraviada y por su naturaleza son cuantificables pecuniariamente. Los subjetivos “pretium doloris”, afectan el fuero interno de las personas y que residen en su intimidad manifestándose en la tristeza, el dolor, la congoja, o la aflicción que produce en ellas la pérdida, por ejemplo, de un ser querido, daños que por permanecer en el fuero interno no son cuantificables económicamente, refiriéndose a ellos el artículo 56 del Código Procesal Penal cuando prescribe que en los casos de perjuicios no apreciables pecuniariamente, la indemnización se fijará en la forma prevista en el Código Penal.

Así entonces, se viene admitiendo que las personas naturales y las jurídicas pueden sufrir perjuicios morales objetivados, pero en las últimas siempre que como consecuencia del delito se disminuya considerablemente su capacidad productiva o laboral, o ponga en peligro su existencia.

Como en las personas jurídicas públicas, por ser de creación constitucional o legal la comisión de un delito en su contra no tiene la posibilidad de reducir la prestación del servicio público y menos poner en riesgo su supervivencia, es evidente que no puede concurrir este daño.

Tampoco se producirá en las personas jurídicas los daños subjetivos, porque siendo entes jurídicos carecen de fuero interno para ser lesionado y, por lo tanto, no sienten tristeza, dolor, congoja o aflicción a consecuencia del delito.

De otro lado, la jurisprudencia viene reclamando la comprobación de la existencia real del daño causado directamente por el delito, al igual que las particularidades de certidumbre, actualidad y legitimidad. (CS.J SCP, SP 17 sept. 2008, rad. 20779).”

Sistemáticamente, el artículo 94 del Código Penal dispone que la conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de ella a la víctima o a los ofendidos, como el deber de restituir las cosas al estado en que se encontraban en el momento anterior a la comisión del delito, cuando ello fuere posible²³⁵.

Los daños materiales están integrados por el daño emergente y el lucro cesante.

El primero se refiere a las erogaciones económicas efectuadas por el perjudicado para atender las consecuencias del delito. Dicho en otras palabras, el perjuicio sufrido en la estructura actual del patrimonio lesionado, el cual no puede fundarse sino en el acervo probatorio allegado al proceso.

La Sala de Casación Penal de la Corte ha concebido el daño emergente, como el perjuicio sufrido en el patrimonio económico de la víctima derivado de ponderar el valor de los bienes perdidos o su deterioro respectivo, y las expensas asumidas para superar las consecuencias del suceso lesivo²³⁶.

El segundo (lucro cesante) consiste en las ganancias o lo que deja de percibir el perjudicado a causa de la comisión del delito²³⁷.

En cuanto a los perjuicios morales se han reconocido dos modalidades, los subjetivos y los objetivados. Los primeros

²³⁵ Cfr. *Ibidem*

²³⁶ Cfr. CSJ SP 17 abril de 2013, rad. 40559; reiterado en CSJ SP18532-2017, rad. 43263.

²³⁷ Cfr. *Ibidem*.

lesionan el fuero interno de las víctimas y se traducen en la tristeza, el dolor, la congoja o la aflicción que sienten las personas, y por lo mismo, no son cuantificables económicamente (artículo 56 del Código Penal), y los segundos, repercuten sobre la capacidad productiva o laboral de la persona agravada y, por consiguiente, son cuantificables pecuniariamente²³⁸.

Por regla general las personas jurídicas no sufren perjuicios morales subjetivos por cuanto no pueden experimentar dolor físico o moral, pero ello no obsta para que se puedan reconocer otros de carácter extra patrimonial que derivan, por ejemplo, de la lesión del buen nombre de la entidad, en la medida que aparezcan demostrados en el proceso, los cuales serán resarcibles cuando amenazan concretamente la existencia o mermen significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento o las pongan en franca inferioridad frente a otras de su género o especie.²³⁹

La demostración de los daños para ser liquidados se predica del perjuicio material, quedando el juez con la facultad de fijar los no valorables pecuniariamente, es decir, los morales de carácter subjetivo, cuyo único límite está determinado por la ley a partir de factores relacionados con la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado²⁴⁰.

Además, el daño para ser indemnizable debe ser cierto, directo y actual, cuestiones que en este caso no resultan

²³⁸ Cfr. *Ibidem*.

²³⁹ Cfr. *Ibidem*.

²⁴⁰ Cfr. *Ibidem*.

acreditadas frente al daño moral, por lo cual la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre los mismos, máxime si no obra evidencia alguna que indique que la conducta delictiva materia de investigación y juzgamiento, haya afectado la capacidad productiva o laboral del departamento de La Guajira, o tuviera la virtud de poner en peligro su existencia.

Atendiendo el anterior marco, esta Sala de Juzgamiento, procederá a realizar el análisis pertinente con la finalidad de establecer si en este caso hubo perjuicios con fuente en la conducta punibles juzgada.

Pese a que en el presente evento durante las fases de instrucción y juicio no hubo constitución de parte civil, la Sala, en la audiencia preparatoria oficiosamente ordenó la práctica de prueba pericial con la finalidad de que se estableciera la ocurrencia de perjuicios materiales, con base en los elementos de convicción acopiados en el trámite, y de ser el caso, se procediera a tasarlos de acuerdo con los parámetros legales establecidos para ello.

En cumplimiento de lo anterior la perito designada emitió el correspondiente dictamen²⁴¹, en el que concluyó *“dentro del análisis del expediente del caso no se hallaron en este estudio elementos de prueba con los cuales se pueda establecer que se incurrió en una lesión del patrimonio público en los bienes y/o recursos del Estado.*

Respecto de este dictamen, ninguno de los sujetos procesales solicitó la adición, aclaración o lo objetó por error

²⁴¹ Fls. 81 y cno. Original 2 Sala Especial de Primera Instancia.

grave, por lo cual la Sala, al encontrarlo ajustado a la objetividad que la actuación ofrece, lo acogerá íntegramente.

13.- Costas, expensas y agencias en derecho

No existe discusión alguna que el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, señala que en la sentencia condenatoria *“Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar”*.

Lo primero sea advertir, que ante la gratuidad que rige el proceso penal de conformidad a lo previsto en el artículo 6º de la Ley 270 de 1996, claramente dentro de éste no puede cobrarse arancel alguno en su procedimiento, pero ello por supuesto no implica como lo que dicho principio irradie a aquellos *“gastos que originó el funcionamiento o la puesta en marcha del aparato judicial, debido a la reclamación de una de las partes”*, por ello, reconoce que la mayoría de las legislaciones del mundo contemplan la condena en costas en la medida que estos gastos fueron necesarios para obtener la declaración de un derecho, pues *“se trata ..., de restituir los desembolsos realizados por quienes presentaron una demanda o fueron llamados a juicio y salieron favorecidos del debate procesal.”*

No obstante, el máximo órgano de control constitucional en ejercicio de sus funciones y revisión del texto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, declaró inexecutable la expresión *“que habrán de liquidarse en todos los procesos sin excluir a las entidades públicas”*, pues consideró que era responsabilidad del legislador definir *“en cada proceso, si se amerita o no el cobro de las expensas judiciales, así como*

el determinar, según las formas propias de cada juicio, si se incluye o no a las entidades públicas dentro de la liquidación de agencias en derecho, costas y otras expensas judiciales.”

Para el caso que aquí interesa, entonces la Ley 600 de 2000, contempla como posible la liquidación de costas procesales²⁴², las que se conforman por dos rubros distintos, las expensas y las agencias en derecho, entendidas las primeras como *“los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo”*²⁴³, definición que se acompasa con la reconocida por la Sala de Casación Penal, pues se predica que estas son *“los gastos necesarios realizados por cualquiera de las partes para adelantar el proceso, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos y los curadores, los impuestos de timbre, el valor de las copias, registros, pólizas, gastos de publicaciones”*²⁴⁴.

Y, las segundas, es decir, las agencias en derecho *“no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora”*²⁴⁵, así también descrita por la Alta Corte, pues de ellas indica son *“los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, esto es, el pago de los honorarios de los profesionales del derecho que cada parte debió contratar para adelantar la gestión.”*²⁴⁶

Es importante, precisar que la condena en costas no es el resultado de *“un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o*

²⁴² A diferencia de lo previsto en el artículo 55 del Decreto Ley 2700 de 1991 y lo previsto para la Ley 906 de 2004, donde resulta posible, pero una vez culminado el incidente de reparación integral, acudiendo por vía de integración normativa a lo señalado en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso

²⁴³ Sentencia C-089 de 2002

²⁴⁴ CSJ Radicado 34145 de abril 13 de 2011, reiterada SP440-2018 (49493) de febrero 28 de 2018.

²⁴⁵ Sentencia C-089 de 2002

²⁴⁶ Ídem.

*recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley.** De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”²⁴⁷ (Negrillas fuera de texto)*

En el caso que concita la atención de la Sala, si hubiere lugar a estos -costas por agencias en derecho y expensas-, de conformidad a lo previsto en los artículos 2, 3 y 40 de la Ley 153 de 1887, el camino para adelantar el trámite para reconocerlas y fijarlas será el previsto en el Código General del Proceso, descrito en los artículos 365 y 366, ello por vía de integración tal como lo ordena el artículo 23 de la Ley 600 de 2000.

Corolario de lo anterior, lo propio sería realizar el reconocimiento de tales derechos y luego dar inicio a un trámite incidental que tiene lugar después de la ejecutoria de la sentencia, empero, en el presente asunto, comoquiera que no se presentó demanda de constitución de parte civil, por lo cual no se acreditó haberse incurrido en gasto alguno, en tal virtud la Sala no emitirá condena al pago de expensas ni de agencias en derecho.

Por medio de la Secretaría de la Sala, expídanse las copias de que tratan los artículos 469 y 472 del Código de Procedimiento Penal, aplicado.

²⁴⁷ Sentencia C-157 de 2013

Finalmente, ordenará declarar que la ejecución de las penas aquí impuestas le corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad del lugar de la prisión domiciliaria.

14.- Cuestiones finales

14.1.- Es de advertir, de otra parte, que el artículo 191 de la Ley 600 de 2000 establece que el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia.

Igualmente, el inciso tercero del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2018, por el cual se adiciona el artículo 186 de la Constitución Política, establece que contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia procede el recurso de apelación, cuya definición corresponde resolver a la Sala de Casación Penal.

En perfecta armonía con lo anterior, el artículo 3º del Acto Legislativo No. 01 de 2018, modificadorio del artículo 235 de la Constitución Política, estipuló como una de las funciones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la de resolver los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia.

En este orden de ideas, contra esta determinación procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo²⁴⁸.

14.2.- Finalmente, se ordena declarar que la vigilancia de la ejecución de las penas aquí impuestas corresponde al juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad donde se determine purgará la pena el procesado.

Por lo expuesto, **LA SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR a **HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE**, de condiciones civiles y personales referidas en este fallo, en condición de Gobernador del Departamento de La Guajira, autor penalmente responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por cuya realización en su contra la Fiscalía Docc Delegada ante la Corte Suprema de Justicia profirió resolución de acusación en el presente asunto.

En consecuencia, se dispone **CONDENARLO** a las penas de **setenta y cinco (75) meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta y tres (83) meses y dieciocho (18) días y multa en cuantía de**

²⁴⁸ El Art. 191 de la Ley 600 de 2000 establece que, salvo disposición en contrario, el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia, y, según el Art. 193 ejusdem, el recurso de apelación contra la sentencia se concederá en el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de la autoridad que profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde cuando se emita la providencia que lo conceda hasta cuando regrese el expediente al Despacho de origen.

noventa y dos punto dieciocho (92.18) s.m.l.m.v. salarios mínimos legales mensuales vigentes, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. NO CONDENAR a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE al pago de daños y perjuicios por no haber sido acreditados.

TERCERO. NO CONDENAR a HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE al pago de expensas judiciales, ni agencias en derecho conforme a lo indicado en la parte motiva.

CUARTO. DECLARAR que en el presente caso no es procedente suspender condicionalmente la ejecución de la penal por lo anotado en la motivación de esta sentencia.

QUINTO. CONCEDER al sentenciado HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, para lo cual deberá prestar caución prendaria en cuantía equivalente a 5 s.m.l.m.v. y la suscripción de diligencia de compromiso en donde se comprometa a cumplir las exigencias de que trata el artículo 38B de la Ley 599 de 2000, lo cual procederá dentro de los 5 días siguientes a su ejecutoria, para lo cual se libraré la citación correspondiente.

SEXTO. EN FIRME esta determinación y cumplido lo anterior, líbrese boleta de privación de la libertad en contra del sentenciado HERNANDO DAVID DELUQUE FREYLE con destino al INPEC.

SÉPTIMO. ABSOLVER a los procesados **RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA y ÁLVARO EVARISTO GNECCO RODRÍGUEZ** de los cargos que le formulara la Fiscalía Doce Delegada ante la Corte, en la resolución de acusación proferida en el presente asunto, por las razones anotadas en la parte motiva de esta sentencia.

OCTAVO. EN FIRME, remitir copias de este fallo a las autoridades de que trata el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

NOVENO. COMUNICAR esta decisión al Consejo Superior de la Judicatura para el recaudo de la multa impuesta.

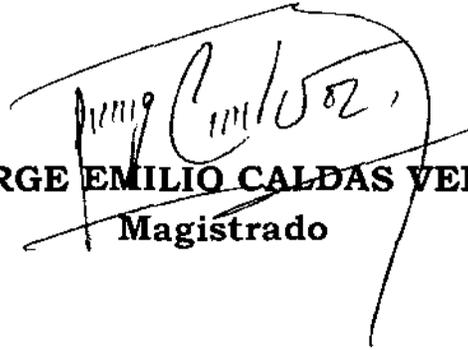
DÉCIMO. En firme, **REMITIR** la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad –reparto- para lo de su cargo, en relación con la vigilancia de la ejecución de las penas que mediante esta sentencia se imponen,

UNDÉCIMO. Contra esta sentencia procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, conforme se anotó en la parte motiva.

Notifíquese y cúmplase.



BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada



JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario